

**Betriebsrat: Überstundenvergütung ja aber keine Pauschalregelung**

Betriebsratsmitglieder erhalten während ihrer Tätigkeit für die Arbeitnehmervertretung den Verdienst, den sie erhalten hätten, wenn sie gearbeitet hätten. Es ist aber nicht rechters, wenn der Verdienst eines Betriebsratsmitglieds, das sonst (hier mit 19,25 Std. wöchentlich) teilzeitbeschäftigt ist, pauschal auf einer 30-Std.-Basis zu erhöhen, weil die Arbeit im Betriebsrat einen entsprechenden Umfang hat. Eine solche Regelung würde gegen das Begünstigungsverbot verstoßen.

Quelle: Wolfgang Büser

**Höhe der Vergütung als freigestelltes Personalratsmitglied; Vergütungsanspruch eines Personalratsmitglieds für die Zeit einer Personalratstätigkeit; Voraussetzungen für das Vorliegen einer unzulässigen Begünstigung eines Personalratsmitglieds; Nichtigkeit von Vereinbarungen bei Verstoß gegen das Begünstigungsverbot**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 16.02.2005

**Aktenzeichen:** 7 AZR 95/04

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2005, 18912

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Reutlingen - 18.03.2003 - AZ: 4 Ca 458/02

LAG Baden-Württemberg - 22.01.2004 - AZ: 3 Sa 43/03

**Rechtsgrundlagen:**

§ 46 Abs. 2 S. 1 BPersVG

§ 611 BGB

§ 8 BPersVG

§ 134 BGB

**Fundstellen:**

AuR 2005, 386

AUR 2005, 386 (amtl. Leitsatz)

EzA-SD 17/2005, 9

FA 2005, 353 (red. Leitsatz)

NZA 2005, 1263 (red. Leitsatz)

NZA-RR 2005, 556-558 (Volltext mit red. LS)

PersV 2005, 429-432

ZfPR 2006, 13 (amtl. Leitsatz)

ZfPR 2006, 44-45 (Volltext mit red. LS)

ZfPR online 2005, 9 (amtl. Leitsatz)

ZfPR online 2006, 1-2 (Volltext mit amtl. LS)

---

## BAG, 16.02.2005 - 7 AZR 95/04

### Redaktioneller Leitsatz:

1. Trifft ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer eine Vereinbarung nach der dieser für die Dauer seiner Freistellung als Personalratsvorsitzender eine Vergütung für mehr als die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit erhalten soll, so verstößt diese Vereinbarung gegen das Begünstigungsverbot in § 8 BPersVG und ist deshalb nach § 134 BGB nichtig.
2. Das Personalratsmitglied hat für die Dauer der erforderlichen Personalratstätigkeit einen 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.
3. Das Bundespersonalvertretungsgesetz sieht im Gegensatz zu der für Betriebsratsmitglieder geltenden Regelung in § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nicht vor, dass den betroffenen Personalratsmitgliedern die über die persönliche Arbeitszeit hinaus für Personalratsangelegenheiten aufgewandte Zeit wie Mehrarbeit vergütet wird.
4. Ein freigestelltes Personalratsmitglied, das teilzeitbeschäftigt ist, kann daher nur im Umfang seiner Teilzeitbeschäftigung mit Personalratstätigkeiten betraut werden. Wird ein teilzeitbeschäftigtes Personalratsmitglied durch die Erfüllung seiner Aufgaben über seine regelmäßige Arbeitszeit hinaus beansprucht, steht ihm Dienstbefreiung nach § 46 Abs. 2 Satz 2 BPersVG zu.

Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat  
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. Februar 2005  
durch  
die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl als Vorsitzende,  
den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und  
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Bepler sowie  
die ehrenamtliche Richterin Berger und  
den ehrenamtlichen Richter Wolf  
für **Recht** erkannt:

### Tenor:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 22. Januar 2004 - 3 Sa 43/03 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

### Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Höhe der Vergütung der Klägerin als freigestelltes Personalratsmitglied in der Zeit von Januar bis Mai 2002.
- 2 Die Klägerin ist seit dem 23. September 1996 bei der Beklagten sowie deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden auf Grund arbeitsvertraglicher Bezugnahme und kraft eines zwischen der Beklagten und der IG Metall abgeschlossenen Anerkennungs-Tarifvertrags die Tarifverträge für den Bereich der Metallindustrie in

- 3 Die Klägerin war bis Mai 1999 als Sachbearbeiterin für den Bereich Umlage/Säumniszuschläge mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 19,25 Stunden tätig und erhielt Vergütung nach der Gehaltsgruppe K 4 des Tarifvertrags über Löhne, Gehälter und Ausbildungsvergütungen. Geleistete Überstunden wurden zusätzlich vergütet.
- 4 In der Zeit von Juni 1999 bis zum 31. Dezember 2002 war die Klägerin freigestellte Vorsitzende des Personalrats. Die von ihr über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 19,25 Stunden hinaus erbrachte Personalratstätigkeit wurde zunächst gesondert vergütet. Am 16. Januar 2001 schlossen die Klägerin und der Vorstandsvorsitzende der Beklagten eine Vereinbarung über die Vergütung der Klägerin, deren Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Jedenfalls sollte die Klägerin im Hinblick auf ihre Personalratstätigkeit eine höhere Vergütung auf der Basis einer Arbeitszeit von 30 Wochenstunden und eine Vergütung nach Gehaltsgruppe K 5 erhalten. In Folge der Vereinbarung bezog die Klägerin von Januar bis April 2001 ein monatliches Gehalt iHv. 4.528,83 DM brutto, welches einer Vergütung nach der Gehaltsgruppe K 5, erstes Tätigkeitsjahr des maßgeblichen Tarifvertrags für Löhne, Gehälter und Ausbildungsvergütungen bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 30 Stunden entsprach, sowie eine Leistungszulage von 9 % (407,53 DM brutto). Ab Mai 2001 änderte die Beklagte die Berechnung des monatlichen Gehalts dahingehend, dass sie nunmehr ein anteiliges Gehalt für 19,25 Wochenstunden nach der Gehaltsgruppe K 4, zweites Tätigkeitsjahr (= 2.594,00 DM brutto) nebst einer Leistungszulage iHv. 9 % (233,50 DM) auf dieses Grundgehalt und einer pauschalen Mehraufwandsvergütung in Höhe der Differenz zur Vergütung nach Gehaltsgruppe K 5, erstes Tätigkeitsjahr bei einer Arbeitszeit von 30 Stunden pro Woche (2.212,20 DM brutto) zahlte. Seit Januar 2002 legte die Beklagte für die Gehaltsgruppe K 4 das dritte Tätigkeitsjahr zugrunde. Die Differenz, die sich zwischen diesem Gehalt und einem Gehalt nach der Gehaltsgruppe K 5, erstes Tätigkeitsjahr auf der Basis einer wöchentlichen Arbeitszeit von 30 Stunden ergab, zahlte die Beklagte als "pauschale Mehraufwandsvergütung". Dagegen hat sich die Klägerin mit vorliegender Klage gewandt und die Differenz zwischen der ihr gezahlten Vergütung und der Vergütung nach Gehaltsgruppe K 5, zweites Tätigkeitsjahr bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 30 Stunden zuzüglich einer Leistungszulage von 9 % für die Monate Januar bis Mai 2002 geltend gemacht.
- 5 Die Klägerin hat gemeint, es sei vereinbart worden, dass sie ab 1. Januar 2001 in die Gehaltsgruppe K 5, erstes Tätigkeitsjahr eingruppiert werde und dass eine Wochenarbeitszeit von 30 Stunden als Vertrauensarbeitszeit gelten solle. Sie habe deshalb nicht mehr abstempeln müssen. Die Beklagte habe ihren Gehaltsanspruch ab 1. Mai 2001 einseitig unter Verletzung der getroffenen Vereinbarung wieder auf ein Grundgehalt nach der Gehaltsgruppe K 4, zweites Tätigkeitsjahr reduziert. Auf Grund der getroffenen Vereinbarung stehe ihr für die Monate Januar bis Mai 2002 Vergütung nach Gehaltsgruppe K 5, zweites Tätigkeitsjahr nebst Leistungszulage zu.
- 6 Die Klägerin hat beantragt  
  
die Beklagte zu verurteilen, an sie für die Monate Januar 2002 bis Mai 2002 1.120,05 Euro brutto nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 7 Die Beklagte hat beantragt,  
  
die Klage abzuweisen.
- 8 Sie hat die Auffassung vertreten, die Klägerin könne die von ihr geltend gemachte höhere Vergütung nach der Gehaltsgruppe K 5, zweites Tätigkeitsjahr, für eine wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden nicht beanspruchen. Die vor der Freistellung von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit entspreche nicht den Anforderungen dieser Gehaltsgruppe. Zwischen den Parteien sei lediglich wegen des von der Klägerin angegebenen Umfangs der Personalratstätigkeit vereinbart worden, der Klägerin während der Freistellung als Personalratsmitglied als Überstundenausgleich die Differenz

zwischen Vergütung nach Gehaltsgruppe K 4 und Gehaltsgruppe K 5, erstes Tätigkeitsjahr auf Basis einer 30-Stunden-Woche zu zahlen.

- 9 Das Arbeitsgericht hat der Klage bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

- 10 Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Klägerin steht der geltend gemachte Differenzvergütungsanspruch iHv. 1.120,05 Euro brutto für die Zeit von Januar bis April 2002 nicht zu. Die Beklagte hat die Vergütungsansprüche der Klägerin für Januar bis April 2002 erfüllt. Es kann dahinstehen, ob der Klägerin in dieser Zeit Vergütung nach der Gehaltsgruppe K 5, zweites Tätigkeitsjahr zustand und die 9 %-ige Leistungszulage auf diese Vergütung und nicht auf die Vergütung nach Gehaltsgruppe K 4 zu berechnen war. Denn die Klägerin hatte nach § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG, § 611 BGB nur Anspruch auf Vergütung für 19,25 Wochenstunden und nicht für 30 Wochenstunden. Da die Beklagte der Klägerin Vergütung nach Gehaltsgruppe K 4, drittes Tätigkeitsjahr für 19,25 Stunden wöchentlich nebst einer Leistungszulage von 9 % sowie einer Mehraufwandsvergütung iHd. Differenz zwischen dieser Vergütung und Vergütung nach Gehaltsgruppe K 5, erstes Tätigkeitsjahr für 30 Wochenarbeitsstunden zahlte, hat die Klägerin mehr erhalten als ihr an Vergütung nach Gehaltsgruppe K 5, zweites Tätigkeitsjahr, bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,25 Stunden zuzüglich einer Leistungszulage von 9 % zustehen würde. Auf die am 16. Januar 2001 getroffene Vereinbarung kann die Klägerin den Anspruch nicht stützen.
- 11 I.
- Der geltend gemachte Vergütungsanspruch ergibt sich nicht aus der Vereinbarung vom 16. Januar 2001. Danach sollte die Klägerin zwar während der Dauer ihrer Freistellung als Personalratsvorsitzende Vergütung für 30 Stunden wöchentlich erhalten. Diese Vereinbarung verstößt jedoch gegen das Begünstigungsverbot in § 8 BPersVG und ist deshalb nach § 134 BGB nichtig. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. Aus der Vereinbarung kann die Klägerin daher keine Rechte herleiten.
- 12 1.
- Die Vergütungsansprüche von Personalratsmitgliedern für die Zeit einer Personalratstätigkeit richten sich nach § 46 Abs. 2 BPersVG. Danach führt die Versäumung von Arbeitszeit, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Personalrats erforderlich ist, nicht zu einer Minderung des Arbeitsentgelts. Das Personalratsmitglied hat daher für die Dauer der erforderlichen Personalratstätigkeit einen 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 (BAG 13. November 1991 - 7 AZR 469/90 - AP BPersVG § 46 Nr. 17, zu II 2 b der Gründe).
- 13 Die Mitglieder des Personalrats dürfen nach § 8 BPersVG nicht wegen ihrer Tätigkeit benachteiligt oder begünstigt werden. Eine unzulässige Begünstigung liegt vor, wenn ein Personalratsmitglied nur wegen seiner Personalratstätigkeit eine höhere Vergütung erhält. Das folgt aus der Unentgeltlichkeit und Ehrenamtlichkeit der Personalratstätigkeit (§ 46 Abs. 1 BPersVG), deren Wahrnehmung keine zu vergütende Arbeit darstellt (BAG 22. Mai 1986 - 6 AZR 557/85 - AP BPersVG § 46 Nr. 6, zu 2 der Gründe; 13. November 1991 - 7 AZR 469/90 - AP BPersVG § 46 Nr. 17, zu II 2 c der Gründe). Danach sind nicht nur Gehaltserhöhungen wegen der Personalratstätigkeit unzulässig, sondern auch die ausschließlich auf den zeitlichen Umfang der Personalratstätigkeit beruhende Erhöhung der zu vergütenden wöchentlichen Arbeitszeit teilzeitbeschäftigter Personalratsmitglieder. Könnten diese mit Hilfe ihres Personalratsamts die zu vergütende Arbeitszeit erhöhen, erhielten sie gegenüber den anderen Arbeitnehmern, die ihre Arbeitszeit nicht ausdehnen und keine zusätzliche

Vergütung erlangen können, einen Sondervorteil (vgl. zum BetrVG : BAG 20. Oktober 1993 - 7 AZR 581/92 (A) - BAGE 74, 351 [BAG 13.10.1993 - 10 AZR 294/92] = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 90 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 115, zu B III 4 d der Gründe). Eine derartige Bevorzugung soll durch §§ 8 , 46 BPersVG gerade verhindert werden. Das Ehrenamtsprinzip dient ebenso wie das Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot der inneren und äußeren Unabhängigkeit der Personalratsmitglieder (vgl. BAG 5. März 1997 - 7 AZR 581/92 - BAGE 85, 224 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 123 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 136, zu II 4 b bb der Gründe). Vereinbarungen, die gegen das Begünstigungsverbot des § 8 BPersVG verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig (Altvater/Hamer/Ohnesorg/Peiseler BPersVG 5. Aufl. § 8 Rn. 19 und § 46 Rn. 8; Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber BPersVG Stand März 2005 § 8 Rn. 48; zum BetrVG : GK-BetrVG/Kreutz 7. Aufl. § 78 Rn. 73; Fitting BetrVG 22. Aufl. § 37 Rn. 11 und § 78 Rn. 23; ErfK/Kania 5. Aufl. § 78 BetrVG Rn. 8). Dabei kommt es nicht auf eine Begünstigungsabsicht an. Es genügt das objektive Vorliegen einer Begünstigung des Funktionsträgers wegen seiner Amtstätigkeit (Altvater/Hamer/Ohnesorg/Peiseler BPersVG aaO, § 8 Rn. 14; GK-BetrVG aaO, § 78 Rn. 46; Fitting BetrVG aaO, § 78 Rn. 17; ErfK/Kania aaO, § 78 BetrVG Rn. 6; DKK- Buschmann BetrVG 9. Aufl. § 78 Rn. 18; HWK/Schrader § 78 BetrVG Rn. 20; aA Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber aaO, Rn. 31 mwN: Benachteiligungs- bzw. Begünstigungsabsicht erforderlich).

**14**      **2.**

Nach diesen Grundsätzen ist die Vereinbarung der Parteien nach §§ 8 , 46 BPersVG iVm. § 134 BGB nichtig, soweit sie darauf gerichtet ist, der Klägerin während der Dauer ihrer Freistellung als Personalratsvorsitzende eine auf 30 Wochenstunden erhöhte Arbeitszeit zu vergüten.

**15**      **a)**

Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Parteien diese Vereinbarung gerade wegen der Tätigkeit der Klägerin als Personalratsmitglied getroffen haben. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Landesarbeitsgericht den hierfür maßgeblichen Sachverhalt zutreffend gewürdigt. Die Klägerin hat sich ausdrücklich darauf berufen, dass die Vergütung für 30 Wochenstunden berechtigt sei, weil sie als freigestellte Personalratsvorsitzende in den Monaten September bis Dezember 2000 über die vertraglich geschuldete Arbeitszeit von 19,25 Stunden hinaus Personalratstätigkeit erbracht habe. Die Beklagte hat hierzu vorgetragen, ihr Vorstandsvorsitzender habe mit der Vereinbarung die im Rahmen der Personalratstätigkeit anfallenden Überstunden der Klägerin pauschal abgelten wollen. Die Parteien haben deshalb bezogen auf das Amt der Klägerin als Personalratsvorsitzende eine pauschale Erhöhung der zu vergütenden Wochenarbeitszeit von 19,25 Stunden auf 30 Stunden für die Dauer ihrer Freistellung und nicht eine vom Personalratsamt unabhängige Verlängerung der arbeitsvertraglich vereinbarten Wochenarbeitszeit auch für die Zeit nach Beendigung der Amtszeit vereinbart.

**16**      **b)**

Diese Vereinbarung der Parteien verstößt gegen das Begünstigungsverbot des § 8 BPersVG . Die Gewährung einer zusätzlichen Vergütung für die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit aufgewendete Freizeit zur Durchführung von Personalratsaufgaben ist nach § 8 , § 46 Abs. 1 BPersVG unzulässig (BAG 22. Mai 1986 - 6 AZR 557/85 - AP BPersVG § 46 Nr. 6, zu 4 der Gründe; Altvater/Hamer/Ohnesorg/Peiseler BPersVG 5. Aufl. § 46 Rn. 5 und 38; Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber BPersVG Stand März 2005 § 46 Rn. 12).

**17**      Nach § 46 Abs. 2 BPersVG ist die Personalratstätigkeit grundsätzlich während der Arbeitszeit durchzuführen. Nur wenn das ausnahmsweise nicht möglich ist, sollen die Personalratsmitglieder nicht dadurch benachteiligt werden, dass sie ihre personalvertretungsrechtlichen Aufgaben während ihrer Freizeit erfüllen müssen. Sie haben deshalb nach § 46 Abs. 2 Satz 2 BPersVG einen Anspruch auf Dienstbefreiung in entsprechendem Umfang. Das Bundespersonalvertretungsgesetz sieht jedoch im Gegensatz zu der für Betriebsratsmitglieder geltenden Regelung in § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nicht vor, dass den betroffenen Personalratsmitgliedern die über die persönliche Arbeitszeit

hinaus für Personalratsangelegenheiten aufgewandte Zeit wie Mehrarbeit vergütet wird (BAG 22. Mai 1986 - 6 AZR 557/85 - AP BPersVG § 46 Nr. 6, zu 3 a der Gründe). Diese von § 37 Abs. 3 BetrVG abweichende Regelung in § 46 BPersVG steht in Übereinstimmung mit dem in § 46 Abs. 1 BPersVG aufgestellten Grundsatz, dass Personalratsmitglieder ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt führen (BAG 22. Mai 1986 - 6 AZR 557/85 - aaO, zu 4 der Gründe).

- 18** Entgegen der Ansicht der Revision steht die vollständige Freistellung der Klägerin der Gewährung von Dienstbefreiung nach § 46 Abs. 2 Satz 2 BPersVG nicht entgegen. Durch die Freistellung ändert sich nichts an Umfang und Dauer der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit. Das Personalratsmitglied ist lediglich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung befreit, um in dieser Zeit statt zu arbeiten, Personalratsaufgaben zu erledigen. Es ist Sache des Personalrats, seine Aufgaben auf die Personalratsmitglieder entsprechend ihrer Arbeitszeit aufzuteilen. Ein freigestelltes Personalratsmitglied, das teilzeitbeschäftigt ist, kann daher nur im Umfang seiner Teilzeitbeschäftigung mit Personalratstätigkeiten betraut werden (BVerwG 14. Juni 1990 - 6 P 18.88 - AP BPersVG § 46 Nr. 13). Wird ein teilzeitbeschäftigtes Personalratsmitglied durch die Erfüllung seiner Aufgaben über seine regelmäßige Arbeitszeit hinaus beansprucht, steht ihm Dienstbefreiung nach § 46 Abs. 2 Satz 2 BPersVG zu (Altvater/Hamer/Ohnesorg/Peiseler BPersVG 5. Aufl. § 46 Rn. 74; Lorenzen/Etzel/ Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber BPersVG Stand März 2005 § 46 Rn. 92). Das freigestellte Personalratsmitglied verwirklicht die Dienstbefreiung dadurch, dass es während seiner regelmäßigen Arbeitszeit der Personalratstätigkeit fernbleibt (Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber aaO).
- 19** c)
- Die Vereinbarung vom 16. Januar 2001 ist nicht deswegen wirksam, weil die vereinbarte Vergütung auf der Basis einer Wochenarbeitszeit von 30 Stunden dem Lohnausfallprinzip nach § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG entspricht. Das ist nicht der Fall.
- 20** aa)
- Die Klägerin hat sich erstmals in der Revisionsbegründungsschrift darauf berufen, mit der einvernehmlichen Festlegung der wöchentlichen Arbeitszeit von 30 Stunden sei keine höhere zu vergütende Arbeitszeit für ihre Tätigkeit als Personalratsmitglied vereinbart worden. Vielmehr habe die Vereinbarung nur zur Vereinfachung der monatlichen Abrechnung beitragen sollen. Denn sie habe seit Beginn ihrer Tätigkeit bei der Beklagten regelmäßig bis zu 20 Überstunden pro Woche erbracht. Die hierfür gezahlte Überstundenvergütung sei nach der Übernahme ihres Amtes weiterzuzahlen.
- 21** bb)
- Selbst wenn die Vereinbarung diesem Zweck gedient haben sollte, ist die zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung auf der Grundlage einer Wochenarbeitszeit von 30 Stunden mit dem Lohnausfallprinzip nicht vereinbar und daher nicht zulässig. Denn auf Grund des Begünstigungs- und Benachteiligungsverbots des § 8 BPersVG ist es unzulässig, eine vom gesetzlichen Lohnausfallprinzip abweichende Regelung zu vereinbaren (vgl. BAG 13. November 1991 - 7 AZR 469/90 - AP BPersVG § 46 Nr. 17, zu II 2 a der Gründe mwN). Das gilt auch für freigestellte Personalratsmitglieder. Zu der nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlenden Vergütung gehören zwar auch Überstundenvergütungen, die das Personalratsmitglied ohne seine Freistellung erzielt hätte. Dazu bedarf es jedoch tatsächlicher Feststellungen über die hypothetische Sachlage, die ohne Freistellung bestanden hätte, dh., ob und in welchem Umfang das Personalratsmitglied zur Leistung von Überstunden herangezogen worden wäre, wenn es gearbeitet hätte (BAG 29. Juni 1988 - 7 AZR 651/87 - AP BPersVG § 24 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 97, zu II der Gründe). Im Streitfall kann dahingestellt bleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine pauschale Regelung des Lohnausfalls nach Durchschnittswerten für bestimmte Tätigkeiten oder Vergütungsbestandteile auf Grund besonderer tatsächlicher Berechnungsschwierigkeiten zulässig sein kann (vgl. hierzu auch BAG 13. November 1991 - 7 AZR 469/90 - AP BPersVG § 46 Nr. 17, zu II 2 a der Gründe). Denn die Klägerin hat keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass sie in der Zeit

ihrer Freistellung wöchentlich im Umfang von 30 Stunden zur Arbeitsleistung herangezogen worden wäre, wenn sie gearbeitet hätte. Die Klägerin hat lediglich vorgetragen, dass bis zur Übernahme des Personalratsamts "regelmäßig geleistete Überstunden im Bereich von bis zu 20 Stunden pro Woche" ausbezahlt worden seien. Das lässt nicht den Schluss zu, dass sie auch während ihrer Freistellung, insbesondere in den hier maßgeblichen Monaten Januar bis Mai 2002 ohne ihre Freistellung eine Arbeitszeit von mindestens 30 Stunden pro Woche gehabt hätte. Die Vergütungsvereinbarung stellt deshalb auch nach dem von der Klägerin behaupteten Zweck eine unzulässige Begünstigung dar.

**22 II.**

Da die Klägerin keine Tatsachen dafür vorgetragen hat, dass sie von Januar bis April 2002 30 Stunden wöchentlich gearbeitet hätte, wenn sie in dieser Zeit nicht als Personalratsvorsitzende freigestellt gewesen wäre, ist der geltend gemachte Vergütungsanspruch auch nicht nach § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG, § 611 BGB begründet. Die mit der Revision erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht habe die ihm obliegende Aufklärungspflicht verletzt, sie hätte bei einem Hinweis des Landesarbeitsgerichts auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 16. Januar 2001 ihren Anspruch auf das in §§ 8, 46 BPersVG geregelte Benachteiligungsverbot stützen und hierzu ergänzend vortragen können, ist unzulässig. Wird eine Verletzung der dem Landesarbeitsgericht obliegenden Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) gerügt, reicht es nicht aus, pauschal auf die Verletzung der Aufklärungspflicht hinzuweisen. Es muss vielmehr im Einzelnen vorgetragen werden, welchen konkreten Hinweis das Landesarbeitsgericht dem Revisionskläger auf Grund welcher Tatsachen hätte erteilen müssen, und welche weiteren erheblichen Tatsachen der Revisionskläger dann in der Berufungsinstanz vorgebracht hätte (vgl. BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - AP ArbGG 1979 § 74 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 1, zu II 3 e aa der Gründe). Nur so kann das Revisionsgericht feststellen, ob die gerügte Verletzung möglicherweise für das Urteil kausal war (vgl. BAG 5. Juli 1979 - 3 AZR 197/78 - BAGE 32, 56 = AP BGB § 242 Ruhegehalt-Unterstützungskassen Nr. 9 = EzA BGB § 242 Ruhegeld Nr. 78, zu II 1 b der Gründe). Hieran fehlt es. Die Klägerin hat nicht dargelegt, was sie bei einem entsprechenden Hinweis des Landesarbeitsgerichts vorgetragen hätte.

**23 III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

---

Von Rechts wegen!

Verkündet am 16. Februar 2005

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.