


<b>Gericht:</b>	BAG 7. Senat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	18.05.2016
<b>Rechtskraft:</b>	ja
<b>Aktenzeichen:</b>	7 AZR 401/14
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:BAG:2016:180516.U.7AZR401.14.0
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 37 Abs 2 BetrVG, § 37 Abs 4 BetrVG, § 78 S 2 BetrVG
<b>Zitiervorschlag:</b>	BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 401/14 –, juris

---

## **Betriebsratsmitglied - Nachtarbeitszuschläge - Verschiebung der Arbeitszeit**

### **Orientierungssatz**

1. Geht ein Betriebsratsmitglied außerhalb der Nachtarbeitsstunden seiner Betriebsratsstätigkeit nach, hat es nach § 37 Abs 2 BetrVG auch dann keinen Anspruch auf Gewährung von Nachtarbeitszuschlägen, wenn es vor der Amtsübernahme Nachtarbeit geleistet hat und sein Arbeitsbeginn anlässlich der Amtsübernahme einvernehmlich auf den Zeitraum außerhalb der festgelegten Nachtarbeitsstunden verschoben wurde. Der Verlust des Nachtarbeitszuschlags beruht nicht auf der Freistellung, sondern auf der im Einvernehmen mit dem Betriebsratsmitglied vorgenommenen Verschiebung von dessen Arbeitszeit.(Rn.16)

2. Die Nichtgewährung der begehrten Nachtarbeitszuschläge verstößt nicht gegen § 78 S 2 BetrVG.(Rn.22) Die mit der Nichtgewährung der Nachtarbeitszuschläge verbundene Schlechterstellung ist dadurch gerechtfertigt, dass das Betriebsratsmitglied infolge der einvernehmlichen Verschiebung seiner Arbeitszeit in dieser Zeit keine Nachtarbeit leistete. Er war nicht den Erschwernissen unterworfen, welche durch die Gewährung der Nachtarbeitszuschläge kompensiert werden sollen.(Rn.23)

### Fundstellen

NZA 2016, 1212-1214 (red. Leitsatz und Gründe)  
 ZTR 2016, 663-664 (red. Leitsatz und Gründe)  
 AP Nr 162 zu § 37 BetrVG 1972 (red. Leitsatz und Gründe)  
 ZBVR online 2017, Nr 2, 4-6 (red. Leitsatz und Gründe)  
 EzA § 37 BetrVG 2001 Nr 24 (red. Leitsatz und Gründe)

### Verfahrensgang

vorgehend ArbG Köln 1. Kammer, 25. Januar 2013, 1 Ca 5142/12, Urteil  
 vorgehend Landesarbeitsgericht Köln 12. Kammer, 19. Dezember 2013, 12 Sa 682/13, Urteil  
 Diese Entscheidung wird zitiert

### **Literaturnachweise**

Hilmar Rölz, ArbR 2016, 483 (Anmerkung)  
 Artur Kühnel, ArbRB 2016, 330 (Anmerkung)  
 David Johnson, AuA 2017, 251 (Anmerkung)  
 Serge Reitze, ZBVR online 2017, Nr 2, 6-7 (Anmerkung)

## Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 19. Dezember 2013 - 12 Sa 682/13 - aufgehoben, soweit die Beklagte verurteilt wurde, an den Kläger 3.223,60 Euro nebst Zinsen zu zahlen.

Die Berufung des Klägers gegen das des Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 25. Januar 2013 - 1 Ca 5142/12 - wird insgesamt zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

## Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Zahlung von Nachtarbeitszuschlägen.
- 2 Die Beklagte betreibt Einrichtungshäuser. Der Kläger ist seit dem 8. Januar 2009 in ihrer Filiale A als Mitarbeiter der Abteilung Logistik in Vollzeit beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden aufgrund beiderseitiger Tarifbindung die Tarifverträge für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen Anwendung. Nach § 7 Abs. 1 Buchst. d des Manteltarifvertrags für den Einzelhandel Nordrhein-Westfalen vom 25. Juli 2008 in der Fassung des Ergänzungstarifvertrags vom 29. Juni 2011 (MTV) ist Nachtarbeit mit einem Zuschlag von 55 % abzugelten. Nachtarbeit im Sinne dieses Tarifvertrags umfasst nach § 6 Abs. 1 MTV den Zeitraum von 19:30 Uhr bis 6:00 Uhr, in Verkaufsstellen von 20:00 Uhr bis 6:00 Uhr.
- 3 Während der überwiegende Teil der Belegschaft die Arbeit erst um 10:00 Uhr aufnimmt, beginnt die Arbeitszeit der vollzeitbeschäftigten Mitarbeiter der Abteilung Logistik regelmäßig zwischen 3:30 Uhr und 4:00 Uhr. Die Arbeitszeit des Klägers begann regelmäßig um 4:00 Uhr. Die Beklagte gewährte dem Kläger den Nachtarbeitszuschlag nach § 7 Abs. 1 Buchst. d MTV für die in der Zeit von 4:00 Uhr bis 6:00 Uhr geleisteten Arbeitsstunden zunächst durch Zahlung, später durch Freizeitausgleich, indem sie die Arbeitszeit des Klägers täglich um 66 Minuten verkürzte.
- 4 Nachdem der Kläger im Spätsommer 2011 zum Betriebsratsvorsitzenden gewählt worden war, vereinbarten die Betriebsparteien, dass der Kläger täglich 3,5 Stunden in der Zeit von 11:00 Uhr bis 14:30 Uhr von seiner beruflichen Tätigkeit zur Durchführung von Betriebsratsarbeit freigestellt wird. Gleichzeitig wurde der Arbeitsbeginn des Klägers mit seinem Einverständnis auf 6:00 Uhr verschoben, um den Mitarbeitern eine bessere Kontaktaufnahmemöglichkeit zum Kläger während dessen Arbeitszeit zu ermöglichen. Infolgedessen stellte die Beklagte die Gewährung von Nachtarbeitszuschlägen an den Kläger ein.
- 5 Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Zahlung von Nachtarbeitszuschlägen für je zwei Stunden pro Arbeitstag in der Zeit von November 2011 bis Oktober 2012 geltend gemacht. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die durch die Betriebsrats Tätigkeit bedingte Verlagerung seiner Arbeitszeit dürfe nicht zu einer Minderung seines Arbeitsent-

gelts führen. Sein Entgelt dürfe nicht geringer bemessen werden als das Entgelt der mit ihm vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer der Abteilung Logistik.

- 6 Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt,
- die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.407,40 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 144,43 Euro seit dem 1. Dezember 2011, aus weiteren 303,30 Euro seit dem 1. Januar 2012, aus weiteren 317,75 Euro seit dem 1. Februar 2012, aus weiteren 303,03 Euro seit dem 1. März 2012, aus weiteren 317,75 Euro seit dem 1. April 2012, aus weiteren 303,30 Euro seit dem 1. Mai 2012, aus weiteren 288,86 Euro seit dem 1. Juni 2012, aus weiteren 279,85 Euro seit dem 1. Juli 2012, aus weiteren 324,04 Euro seit dem 1. August 2012, aus weiteren 324,04 Euro seit dem 1. September 2012, aus weiteren 176,75 Euro seit dem 1. Oktober 2012 sowie aus weiteren 324,04 Euro seit dem 1. November 2012 zu zahlen.
- 7 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne keine Nachtarbeitszuschläge beanspruchen. Der Kläger sei aufgrund der Verschiebung seiner Arbeitszeit nicht den Erschwernissen ausgesetzt gewesen, die durch den Nachtarbeitszuschlag ausgeglichen werden sollen. Er dürfe nicht aufgrund der Betriebsratstätigkeit gegenüber den Mitarbeitern begünstigt werden, die - wie er - keine Nachtarbeit leisten.
- 8 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 3.223,60 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

### **Entscheidungsgründe**

- 9 Die Revision der Beklagten ist begründet und führt unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils zur vollständigen Wiederherstellung der klageabweisenden Entscheidung des Arbeitsgerichts. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers zu Unrecht überwiegend stattgegeben. Die Klage ist insgesamt unbegründet.
- 10 I. Der Kläger kann von der Beklagten nicht die Zahlung von Nachtarbeitszuschlägen für die Zeit vom 1. November 2011 bis zum 31. Oktober 2012 verlangen.

- 11 1. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger könne die Zahlung von Nachtarbeitszuschlägen in zuerkannter Höhe nach § 37 Abs. 2 und Abs. 4 BetrVG iVm. § 6 Abs. 3, § 7 Abs. 1 Buchst. d MTV beanspruchen.
- 12 a) Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist.
- 13 aa) § 37 Abs. 2 BetrVG begründet keinen eigenständigen Vergütungsanspruch, sondern sichert den Entgeltanspruch des Betriebsratsmitglieds aus § 611 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sowie dem ggf. anzuwendenden Tarifvertrag, indem er dem Arbeitgeber den Einwand des nicht erfüllten Vertrags nimmt (*BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 12; 8. September 2010 - 7 AZR 513/09 - Rn. 18*). Das Verbot der Entgeltminderung soll die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Übernahme eines Betriebsratsamts fördern, indem es ihm die Befürchtung nimmt, Einkommenseinbußen durch die Wahrnehmung eines Ehrenamts zu erleiden. Diese Vorschrift, die für alle Betriebsratsmitglieder unabhängig von einer etwaigen Freistellung nach § 38 BetrVG gilt (*BAG 18. Februar 2014 - 3 AZR 568/12 - Rn. 26; 10. Juli 2013 - 7 ABR 22/12 - Rn. 19; 18. September 1991 - 7 AZR 41/90 - zu I der Gründe, BAGE 68, 292*), konkretisiert hinsichtlich der Vergütung das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG (*BAG 28. Juni 1995 - 7 AZR 1001/94 - zu III 2 der Gründe, BAGE 80, 230*).
- 14 bb) Das Verbot der Minderung des Arbeitsentgelts bedeutet, dass dem Betriebsratsmitglied das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen ist, das es verdient hätte, wenn es keine Betriebsrats Tätigkeit geleistet, sondern gearbeitet hätte (*vgl. BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 13; 28. Juni 1995 - 7 AZR 1001/94 - zu III 1 der Gründe, BAGE 80, 230; 31. Juli 1986 - 6 AZR 298/84 - zu 3 a der Gründe*).
- 15 Zum Arbeitsentgelt iSv. § 37 Abs. 2 BetrVG gehören alle Vergütungsbestandteile, nicht dagegen Aufwendersatz (*BAG 23. Juni 2004 - 7 AZR 514/03 - zu 1 a der Gründe; 5. April 2000 - 7 AZR 213/99 - zu 1 der Gründe; 16. August 1995 - 7 AZR 103/95 - zu 1 der Gründe*). Zu dem Arbeitsentgelt zählen neben der Grundvergütung insbesondere Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit (*BAG 23. Juni 2004 - 7 AZR 514/03 - zu 1 a der Gründe; 5. April 2000 - 7 AZR 213/99 - zu 1 der Gründe; 16. August 1995 - 7 AZR 103/95 - zu 1 der Gründe*). Sie werden für die Erschwernis der Arbeit zu ungünstigen Zeiten gewährt. Sie dienen nicht dem Ersatz von tatsächlichen Mehraufwendungen, die dem Arbeitnehmer bei der Erbringung der Arbeitsleistung entstehen. Das Arbeitsentgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen (*BAG 23. Juni 2004 - 7 AZR 514/03 - zu 1 a der Gründe; 16. August 1995 - 7 AZR 103/95 - zu 1 a der Gründe; 13. Juli 1994 - 7 AZR 477/93 - zu 1 b der Gründe, BAGE 77, 195*).
- 16 b) Danach steht dem Kläger kein Anspruch auf Gewährung von Nachtarbeitszuschlägen für die Zeit vom 1. November 2011 bis zum 31. Oktober 2012 zu. Der Nachtarbeitszuschlag nach § 6 Abs. 3, § 7 Abs. 1 Buchst. d MTV zählt zwar zum Arbeitsentgelt iSv. § 37 Abs. 2 BetrVG. Ein Nachtarbeitszuschlag wäre jedoch in der Zeit der Arbeitsbefreiung nicht angefallen. Der Kläger hätte keine Nachtarbeitszuschläge erhalten, wenn er in der Zeit von 11:00 Uhr bis 14:30 Uhr nicht von seiner beruflichen Tätigkeit zur Durchführung von Betriebsratsaufgaben freigestellt gewesen wäre, sondern gearbeitet hätte. Der Verlust des Nachtarbeitszuschlags beruht nicht auf der Freistellung, sondern auf der im Einvernehmen mit dem Kläger vorgenommenen Verschiebung von dessen Arbeitszeit

um zwei Stunden auf die Zeit von 6:00 Uhr bis 14:30 Uhr. Auf den Umstand, dass die Arbeitszeit verschoben wurde, um eine Freistellung in der Zeit von 11:00 Uhr bis 14:30 Uhr zu ermöglichen, kommt es nach dem Lohnausfallprinzip nicht an.

- 17 c) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist für die Bemessung des Entgelts des Klägers nicht abweichend vom Lohnausfallprinzip nach § 37 Abs. 4 BetrVG die Höhe des Entgelts der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer der Abteilung Logistik maßgebend.
- 18 aa) Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. § 37 Abs. 4 BetrVG ist keine Bemessungsvorschrift für den Anspruch aus § 37 Abs. 2 BetrVG. Die Bestimmung regelt einen anderen Sachverhalt als § 37 Abs. 2 BetrVG. Während § 37 Abs. 2 BetrVG die Fortzahlung des - vereinbarten - Arbeitsentgelts für die Dauer der Arbeitsbefreiung zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben regelt, gewährt § 37 Abs. 4 BetrVG einem Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Erhöhung seines Entgelts in dem Umfang, in dem das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt (*vgl. BAG 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 17; 16. Januar 2008 - 7 AZR 887/06 - Rn. 15; 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu I 2 a der Gründe*).
- 19 bb) Danach findet § 37 Abs. 4 BetrVG im Streitfall keine Anwendung. Der Kläger begehrt nicht die Erhöhung seines Arbeitsentgelts. Er macht vielmehr die Fortzahlung des vereinbarten Arbeitsentgelts für die Dauer seiner Freistellung von der beruflichen Tätigkeit geltend.
- 20 2. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Ein Anspruch auf Zahlung der Nachtarbeitszuschläge ergibt sich nicht aus § 78 Satz 2 BetrVG iVm. § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2, § 249 Abs. 1 BGB.
- 21 a) Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Diese Regelung 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. Februar 2014 - 3 AZR 568/12 - Rn. 28; 5. Dezember 2012 - 7 AZR 698/11 - Rn. 47, BAGE 144, 85; 20. Januar 2010 - 7 ABR 68/08 - Rn. 10; 11. November 2008 - 1 AZR 646/07 - Rn. 21*). Eine Benachteiligung iSv. § 78 Satz 2 BetrVG ist jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht. Eine Benachteiligungsabsicht ist nicht erforderlich. Es genügt die objektive Schlechterstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern (*vgl. BAG 20. Januar 2010 - 7 ABR 68/08 - Rn. 11 mwN*).
- 22 b) Danach verstößt die Nichtgewährung der begehrten Nachtarbeitszuschläge nicht gegen § 78 Satz 2 BetrVG.
- 23 aa) Die Beklagte hat den Kläger nicht gegenüber den anderen Arbeitnehmern der Abteilung Logistik benachteiligt. Sie gewährte dem Kläger zwar - anders als den anderen Arbeitnehmern dieser Abteilung - in der Zeit vom 1. November 2011 bis zum 31. Oktober 2012 keine Nachtarbeitszuschläge. Diese Schlechterstellung ist jedoch dadurch gerechtfertigt, dass der Kläger infolge der einvernehmlichen Verschiebung seiner Arbeitszeit in dieser Zeit keine Nachtarbeit leistete. Insoweit war der Kläger mit den anderen Ar-

beitnehmern der Abteilung Logistik nicht vergleichbar. Er war - anders als diese - nicht den Erschwernissen unterworfen, welche durch die Gewährung der Nachtarbeitszuschläge kompensiert werden sollen. Entgegen der Ansicht des Klägers war die Verschiebung des Arbeitsbeginns von 4:00 Uhr auf 6:00 Uhr nicht durch die Betriebsratsstätigkeit geboten. Die Verschiebung der Arbeitszeit war nicht erforderlich, um dem Kläger die Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben in der Zeit von 11:00 Uhr bis 14:30 Uhr zu ermöglichen. Dieser Zeitraum lag zwar teilweise außerhalb seiner vorherigen Arbeitszeit. Dies stand aber der Durchführung der Betriebsratsstätigkeit in dieser Zeit nicht entgegen. Der Kläger hätte zum Ausgleich für aus betriebsbedingten Gründen außerhalb seiner Arbeitszeit durchgeführte Betriebsratsarbeit nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG einen Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts gehabt. Da die mit der Nachtarbeit verbundene Erschwernis unabhängig von der Freistellung aufgrund der Verschiebung der Arbeitszeit des Klägers weggefallen ist, hätte die Gewährung von Nachtarbeitszuschlägen eine unzulässige Begünstigung des Klägers gegenüber den anderen außerhalb der Nachtarbeitsstunden beschäftigten Arbeitnehmern zur Folge.

- 24 bb) Die Versagung von Nachtarbeitszuschlägen führt entgegen der Ansicht des Klägers nicht zu einer Ungleichbehandlung von vollständig freigestellten und teilfreigestellten Betriebsratsmitgliedern. Vollständig freigestellte Betriebsratsmitglieder erhalten Nachtarbeitszuschläge, solange sie ohne ihre Freistellung Nachtarbeit zu leisten hätten. Sie unterliegen zwar nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers, müssen jedoch während ihrer arbeitsvertraglichen Arbeitszeit im Betrieb am Sitz des Betriebsrats, dem sie angehören, anwesend sein und sich dort für anfallende Betriebsratsarbeit bereithalten (*BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 22/12 - Rn. 20*).
- 25 II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO.

Gräfl

Kiel

M. Renn-  
pferdt

Krollmann

Holzhausen