

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 8. November 2017  
- 5 AZR 613/16 -  
ECLI:DE:BAG:2017:081117.U.5AZR613.16.0

I. Arbeitsgericht Bielefeld

Urteil vom 26. Januar 2016  
- 2 Ca 2492/15 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 23. August 2016  
- 7 Sa 245/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Entgeltfortzahlung - Urlaubsentgelt - Betriebsratsarbeit

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 5 AZR 11/17 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 613/16  
7 Sa 245/16  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
8. November 2017

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2017 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die

Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Eberhard und Bürger für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 23. August 2016 - 7 Sa 245/16 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Beklagte verlangt - was für die Revision allein noch von Bedeutung ist - im Wege der Widerklage die Rückzahlung von Urlaubsentgelt und wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit geleisteter Entgeltfortzahlung. Im Streit steht, wie bei der Berechnung von Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung Betriebsratstätigkeiten außerhalb der individuellen Arbeitszeit und hierfür geleistete Entgeltzahlungen zu berücksichtigen sind. 1

Die Klägerin ist bei der Beklagten als Zeitungszustellerin beschäftigt und nicht freigestelltes Mitglied des im Betrieb der Beklagten gewählten Betriebsrats. 2

Der schriftliche Arbeitsvertrag vom 23. März 1998 sieht ua. bei einer Sechs-Tage-Woche eine wöchentliche Arbeitszeit von neun Stunden, eine Tätigkeit in einem Zustellbezirk und die Zahlung eines Stücklohns vor. Überstundenzuschläge sind nicht vereinbart. Hinsichtlich der Berechnung der Entgeltfortzahlung und des Urlaubsentgelts verweist der Arbeitsvertrag auf die gesetzlichen Bestimmungen. Die Arbeitsleistung als Zustellerin ist in den frühen Morgenstunden bis 06:00 Uhr zu erbringen. Sämtliche Betriebsratstätigkeiten fallen außerhalb dieser Arbeitszeit an. 3

Wegen der außerhalb der Arbeitszeit erbrachten Betriebsratsarbeit, die nicht in Freizeit ausgeglichen wurde, zahlte die Beklagte an die Klägerin 18,04 Euro brutto je Stunde. Bei der Berechnung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung bezog sie diese Zahlungen nicht ein. Die Klägerin hat deshalb Klage erhoben. 4

Während des erstinstanzlichen Rechtsstreits hat die Beklagte für den Zeitraum vom 1. August 2012 bis zum 10. September 2015 eine Nachberechnung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung unter Berücksichtigung der in den letzten drei Monaten vor Urlaubsantritt bzw. Beginn der Erkrankung an die Klägerin für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit geleisteten Vergütung vorgenommen. Den errechneten Differenzbetrag von 2.426,47 Euro brutto beim Urlaubsentgelt und 1.820,02 Euro brutto bei der Entgeltfortzahlung, insgesamt 4.246,49 Euro brutto, hat sie am 6. November 2015 an die Klägerin gezahlt. Die Parteien haben den Rechtsstreit hinsichtlich der Klageforderung in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Mit ihrer Widerklage verlangt die Beklagte nunmehr die Rückzahlung der nachträglich geleisteten Brutobeträge. 5

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin sei zur Rückzahlung der erbrachten Nachzahlungen verpflichtet. Sie habe in Verkennung der Rechtslage geleistet. Die Ausgleichszahlungen seien als Mehrarbeitsvergütung bei der Berechnung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigen. 6

Die Beklagte hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - zuletzt sinngemäß beantragt, 7

die Klägerin zu verurteilen, an sie 4.246,49 Euro zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23. November 2015 zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. 8

Das Arbeitsgericht hat der Widerklage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Widerklage auf die Berufung der Klägerin abgewiesen. Mit 9

der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihre Widerklage weiter.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO. 10

I. Die Widerklage ist mangels hinreichender Bestimmtheit iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig. 11

1. Verlangt der Arbeitgeber die Rückzahlung geleisteter Bruttoarbeitsvergütung, schließt dies die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein (*BAG 9. April 2008 - 4 AZR 164/07 - Rn. 57 mwN*). Bei der Antragstellung ist deshalb hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge § 26 SGB IV zu beachten. Im Falle zu Unrecht entrichteter Beiträge erlangt der Arbeitnehmer nach Maßgabe von § 26 Abs. 2 und Abs. 3 SGB IV einen Erstattungsanspruch, der in Bezug auf den Arbeitnehmeranteil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ihm zusteht. Der Arbeitgeber hat gegen den Arbeitnehmer deshalb nur einen Anspruch auf Abtretung dieses gegen den Sozialversicherungsträger bestehenden Anspruchs. Nur wenn die Abtretung nicht möglich ist, weil dem Arbeitnehmer von der Einzugsstelle die zu Unrecht entrichteten Sozialversicherungsbeiträge bereits ausgezahlt wurden, hat der Arbeitnehmer den Wert des Anspruchs zu ersetzen. Lediglich in diesem Falle kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer Zahlung verlangen. Der auf Abtretung des gegen die Sozialversicherung gerichteten Erstattungsanspruchs angebrachte Klageantrag ist ebenso wie ein entsprechender Zahlungsantrag nur dann hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn die Höhe der abgeführten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung beziffert ist (*BAG 21. Januar 2015 - 10 AZR 84/14 - Rn. 16 mwN, BAGE 150, 286*). 12

2. Diesen Anforderungen wird der Zahlungsantrag der Beklagten nicht gerecht. In Bezug auf die ihrer Auffassung nach zu Unrecht entrichteten Beiträge zur Sozialversicherung verlangt sie nicht die Abtretung eines konkret bezifferten Erstattungsanspruchs der Klägerin gegen die Sozialversicherung, sondern lediglich die Zahlung der geleisteten Bruttovergütung, ohne diese betragsmäßig gegenüber der ausgezahlten Nettovergütung und den für die Klägerin abgeführten Steuern abzugrenzen. Keine der Parteien hat behauptet, die Einzugsstelle habe der Klägerin Sozialversicherungsbeiträge bereits ausgezahlt oder der Erstattungsanspruch sei aus den Gründen entfallen, die in § 26 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 SGB IV genannt sind. 13

3. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden und die Widerklage als unzulässig abweisen. Die Beklagte ist weder vom Arbeitsgericht noch vom Landesarbeitsgericht nach § 139 Abs. 3 ZPO auf Bedenken gegen die Zulässigkeit der Widerklage hingewiesen worden. Auch die Klägerin hat sich hierauf nicht gestützt. Die Sache ist deshalb an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, um der Beklagten Gelegenheit zu geben, ihren Vortrag zu ergänzen und ihr Zahlungsbegehren den Anforderungen von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügend zu präzisieren. Sollte der Vortrag der Beklagten zur Zulässigkeit der Widerklage führen, könnte die Widerklage auf der Grundlage der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Tatsachenfeststellungen mit der bisherigen Begründung nicht abgewiesen werden. 14

II. Im weiteren Verfahren wird das Landesarbeitsgericht im Hinblick auf die Rückforderung gezahlten Urlaubsentgelts Folgendes zu beachten haben: 15

1. Ein Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung von Urlaubsentgelt nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB setzte voraus, dass die Beklagte den dem Grunde nach unstreitig gemäß § 611 Abs. 1 BGB iVm. §§ 1, 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG bestehenden Anspruch der Klägerin auf Urlaubsentgelt bereits durch ihre ursprünglich geleisteten Zahlungen erfüllt hatte (§ 362 Abs. 1 BGB), die Klägerin deshalb keinen Anspruch auf die geleistete Nachzahlung hatte und die Beklagte nicht aus Rechtsgründen an einer Rückforderung ohne Rechtsgrund geleisteter Zahlungen gehindert ist. Die Darlegungs- und Beweislast für die tat- 16

sächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung trägt dabei grundsätzlich der Anspruchsteller, dh. die Beklagte. Dies gilt auch für eine negative Tatsache wie das Fehlen des rechtlichen Grundes gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Den Leistungsempfänger, dh. die Klägerin, trifft allerdings eine sekundäre Darlegungslast. Der Anspruchsteller muss daher nur denjenigen Rechtsgrund ausräumen, der sich aus dem Vortrag des Leistungsempfängers ergibt (*BGH 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14 - Rn. 21 mwN, BGHZ 206, 305*).

2. Das Landesarbeitsgericht ist bei seiner die Widerklage abweisenden Entscheidung für die Ermittlung des Urlaubsentgelts von unzutreffenden Rechtsgrundsätzen ausgegangen. 17

a) Die Berechnung des Urlaubsentgeltanspruchs der Klägerin erfolgt für den gesetzlichen und den übergesetzlichen Urlaub nach § 611 Abs. 1 BGB iVm. §§ 1, 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG, denn die Parteien haben für den übergesetzlichen Urlaubsanspruch keine von den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes abweichenden Vereinbarungen über die Bemessung des Urlaubsentgelts getroffen (*vgl. BAG 20. September 2011 - 9 AZR 416/10 - Rn. 43 mwN, BAGE 139, 168*). § 1 BUrlG erhält für die Dauer des gesetzlichen Mindesturlaubs den Anspruch auf Vergütung der infolge des Urlaubs ausfallenden Arbeitszeit aufrecht, sog. Zeitfaktor (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 429/15 - Rn. 23*). Wie die infolge Urlaubs ausfallenden Arbeitsstunden zu vergüten sind (sog. Geldfaktor), bestimmt sich nach dem in § 11 Abs. 1 BUrlG geregelten Referenzprinzip (*BAG 21. September 2010 - 9 AZR 510/09 - Rn. 16 mwN, BAGE 135, 301*). Diese Berechnungsweise hat das Landesarbeitsgericht verkannt, indem es ohne nähere Differenzierung angenommen hat, Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG seien bei der Bemessung des Urlaubsentgelts zu berücksichtigen. 18

b) Der Zeitfaktor bestimmt die am jeweiligen Urlaubstag infolge der Freistellung ausfallende Arbeitszeit, für die das Urlaubsentgelt fortzuzahlen ist (*BAG 15. Dezember 2009 - 9 AZR 887/08 - Rn. 14*). Maßgeblich hierfür sind nicht Daten aus der Vergangenheit, sondern die durch die Befreiung von der 19

Arbeitspflicht ausgefallene Arbeitszeit. Der Arbeitgeber hat die Arbeitsstunden zu vergüten, die der Arbeitnehmer während des Urlaubs gearbeitet hätte, wäre er an diesen Tagen nicht von seiner Arbeitspflicht befreit worden. Auf die Arbeitszeit im Bezugszeitraum kommt es nicht an (*ErfK/Gallner 17. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 3; Schaub ArbR-HdB Linck 17. Aufl. § 104 Rn. 102*). Die in § 1 BUrlG begründete Verpflichtung des Arbeitgebers, grundsätzlich alle infolge der Arbeitsbefreiung ausfallenden Arbeitsstunden zu vergüten, hat weder in § 11 Abs. 1 BUrlG noch an anderer Stelle im Bundesurlaubsgesetz eine einschränkende Regelung erfahren (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 429/15 - Rn. 23*). Zu der infolge des Urlaubs ausfallenden und demzufolge zu vergütenden Arbeitszeit gehören deshalb auch die im Freistellungszeitraum anfallenden Überstunden. Die Novellierung urlaubsrechtlicher Vorschriften durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. September 1996 hat hieran nichts geändert. Betroffen war hiervon ausschließlich die aus der durchschnittlichen Vergütung im Bezugszeitraum zu errechnende Bemessungsgrundlage für die Bestimmung des Geldwerts der Ausfallstunden (*BAG 9. November 1999 - 9 AZR 771/98 - zu I 3 a der Gründe, BAGE 92, 343; im Ergebnis auch ErfK/Gallner 17. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 19; Arnold/Tillmanns/Tillmanns BUrlG 3. Aufl. § 11 Rn. 74*).

c) Der Geldfaktor, dh. die Höhe der je Zeiteinheit zu zahlenden Vergütung, bemisst sich gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. 20

aa) Für die Bestimmung des Geldfaktors kommt es nicht auf den Durchschnittsverdienst der letzten drei Abrechnungsmonate an, sondern auf den durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat. Zwar wird die Arbeitsvergütung nur noch in äußerst seltenen Ausnahmefällen wöchentlich abgerechnet. Gleichwohl ist das Urlaubsentgelt nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nicht ungeachtet des Beginns des Urlaubs anhand 21

der letzten drei abgerechneten Monatsvergütungen zu ermitteln (*BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 279/12 - Rn. 13*).

bb) Der Begriff „Arbeitsverdienst“ in § 11 Abs. 1 BUrlG bezeichnet die Gegenleistung, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die erbrachten Dienste nach § 611 BGB schuldet und zu vergüten hat (*BAG 21. September 2010 - 9 AZR 442/09 - Rn. 23*). Bei der Bestimmung der Bestandteile des Arbeitsverdienstes ist unter Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeitrichtlinie) zu beachten, dass dem Arbeitnehmer für die Zeit des Urlaubs das gewöhnliche Arbeitsentgelt erhalten zu bleiben hat. Es muss jede Unannehmlichkeit, die untrennbar mit der Erfüllung der dem Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben verbunden ist und durch einen in die Berechnung des Gesamtentgelts des Arbeitnehmers eingehenden Geldbetrag abgegolten wird, zwingend Teil des Betrags sein, auf den der Arbeitnehmer während seines Jahresurlaubs Anspruch hat (*EuGH 22. Mai 2014 - C-539/12 - [Lock] Rn. 29; BAG 20. September 2016 - 9 AZR 429/15 - Rn. 19*). Bei einer vereinbarten Stundenvergütung ist der während des Bezugszeitraums je Arbeitsstunde erzielte Arbeitsverdienst zu ermitteln (*vgl. BAG 15. Dezember 2009 - 9 AZR 887/08 - Rn. 23*). In Bezug auf geleistete Überstunden ist zu beachten, dass sich die Höhe des durchschnittlichen Stundenverdienstes nicht verändert, wenn der Geldfaktor in der Weise berechnet wird, dass der Durchschnittsverdienst im Referenzzeitraum pro Arbeitsstunde berechnet wird. Wenn bei den Arbeitsstunden die Anzahl der geleisteten Überstunden und beim Arbeitsverdienst die dafür gleichbleibend gezahlte Grundvergütung ohne Zuschläge berücksichtigt werden (Arbeitsverdienst dividiert durch Anzahl der Arbeitsstunden), bleibt der Quotient gleich (*vgl. zur Grundvergütung für Überstunden BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 279/12 - Rn. 17*).

22

cc) In Anwendung dieser Rechtsprechung zum Begriff Arbeitsverdienst sind die unter den Voraussetzungen von § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG erbrachten Entgeltzahlungen wie Arbeitsverdienst iSv. § 11 Abs. 1 BUrlG zu be-

23

handeln (vgl. BAG 11. Januar 1995 - 7 AZR 543/94 - zu 2 c der Gründe; 19. Dezember 2006 - 9 AZR 356/06 - Rn. 41).

(1) 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. Die Arbeitsbefreiung ist gemäß § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 BetrVG vor Ablauf eines Monats zu gewähren; ist dies aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich, ist nach § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG die aufgewendete Zeit wie Mehrarbeit zu vergüten. Mitglieder des Betriebsrats erhalten danach weder eine Amtsvergütung noch ist die Betriebsratstätigkeit eine zu vergütende Arbeitsleistung. Vielmehr gilt das Lohnausfallprinzip. Dieses wird durch § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht durchbrochen. Der dort 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. 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 verlagert worden ist. Soweit § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG ausnahmsweise eine Vergütung der aufgewendeten Zeit wie Mehrarbeit vorsieht, ist damit weder ein anderes gesetzliches Regelungskonzept noch die Aufgabe des Lohnausfallprinzips verbunden. Der in § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG vorgesehene Vergütungsanspruch ist lediglich eine Kompensation dafür, dass der in § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG vorgesehene, gerade nicht auf eine zusätzliche Vergütung gerichtete Freizeitausgleich aus Gründen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, zeitnah nicht möglich ist. Ein von dem Grundsatz des unentgeltlichen Ehrenamts abweichender gesetzlicher Regelungsplan, dass Freizeitopfer durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung auszugleichen wären, liegt darin nicht (BAG 28. September 2016 - 7 AZR 248/14 - Rn. 37 mwN).

24

(2) Ein Anspruch gemäß § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG auf Vergütung der außerhalb der individuellen Arbeitszeit angefallenen Betriebsratstätigkeit besteht hiernach nur dann, wenn diese aus betriebsbedingten Gründen nicht in der zur Verfügung stehenden individuellen Arbeitszeit erbracht werden konnte und die Gewährung eines entsprechenden Freizeitausgleichs aus betriebsbedingten Gründen unmöglich war. Eine Umwandlung des Freizeitausgleichsanspruchs in einen Abgeltungsanspruch erfolgt weder mit Ablauf der Monatsfrist des § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 BetrVG noch durch eine bloße Untätigkeit des Arbeitgebers. Der Abgeltungsanspruch entsteht vielmehr nur, wenn die Arbeitsbefreiung aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist. Solange diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, ist das Betriebsratsmitglied darauf angewiesen, den Freizeitausgleichsanspruch geltend zu machen und notfalls gerichtlich durchzusetzen. Das Betriebsratsmitglied kann also nicht statt des Freizeitausgleichs die Abgeltung verlangen, und auch der Arbeitgeber kann nicht statt des Freizeitausgleichs die Abgeltung gewähren (*BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 40 mwN, BAGE 158, 31*). 25

3. Dem bisherigen Vortrag der Beklagten ist in Anwendung dieser Grundsätze nicht zu entnehmen, ob sie den Anspruch der Klägerin auf Urlaubsentgelt bereits durch ihre ursprünglich geleisteten Zahlungen erfüllt hat (§ 362 Abs. 1 BGB). Zeiten der Betriebsratsarbeit außerhalb der individuellen Arbeitszeit der Klägerin und die hierfür zu zahlende Vergütung könnten bei der Bemessung des Urlaubsentgelts Berücksichtigung finden, sofern die weiteren im Einzelnen dargelegten Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 BetrVG vorliegen. 26

Die Betriebsratsaufgaben werden im Interesse des Betriebs und der Belegschaft wahrgenommen. Sie bestehen wesentlich in der Regelung betrieblicher Belange und werden in der Regel im Betrieb ausgeübt. Betriebsratsmitglieder sind zur Wahrnehmung der ihnen nach dem BetrVG obliegenden Aufgaben verpflichtet (*vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 29, BAGE 158, 31*). Diese Besonderheiten gebieten es, die Zeiten, die Betriebsratsmitglieder zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben im erforderlichen Umfang aufwenden, wie Arbeitszeit iSv. § 1 BUrlG zu behandeln (*so be-* 27

reits zu § 5 Abs. 1 ArbZG vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 224/15 - Rn. 29, aaO). Sie sind daher beim Zeitfaktor im Rahmen der Berechnung des Urlaubsentgelts zu berücksichtigen. Dies gilt - wie oben näher dargelegt - auch, wenn es sich hierbei um Überstunden handelt. Die hierfür geleistete Abgeltung nach § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG ist jedenfalls dann beim Geldfaktor zu berücksichtigen, wenn - wie hier - keine Überstundenzuschläge gezahlt werden. Dies wird das Landesarbeitsgericht in den Blick zu nehmen haben, wenn es den Umfang der von der Klägerin ohne rechtlichen Grund (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) bezogenen Leistungen prüft. Im Rahmen der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast wird es zu beachten haben, dass die Klägerin in Bezug auf den zeitlichen Umfang der während der Urlaubszeiten angefallenen erforderlichen Betriebsratsarbeit eine sekundäre Darlegungslast trifft, weil es sich hierbei um tatsächliche Umstände handelt, die außerhalb des der Beklagten bekannten Geschehensablaufs stehen und die Klägerin hierzu zumutbar Angaben machen kann.

4. Sollten Abgeltungsansprüche gemäß § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG dem Grunde nach bestanden haben, sind die hierfür geleisteten Zahlungen nur berücksichtigungsfähig, wenn sie im jeweiligen Einzelfall auch der Höhe nach unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben erbracht wurden. 28

a) Das Betriebsratsmitglied kann als Abgeltung iSv. § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG das Arbeitsentgelt verlangen, dass es verdient hätte, wenn es keine Betriebsrats Tätigkeit geleistet, sondern zur selben Zeit gearbeitet hätte (vgl. BAG 18. Mai 2016 - 7 AZR 401/14 - Rn. 14 mwN). Die Bemessung der nach § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG zu zahlenden Vergütung erfordert bei der Vereinbarung eines Stücklohns eine hypothetische Betrachtung. Zur Berechnung der hypothetischen Vergütung ist dabei die Methode zu wählen, die dem Lohnausfallprinzip am besten gerecht wird. Gegebenenfalls ist nach den Grundsätzen des § 287 Abs. 2 ZPO eine Schätzung vorzunehmen (vgl. BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 14). 29

b) Aus dem Sachvortrag der Parteien ergeben sich erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass die Ausgleichszahlungen in der Vergangenheit nicht in Ein- 30

klang mit dem Lohnausfallprinzip erfolgten und entgegen § 78 Satz 2 BetrVG zu einer unzulässigen Verdiensterhöhung für die Klägerin geführt haben.

aa) Das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG lässt die Vereinbarung einer pauschalen Stundenvergütung zur Abgeltung von Betriebsratstätigkeiten nicht zu, wenn sie ohne sachlichen Grund wegen der Betriebsratstätigkeit gewährt wird und zu einer Verdiensterhöhung führt. Betriebsratsmitglieder erhielten andernfalls einen Sondervorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern, die keine Verdiensterhöhung erlangen können (*vgl. BAG 16. Februar 2005 - 7 AZR 95/04 - zu I 1 der Gründe*). Vereinbarungen, die gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoßen, sind gemäß § 134 BGB nichtig (*vgl. BAG 16. Februar 2005 - 7 AZR 95/04 - zu I 1 der Gründe*), was ohne Rüge einer Partei von Amts wegen zu prüfen ist (*vgl. BGH 20. Mai 1992 - VIII ZR 240/91 - zu II 4 der Gründe; 28. April 2015 - XI ZR 378/13 - Rn. 63, BGHZ 205, 117*). Eine Begünstigungsabsicht ist nicht erforderlich. Es genügt die objektive Besserstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern (*vgl. BAG 16. Februar 2005 - 7 AZR 95/04 - zu I 1 der Gründe*). Ob zwischen der Begünstigung und der betriebsverfassungsrechtlichen Amtsausübung ein Kausalzusammenhang besteht, muss für den Einzelfall festgestellt werden (*ErfK/Kania 17. Aufl. § 78 BetrVG Rn. 7*).

31

bb) Die Beklagte hat im Einvernehmen mit der Klägerin seit November 2012 für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit durchgehend pauschal einen „BR StdL Basisbezug“ von 18,04 Euro brutto je Stunde in Ansatz gebracht, obwohl die Höhe der Vergütung der Klägerin für die in den Jahren 2012 bis 2015 erbrachte Arbeitsleistung Schwankungen unterlag. Weder dem Sachvortrag der Parteien noch den vorgelegten Abrechnungen ist zu entnehmen, wie hoch die Stundenvergütung für die Zustelltätigkeit der Klägerin war. Die Abrechnungen enthalten lediglich Angaben zum Stücklohn und lassen ein Herunterbrechen auf einen Stundenlohn nicht zu. Das Landesarbeitsgericht wird daher festzustellen haben, ob die für die Betriebsratstätigkeit gezahlten 18,04 Euro brutto je Stunde dem Arbeitsverdienst für die Zustelltätigkeit entsprechen haben. Dabei wird es in den Blick zu nehmen haben, dass die Höhe

32

des hypothetischen Verdienstes bei schwankenden Bezügen nach den Grundsätzen des § 287 Abs. 2 ZPO geschätzt werden kann (vgl. BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 14, 23). Hierzu fehlt es bisher an jeglichen Feststellungen und brauchbarem Sachvortrag.

5. Sollte die Beklagte ohne Rechtsgrund Nachzahlungen an die Klägerin geleistet haben, könnte auf Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht entschieden werden, ob sie diese nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen kann. 33

a) Der Bereicherungsanspruch könnte nach § 814 BGB ausgeschlossen sein. Das Landesarbeitsgericht hat von seinem Rechtsstandpunkt ausgehend konsequent offengelassen, ob eine Rückforderung nach § 814 Alt. 1 BGB ausgeschlossen wäre (vgl. zu den Voraussetzungen BAG 13. Oktober 2010 - 5 AZR 648/09 - Rn. 14 ff., BAGE 136, 54) und zu einer möglichen Kenntnis der Beklagten von einer ggf. fehlenden Rechtspflicht zur Nachzahlung - insbesondere im Zusammenhang mit einer möglichen Begünstigung der Klägerin - bisher keine Feststellungen getroffen. Der als Leistungsempfängerin darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin (vgl. BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 273/16 - Rn. 25, BAGE 157, 341) ist zunächst Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben. 34

b) Auch wenn ein Bereicherungsanspruch der Beklagten nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB gemäß § 814 BGB ausgeschlossen sein sollte, wäre die Klägerin dennoch zur Rückzahlung verpflichtet, soweit sich der Rückforderungsanspruch aus einem Verstoß gegen das Begünstigungsverbot ergäbe. Für die Rückforderung dieses Betrags wäre nicht auf den in § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB geregelten Bereicherungsanspruch abzustellen, sondern auf § 817 Satz 1 BGB (vgl. BAG 28. Juli 1982 - 5 AZR 46/81 - zu II 2 der Gründe, BAGE 39, 226; BGH 14. Dezember 2000 - I ZR 213/98 - zu III 2 der Gründe). Dieser schließt die Anwendung des § 814 BGB aus (BAG 28. Juli 1982 - 5 AZR 46/81 - zu II 2 der Gründe, aaO; MüKoBGB/Schwab 7. Aufl. § 817 Rn. 9 mwN). 35

- aa) Der Empfänger ist nach § 817 Satz 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet, wenn der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt war, dass er durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Die Klägerin hätte mit der Annahme von Ausgleichszahlungen, soweit sie entgegen § 78 Satz 2 BetrVG erbracht wurden, gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Sie wäre deshalb nach § 817 Satz 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet. 36
- bb) § 817 Satz 2 BGB stünde einem Rückforderungsanspruch der Beklagten, soweit sich dieser aus einem Verstoß gegen das Begünstigungsverbot ergeben würde, nicht entgegen. 37
- (1) Gemäß § 817 Satz 2 BGB ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Last fällt. Der Verstoß muss unmittelbar gerade in der Erbringung der Leistung liegen. Der Leistende muss sich des Verstoßes bewusst gewesen sein und ihn trotzdem gewollt haben. Der Rückforderungsausschluss bezieht sich nur auf die vom Gesetz missbilligten Vorgänge. Dagegen bleiben Bereicherungsansprüche unberührt, die sich aus nicht zu beanstandenden Leistungen ergeben, selbst wenn sie demselben tatsächlichen Verhältnis entstammen. Wer sich außerhalb der Rechtsordnung stellt, soll Rechtsschutz auch nicht bezüglich der Rückabwicklung beanspruchen können (*BAG 3. November 2004 - 5 AZR 592/03 - zu II 1 der Gründe, BAGE 112, 299*). 38
- (2) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor, weil - unbeschadet der weiteren Voraussetzungen des Rückforderungsausschlusses - der Schutzzweck des Begünstigungsverbots eine einschränkende Auslegung von § 817 Satz 2 BGB verlangt. 39
- (a) Bereicherungsansprüche gehören dem Billigkeitsrecht an und stehen in besonderem Maße unter den Grundsätzen von Treu und Glauben. Bei der Anwendung des den Leistenden hart treffenden Rückforderungsverbots des § 817 Satz 2 BGB kann nicht außer Betracht bleiben, welchen Zweck das infrage stehende Verbotsgesetz verfolgt. Dem Leistenden kann daher trotz § 817 Satz 2 40

BGB ein Bereicherungsanspruch zustehen, wenn Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes die Gewährung eines solchen Anspruchs zwingend erfordern. Ein von der Rechtsordnung nicht gebilligter Zustand darf nicht durch Ausschluss des Rückforderungsrechts legalisiert werden (*vgl. BAG 3. November 2004 - 5 AZR 592/03 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 112, 299; BGH 10. April 2014 - VII ZR 241/13 - Rn. 21 f., BGHZ 201, 1*).

(b) § 78 Satz 2 BetrVG ergänzt § 37 Abs. 1 BetrVG, wonach die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt führen. Das Ehrenamtsprinzip wahrt die innere und äußere Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder (*vgl. BAG 18. Mai 2016 - 7 AZR 401/14 - Rn. 21*). Es stärkt zudem maßgeblich das Vertrauen der vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer darauf, dass die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte durch den Betriebsrat nicht durch die Gewährung oder den Entzug materieller Vorteile für die Betriebsratsmitglieder beeinflussbar sind (*BAG 5. Mai 2010 - 7 AZR 728/08 - Rn. 28, BAGE 134, 233*). § 78 Satz 2 BetrVG soll nicht allein die Gewährung von Begünstigungen verhindern, sondern auch deren Entgegennahme durch das Betriebsratsmitglied und die betreffende Vermögensverschiebung unterbinden. Die Bestimmung schützt damit nicht allein die Betriebsratsmitglieder als Personen, sondern auch den Betriebsrat als Organ und dessen Funktionsfähigkeit (*BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 32, BAGE 148, 299*) sowie das Interesse der vertretenen Arbeitnehmer an einer durch Begünstigungen nicht beeinflussten Amtsausübung durch die sie vertretenden Betriebsratsmitglieder (*BAG 5. Mai 2010 - 7 AZR 728/08 - Rn. 28, aaO*). Es wäre deshalb mit dem Zweck der Nichtigkeitsnorm unvereinbar, wenn eine Rückforderung nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen wäre und deshalb die Vermögensverschiebung erhalten bliebe. Die Begünstigung, die nach § 78 Satz 2 BetrVG verhindert werden soll, würde durch den Kondiktionsausschluss perpetuiert (*ebenso Jacobs/Frieling ZfA 2015, 241, 259; GK-BetrVG/Kreutz 10. Aufl. § 78 Rn. 76; Richardi/Thüsing 16. Aufl. § 78 Rn. 37; AR/Rieble 8. Aufl. § 78 BetrVG Rn. 7; aA Fitting 28. Aufl. § 78 Rn. 23*).

41

III. Im Hinblick auf die Rückforderung geleisteter Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsunfähigkeit der Klägerin wird das Landesarbeitsgericht Folgendes zu beachten haben: 42

1. Für die Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gilt nach § 4 Abs. 1 EFZG ein modifiziertes Entgeltausfallprinzip. Besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 Abs. 1 EFZG), ist dem Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 1 EFZG das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen (*st. Rspr., zB BAG 20. Januar 2010 - 5 AZR 53/09 - Rn. 11, BAGE 133, 101*). Die Berechnungsgrundlage für das „zustehende Arbeitsentgelt“ iSv. § 4 Abs. 1 EFZG setzt sich aus Geld- und Zeitfaktor zusammen (*BAG 26. Juni 2002 - 5 AZR 5/01 - zu I 2 c der Gründe; Schaub ArbR-HdB Linck 17. Aufl. § 98 Rn. 74; MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. EFZG § 4 Rn. 3; ErfK/Reinhard 17. Aufl. § 4 EFZG Rn. 2*). Sie betrifft Umfang und Bestandteile des der Entgeltfortzahlung zugrunde zu legenden Arbeitsentgelts (Geldfaktor) sowie die regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers (Zeitfaktor). Dabei sind Abweichungen nur nach Maßgabe von § 12 EFZG zulässig (*st. Rspr., zB BAG 27. April 2016 - 5 AZR 229/15 - Rn. 22 ff., BAGE 155, 70*). 43

2. Gemäß § 4 Abs. 1a EFZG gehört zum fortzuzahlenden Entgelt nicht das zusätzlich für Überstunden gezahlte Entgelt. Überstunden iSv. § 4 Abs. 1a EFZG liegen vor, wenn die individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers überschritten wird (*BAG 9. Juli 2003 - 5 AZR 611/01 - zu II 2 b bb der Gründe*). Zusätzlich für Überstunden gezahltes Entgelt stellen dabei nicht nur die Überstundenzuschläge dar. Auch die Grundvergütung für die Überstunden wird zusätzlich zum „normalen“ Entgelt, und zwar für die Überstunden, gezahlt (*BAG 21. November 2001 - 5 AZR 296/00 - zu I 2 der Gründe, BAGE 100, 25*). Leistet der Arbeitnehmer allerdings ständig eine Arbeitszeit, die über seine individuelle Arbeitszeitdauer hinausgeht, kann nicht von Überstunden gesprochen werden. In diesem Fall ist als geschuldete Arbeitszeit ein durchschnittlicher Wert zu ermitteln (*dazu näher BAG 9. Juli 2003 - 5 AZR 611/01 - zu II 3 der Gründe*). 44

3. Für ständig außerhalb der individuellen Arbeitszeit geleistete Betriebsratsarbeit gelten diese Grundsätze entsprechend. Diese ist - soweit die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG vorliegen - wie Mehrarbeit zu vergüten. Sie unterliegt damit an sich dem Ausschlussstatbestand des § 4 Abs. 1a EFZG. Sie ist jedoch als Arbeitszeit iSv. § 4 Abs. 1 EFZG zu behandeln, wenn das Betriebsratsmitglied ständig zusätzlich zu seiner individuellen Arbeitszeit Betriebsratsarbeit durchführt und eine bezahlte Arbeitsbefreiung nach näherer Maßgabe von § 37 Abs. 3 BetrVG nicht gewährt werden kann. 45

4. Diese Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht nicht beachtet. Es hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die einzelnen Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG für einen Abgeltungsanspruch vorgelegen haben. Zudem hat es nicht festgestellt, ob die Klägerin Überstunden iSv. § 4 Abs. 1a EFZG geleistet hat, wenn sie außerhalb ihrer individuellen Arbeitszeit Betriebsratsarbeit durchgeführt hat. Dies wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben, weil nur auf der Grundlage einer schlüssigen Darlegung des Umfangs des der Klägerin zustehenden Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall beurteilt werden kann, ob der erhobene Rückforderungsanspruch der Beklagten begründet ist. In diesem Zusammenhang wird das Landesarbeitsgericht - ebenso wie beim zurückgeforderten Urlaubsentgelt - einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot (§ 78 Satz 2 BetrVG) zu prüfen und dabei § 817 BGB in den Blick zu nehmen haben. 46

Linck

Biebl

Weber

Eberhard

E. Bürger