
Datum: 29.11.2016
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 Sa 582/16
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2016:1129.7SA582.16.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 3 Ca 2493/15

Tenor:

1.

Die Berufungen des Klägers und der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 27.04.2016 – 3 Ca 2493/15 werden zurückgewiesen.

2.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 15%, die Beklagte zu 85%.

3.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Einbeziehung von Ausgleichszahlungen wegen Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit in die Berechnung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle.

1

2

3

Der 1970 geborene Kläger ist seit dem 31.05.1996 bei der Beklagten als Zeitungszusteller tätig. Dem Arbeitsverhältnis liegt ein „Zustellvertrag“ vom 22.10.1996 zugrunde, in welchem u.a. unter einer Ziffer 19 eine Ausschlussklausel enthalten ist, die eine Frist zur schriftlichen Geltendmachung von 14 Tagen vorsieht (Bl. 123, 124 d.A.). Grundsätzlich ist die Arbeitsleistung in den frühen Morgenstunden zu erbringen, da die auszutragenden Zeitungen bei den Kunden bis 6.00 Uhr zuzustellen sind. Die Kläger ist Mitglied des bei der Beklagten gewählten Betriebsrates; aufgrund des Umfangs der Betriebsrätstätigkeit trägt er seit geraumer Zeit keine Zeitungen mehr aus. Insoweit ist zwischen den Parteien nicht im Streit, dass sämtliche Betriebsrätstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit anfällt.	
Die Beklagte beschäftigte ursprünglich ca. 1.200 Mitarbeiter, aktuell deutlich weniger und erbringt Zustelldienste u.a. für die Zeitung X im Ostwestfälischen Raum.	4
Die Beklagte leistete an den Kläger wegen der außerhalb der Arbeitszeit anfallenden Betriebsratsarbeit, die nicht in Freizeit ausgeglichen werden kann, Ausgleichszahlungen. Die Berechtigung dieser Ausgleichszahlungen sowie deren Höhe und die zugrunde liegenden Zeiträume sowie die einzelnen Zeiten sind zwischen den Parteien nicht im Streit.	5
In Zeiten des Urlaubs und der Erkrankung des Klägers von August 2012 bis Juli 2015 bezog die Beklagte bei der Berechnung sowohl des Urlaubsentgeltes wie auch der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle diese Ausgleichszahlungen nicht mit ein.	6
Der Kläger errechnete hinsichtlich des Urlaubsentgeltes einen Differenzbetrag für den vorgenannten Zeitraum in Höhe von 6.479,82 € brutto, der sich nach einer von ihm vorgelegten Tabellenkalkulation (Bl.4 d.A.) „Unter Berücksichtigung der von der Beklagten ... erfolgten Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG ergibt“.	7
Die Zahlung dieses Betrages hat der Kläger ursprünglich mit der vorliegenden, am 22.10.2015 beim Arbeitsgericht Bielefeld eingegangenen Klage verfolgt. Während der Rechtshängigkeit stellte die Beklagte eine Berechnung für den vorgenannten Zeitraum an, die nicht nur die Differenz bei der Zahlung des Urlaubsentgelts, sondern auch eine weitere Differenz für Zeiträume der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle beinhaltete. Insoweit errechnete sie einen Betrag in Höhe von 5.951,98 € brutto, den sie am 06.11.2015 an den Kläger leistete. Dabei entnahm die Beklagte die geleisteten Ausgleichszahlungen den jeweiligen Lohnabrechnungen (Bl. 39-88 d.A.); ausgewiesen dort als „BR StdL Basisbezug“, bildete einen drei Monats-Schnitt und ermittelte die im jeweiligen Monat anfallenden und durch Urlaub oder Krankheit ausgefallenen Arbeitstage (Bl. 102 d.A.). Keine zwei Wochen später, am 19.11.2015, wandte sich die Beklagte, vertreten durch ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten, an die den Kläger vertretende Gewerkschaft ver.di und teilte mit, dass sie u.a. an den Kläger eine Nachzahlung in Höhe von 5.951,98 € geleistet habe, die hinsichtlich des Klägers zum Gegenstand einer Widerklage, mit der die Rückzahlung der Beträge gefordert werde, gemacht werde. Die Beklagte beziehe sich ausdrücklich auf ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Thüringen vom 17.12.2010, 5 Sa 143/10, veröffentlicht u.a. bei juris. Wegen der Einzelheiten des Schreibens vom 19.11.2015 wird auf Bl. 131, 132 d.A. Bezug genommen. Die angekündigte Widerklage wurde dem Vertreter des Klägers am 02.12.2015 zugestellt. In Höhe der Widerklage hat der Kläger die Klage zurückgenommen (Bl. 115 d.A.).	8
Er hat vorgetragen:	9
Der Auffassung des Landesarbeitsgerichts Thüringen in der von der Beklagten herangezogenen Entscheidung könne nicht gefolgt werden. Nach wie vor sei davon	10

auszugehen, dass mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit der Entscheidung vom 11.01.1995, 7 AZR 543/94, von einer Einbeziehung der Ausgleichszahlungen für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit ohne Freizeitausgleich auszugehen sei. Diese Auffassung werde auch überwiegend in der Literatur so vertreten. Fest stehe jedenfalls, dass die gesetzlichen Änderungen der Jahre 1996 und 1998 im Recht der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle bzw. im Urlaubsrecht eine Änderung der Rechtslage hinsichtlich der Behandlung von Ausgleichszahlungen an Betriebsräte nicht bewirkt habe.

Die Berechnung des Klägers sei zutreffend; auch der Kläger habe einen drei-Monats-Schnitt gebildet und verweise auf die Tabellenkalkulation als Anlage 3 zum Schriftsatz vom 24.02.2016 (Bl. 125 d.A.). 11

Soweit die Beklagte Ansprüche mit der Widerklage verfolge, seien diese aufgrund der vertraglichen Ausschlussklausel verfallen. 12

Der Kläger hat beantragt, 13

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1003,43 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank seit dem 01.10.2015 zu zahlen und die Widerklage abzuweisen. 14

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen und - widerklagend - den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 5.951,98 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit (02.12.2015) zu zahlen. 16

Der Berechnung des Klägers trete sie entgegen. 17

Zur Begründung ihrer Widerklage hat die Beklagte vorgetragen: Spätestens seit den gesetzlichen Änderungen im Recht der Entgeltfortzahlung und im Urlaubsrecht in den Jahren 1996 und 1998 seien Ausgleichszahlungen für Betriebsratsmitglieder, die wegen Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit ohne Möglichkeit des Freizeitausgleichs gezahlt würden, nicht mehr in die Berechnung der Urlaubsvergütung wie auch der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle einzubeziehen. Die Vergütung dieser Leistungen an Betriebsräte folge auf der gesetzlichen Grundlage des § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG „wie Mehrarbeit“. Demzufolge dürfte sie wegen der Pflicht zur Nichtberücksichtigung von Überstunden bei der Urlaubsvergütung wie auch bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle nicht eingerechnet werden. Unabhängig von der Frage der Rechtswirksamkeit der arbeitsvertraglich vereinbarten Verfallfrist habe sie ihre Ansprüche rechtzeitig geltend gemacht. 18

Durch Urteil vom 27.04.2016, den Vertretern der Parteien jeweils zugestellt am 03.05.2016, hat das Arbeitsgericht Bielefeld die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die vom Landesarbeitsgericht Thüringen dargestellte Auffassung zutreffend sei. Der mit der Widerklage verfolgte Anspruch der Beklagten sei allerdings verfallen. Wegen der Einzelheiten der angegriffenen Entscheidung wird auf Bl. 153 bis 165 d.A. Bezug genommen. 19

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der vorliegenden, beim Landesarbeitsgericht am 25.05.2016 vorab per Fax eingegangenen und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 04.08.2016 mit Schriftsatz vom 04.08.2016, vorab per Telefax am selben Tage beim Landesarbeitsgericht eingegangen, begründeten Berufung. 20

Ebenso greift die Beklagte die erstinstanzliche Entscheidung mit der vorliegenden, beim Landesarbeitsgericht am 19.05.2016 vorab per Fax eingegangenen und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 04.08.2016 mit Schriftsatz vom 04.07.2016, vorab per Telefax am selben Tage beim Landesarbeitsgericht eingegangen, begründeten Berufung.

Der Kläger trägt vor: 21

Er verbleibe dabei, dass die Ausgleichszahlungen wie beschrieben bei der Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle sowie des Urlaubsentgelts für ihn als Betriebsratsmitglied einzubeziehen seien. Das Landesarbeitsgericht Thüringen habe verkannt, dass die Besonderheit der Bestimmung des § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG es mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit der Entscheidung vom 11.01.1995 rechtfertige, auch bei der Urlaubsvergütung und der Entgeltfortzahlung die Ausgleichszahlungen zu berücksichtigen. Es handele sich eben nicht um „Überstunden“ oder „Überstundenvergütung“, sondern um einen gesetzlich angeordneten Ausgleich für einen aus tatsächlichen Gründen nicht möglichen Freizeitausgleich. Es erschließe sich dem Kläger daher nicht, inwieweit die gesetzlichen Änderungen im Recht der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle oder im Urlaubsrecht in den Jahren 1996 und 1998 irgendeinen Einfluss auf die Berechnung der Urlaubsvergütung wie auch der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle für Betriebsratsmitglieder haben könnte. 22

Zur Berechnung seiner Forderung hat der Kläger nach Vertagung der Berufungsverhandlung ergänzend vorgetragen: Die Beklagte habe wohl in der Tat die in den Abrechnungen ausgewiesenen Ausgleichszahlungen „BR StdL“ Basisbezug herangezogen, der Kläger hingegen den Tagesdurchschnitt aus der Summe der abgerechneten Beträge im Referenzzeitraum bei durchgängig angenommenen 78 Arbeitstagen im drei-Monatszeitraum gebildet, woraus sich die Tabelle Bl. 245, 246 d.A. ergebe. Es ergebe sich nunmehr eine Differenz zu der von der Beklagten geleisteten Zahlung in Höhe von 1306,11 €, die der Kläger indessen nicht zum Anlass für eine Klageerweiterung nehme, da die ursprünglich verbliebene Klageforderung als Teilbetrag enthalten sei. 23

Die Widerklage sei unbegründet. Neben den Argumenten zur Begründung seines Anspruchs sei zu bedenken, dass es sich um einen Fall der Zahlung in Kenntnis einer Nichtschuld handle, als die Beklagte am 06.11.2015 die streitgegenständliche Leistung erbracht habe. Der anwaltlich vertretenen Beklagten müsse bewusst gewesen sein, dass sie aus ihrer Sicht in Kenntnis einer Nichtschuld i.S.d. § 814 BGB geleistet habe. 24

Schließlich sei das angegriffene Urteil zutreffend, soweit es vom Verfall der Ansprüche der Beklagten ausgehe. 25

Der Kläger beantragt, 26

das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 27.04.2016 – 3 Ca 2493/15 – teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1003,43 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 27

Die Beklagte beantragt, 28

das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 27.04.2016 – 3 Ca 2493/15 – teilweise abzuändern und den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 5.951,98 € brutto zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und 29

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung soweit die Klage abgewiesen wurde als zutreffend und weist darauf hin, dass die Autoren, die nach wie vor von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit dem 11.01.1995 ausgingen, keine Begründung für ihre Rechtsauffassung liefern würden. Insofern sei die angegriffene Entscheidung, die dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Thüringen folge, nicht zu beanstanden. 30

Hingegen sei das Arbeitsgericht fehlerhaft von einem Verfall der Widerklageforderung ausgegangen. Unabhängig von allen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist habe die Beklagte jedenfalls ihre Ansprüche mit Schreiben vom 19.11.2015 schriftlich geltend gemacht. Ihr rechtzeitig zugegangenes Schreiben vom 19.11.2015 mache dem Kläger mit der gebotenen Sicherheit und Klarheit deutlich, dass sie von ihm die Rückzahlung des genannten Betrages verlange. 31

Wegen der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird ergänzend auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle Bezug genommen. 32

Entscheidungsgründe 33

I. Die Berufungen beider Parteien als Rechtsmittel gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld sind statthaft und zulässig gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, Abs. 2 b ArbGG. Beide Parteien haben ihre Berufung jeweils form- und fristgerecht gemäß den Anforderungen der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519 ff. ZPO eingelegt und begründet. 34

II. Die Berufung der Beklagten ist nicht begründet, da sie keinen Anspruch auf Rückzahlung von 5.951,98 € brutto gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alternative BGB hat. Die Beklagte hat diese Zahlung nicht ohne Rechtsgrund an den Kläger geleistet. 35

1. Allerdings sind etwaige Ansprüche nicht aufgrund der Vertragsregelung in Ziffer 19. des Zustellvertrages verfallen, da die Beklagte unabhängig von der Wirksamkeit der Regelung ihre mit der Widerklage verfolgten Ansprüche rechtzeitig geltend gemacht hat, als ihr Telefax am 19.11.2015 den Vertreter des Klägers erreichte. 36

a) Die Wahl des Telefaxes stellt eine schriftliche Geltendmachung dar (BAG, Urteil v. 11.10.2000, 5 AZR 313/99). 37

b) Der Inhalt des Schreibens eröffnet dem Kläger mit der gebotenen Sicherheit und Klarheit, dass die Beklagte von ihm die Rückzahlung des genannten Betrages verlangt. Sie bezieht sich sowohl auf den Forderungsgrund (Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung im Zusammenhang mit Ausgleichszahlungen der BR-Mitglieder) als auch auf die Höhe (vgl. ErfK/Preis, 17.A., Rdnr. 59 m.w.Nachw.). Bezüglich einer beabsichtigten/erhobenen Widerklage heißt es dort ausdrücklich, die Beklagte habe den Zahlungsbetrag den Kläger betreffend zum Gegenstand einer Widerklage gemacht. Mit dieser Erklärung stellt die Beklagte nicht eine Geltendmachung nur für den Fall der Zustellung der Widerklage in Aussicht, sondern beschreibt klar, dass sie die Zahlung vom Kläger verlange. 38

2. Rechtsgrund für die Zahlung der Beklagten vom 06.11.2015 war, soweit das Urlaubsentgelt betroffen ist, § 611 BGB i.V.m. §§ 1, 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG. 39

a) Die grundlegenden Voraussetzungen des Anspruchs auf Urlaubsentgelt (Bestehen des Urlaubsanspruchs, Inanspruchnahme des Urlaubs, Anzahl der genommenen Urlaubstage) sind zwischen den Parteien nicht im Streit. 40

- b) Die von der Beklagten geleisteten Ausgleichszahlungen für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit ohne Freizeitausgleich nach § 37 Abs. 3 Satz 3, 2. Halbsatz BetrVG (im Folgenden: Ausgleichszahlungen) waren bei der Ermittlung des Urlaubsentgelts im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zu berücksichtigen. 41
- aa) Vorauszuschicken ist zunächst, dass es sich bei den Ausgleichszahlungen um Arbeitsverdienst im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG handelt. Die Berufungskammer verkennt nicht, dass Arbeitsverdienst im Sinne dieser Bestimmung grundsätzlich die von der Beklagten erbrachte Gegenleistung für die Arbeitsleistung im Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611 BGB ist (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 16. Aufl. – ErfK/Gallner, § 11 BUrlG Rdnr. 6 m.w.N. zur Rechtsprechung), wohingegen die Durchführung erforderlicher Betriebsratstätigkeit jedenfalls in diesem Sinne keine Arbeitsleistung darstellt. Dem trägt indessen § 37 Abs. 2 BetrVG Rechnung, indem die Vorschrift eine Freistellung von der Arbeitsleistung ohne Minderung des Arbeitsentgelts festschreibt. Darf aber das Arbeitsentgelt durch erforderliche Betriebsratstätigkeit nicht gemindert werden, handelt es sich beim gezahlten Entgelt grundsätzlich um „Arbeitsverdienst“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG (BAG, Urteil vom 11.01.1995, 7 AZR 543/94 Rdnr. 23). 42
- bb) Diese Erwägungen gelten auch für Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG, da sie ihren Ursprung stets in der Durchführung erforderlicher Betriebsratstätigkeit haben; die vom Gesetzgeber beschriebene Vergütungspflicht „wie Mehrarbeit“ bedingt dementsprechend die rechtliche Klassifizierung als Arbeitsverdienst (BAG aaO. Rdnr. 26 und 27). 43
- cc) Die Berücksichtigung der Ausgleichszahlungen ist auch nach der Neufassung des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG durch das ArbR BeschFG vom 25.09.1996 geboten, wodurch der Zusatz „mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes“ in die Bestimmung eingeführt wurde (Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrechtskommentar - HWK 7. Aufl./Schinz, § 11 BUrlG Rdnr. 33; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch 16. Aufl./Linck, § 104. Urlaub Rdnr. 107; ErfK/Gallner aaO., § 11 BUrlG Rdnr. 8; Küttner/Personalbuch 23. Aufl. 2016/Röller Urlaubsentgelt Rdnr. 13; a.A. LAG Thüringen, Urteil vom 16.12.2010, 5 Sa 143/10 juris). 44
- (1) Die Ausgleichszahlung ist nämlich im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG kein zusätzlich für Überstunden gezahlter Arbeitsverdienst (ErfK/Gallner aaO.), da das Betriebsratsmitglied bei der Durchführung von Betriebsratsarbeit schon begrifflich keine Überstunden leistet, was der Gesetzgeber mit der Formulierung in § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG „wie Mehrarbeit“ zum Ausdruck bringt (zur arbeitszeitrechtlichen Einordnung erforderlicher Betriebsratsarbeit vgl. LAG Hamm, Urteil vom 20.02.2015, 13 Sa 1386/14 juris). 45
- (2) Das entspricht auch dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zur Ausklammerung des zusätzlichen Überstundenverdienstes in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG, durch gezielte Mehrarbeit im Referenzzeitraum zu verhindern, dass sich der Urlaubsverdienst erhöht (HWK/Schinz aaO.). Denn der Kläger als Betriebsratsmitglied kann auf Zahlungsansprüche aus § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG keinen Einfluss nehmen, da solche Ausgleichszahlungen von Gesetzes wegen nur vorgesehen sind, wenn betriebsbedingte, d.h. vom Arbeitgeber zu vertretende Gründe eine Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit erzwungen haben und darüber hinaus ein Freizeitausgleich aus betrieblichen Gründen objektiv unmöglich ist. Die Rechtsfolge der Ausgleichszahlung kann daher vom Betriebsratsmitglied nicht einseitig herbeigeführt werden (HWK/Schinz aaO.). Genau auf diese Gründe hatte der 7. Senat in der Entscheidung vom 11.01.1995 aaO. bereits abgestellt (dort Rdnr. 25 -juris-), weshalb die ergänzende Neuregelung in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nicht zu einer Änderung der 46

Rechtslage geführt hat. Dafür spricht auch schließlich, dass die gesetzliche Änderung durch das ArbRBeschFG vom 25.09.1996, wie auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in der Entscheidung vom 11.01.1995 aaO. bekannt war, als der Gesetzgeber im Jahre 2001 die grundlegende Reform des Betriebsverfassungsgesetzes verabschiedet hat (BetrVG-Reformgesetz vom 23.07.2001, BGBl I. S. 1852). Gleichwohl hat der Gesetzgeber die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes nicht zum Anlass genommen, eine explizite Regelung zum Verhältnis der Berechnung des Urlaubsentgelts in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zu Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG zu treffen.

(3) Schließlich musste die Berufungskammer auch bedenken, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 7 RL 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ein Abstellen auf einen „Grundlohn“ für die Berechnung des Urlaubsentgelts nicht mit Unionsrecht vereinbar wäre (EuGH vom 22.05.2014, Rs. C-539/12 (Lock); Düwell in: Boecken u.a., *Gesamtes Arbeitsrecht* Band II, § 11 BUrlG Rdnr. 17; HWK/Schinz aaO., § 11 BUrlG Rdnr. 32 a). Angesichts oben stehender Ausführungen bedurfte es allerdings keiner abschließenden Entscheidung der Kammer dazu, ob allein ein unionsrechtliches Verständnis von § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG die Berücksichtigung der Ausgleichszahlungen erzwingt.

Nach alledem verbleibt es dabei, dass die von der Beklagten erbrachten Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 3 2. Halbsatz BetrVG in die Berechnung des Urlaubsentgelts einfließen müssen.

3. Rechtsgrundlage für die Zahlung der Beklagten vom 06.11.2015 war, soweit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle betroffen ist, § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 EFZG.

a) Die grundlegenden Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle (Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, Erfüllung der Anzeige- und Nachweispflichten, Umfang der Arbeitsunfähigkeitstage) sind zwischen den Parteien nicht im Streit.

b) Zur weiteren Begründung nimmt die Berufungskammer auf die Ausführungen zur Berechnung des Urlaubsentgelts Bezug, mit Ausnahme des Abschnitts 1.b) cc) (3)).

aa) Wenn auch § 4 Abs. 1 EFZG hinsichtlich des sogenannten Geldfaktors von Arbeitsentgelt und § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG von Arbeitsverdienst spricht, so sind beide Begriffe von gleicher Bedeutung, beschreiben nämlich die Gegenleistung für die im Arbeitsverhältnis erbrachte Arbeitsleistung (ErfK aaO./Reinhardt, § 4 EFZG Rdnr. 11).

bb) Zutreffend hat auch das Bundesarbeitsgericht zu § 4 EFZG in der Fassung des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998 festgehalten (Urteil vom 26.02.2002, 5 AZR 5/01), dass bei der Feststellung der ausfallenden individuellen Arbeitszeit gemäß § 4 Abs. 1 EFZG in Abgrenzung zur Ausklammerung des gemäß § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG „zusätzlich für Überstunden“ gezahlten Arbeitsentgelts auf ein Referenzprinzip abzustellen ist, das ebenso in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG als Grundlage der Berechnung des Urlaubsentgelts beschrieben wird. Auch insoweit ergeben sich daher in der rechtlichen Bewertung der Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen keine Abweichungen zu den obigen Feststellungen im Bereich des Urlaubsentgelts.

cc) Schließlich ist der Begriff der Überstunde in beiden gesetzlichen Regelungen identisch (vgl. auch Schmitt, EFZG 7. Aufl., § 4 Rdnr. 31), weshalb auch hierzu auf die Ausführungen

oben zu 1. b. aa) (1) und bb) Bezug genommen wird.

Daher verbleibt es dabei, dass die von der Beklagten erbrachten Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG in die Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall einfließen müssen. 55

4. Weitere Anspruchsgrundlagen für das Begehren der Beklagten sind nicht ersichtlich. 56

5. Die Beklagte hat die Differenzen für den streitgegenständlichen Zeitraum zutreffend berechnet, indem sie für das Urlaubsentgelt den nach § 11 Abs. 1 S.1 BurlG gebotenen Referenzzeitraum gebildet und dies ebenso zutreffend für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle getan hat (s.o. II.3.b)bb)). Sie hat dabei exakt die geleisteten Ausgleichszahlungen, die sich in unstreitiger Höhe aus den vorgelegten Lohnabrechnungen ergeben, berücksichtigt und die Durchschnitte aus den jeweiligen Referenzzeiträumen gebildet. Dabei war zu bedenken, dass zwischen den Parteien genau die Frage der Hinzurechnung der Ausgleichszahlungen zu den geleisteten Beträgen im Streit war, worauf die Beklagte zu recht abgestellt hat. 57

6. Nach alledem kam es auf die vom Kläger im Berufungsverfahren aufgeworfenen Fragen zur Bestimmung des § 814 BGB - Kenntnis in Zahlung einer Nichtschuld - nicht an. 58

III. Die Berufung des Klägers war zurückzuweisen, da er keinen weitergehenden Anspruch auf Zahlung in Höhe von 1.003,43 € brutto gegen die Beklagte aus § 611 BGB i.V.m. §§ 1, 11 Abs. 1 Satz 1 BurlG (Urlaubsentgelt) bzw. § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 EFZG hat. Die von der Beklagten im streitgegenständlichen Zeitraum geleisteten Zahlungen in Höhe von 5.951,98 € brutto haben Ansprüche des Klägers aus der Zeit von August 2012 bis einschließlich Juli 2015 wegen unterbliebener Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen für Betriebsratstätigkeit im Sinne des § 37 Abs. 3 Satz 3 2. Halbsatz BetrVG beim Urlaubsentgelt und der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle vollständig erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). 59

1. Einen weitergehenden Anspruch hat der Kläger auch unter Berücksichtigung seines ergänzenden Vorbringens im Berufungsverfahren im Schriftsatz vom 10.11.2016 nicht schlüssig dargelegt. 60

a) Zunächst wird auf die Ausführungen unter II. 5. zur zutreffenden Berechnung durch die Beklagte Bezug genommen. 61

b) Gegenüber der Berechnung der Beklagten lassen die vom Kläger vorgelegten und erläuterten Tabellen nicht erkennen, inwieweit der Kläger seine Berechnungen dem Streitgegenstand zugeordnet hat, nämlich der Frage, ob Ausgleichszahlungen für Betriebsratstätigkeit gemäß § 37 Abs. 3 Satz 3 2. Halbsatz BetrVG beim Urlaubsentgelt und der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle zu berücksichtigen sind. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit der Kläger sie dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex zugeordnet hat, den er dem Gericht zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens unterbreitet hat (vgl. BAG, Urteil vom 15.09.2011, 8 AZR 846/09 m.w.N.). Eine entsprechende Zuordnung ist allerdings zwingend geboten, da der Streitgegenstand des arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens sich nicht nur aus dem gestellten Antrag (Zahlung), sondern auch aus der dazugehörigen Begründung (Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen nach § 37 Abs.3 Satz 3 2. Halbsatz BetrVG) ergibt (sogenannter zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff, vgl. BAG, Urteil vom 23.03.2016, 5 AZR 758/13 juris Rdnr. 33; Urteil vom 17.12.2005, 8 AZR 54/14 juris Rdnr. 16). 62

c) An dieser Problematik hat auch das ergänzende Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 10.11.2016 nichts geändert, kommt der Kläger dort doch selbst auf einen um rund 300,-- € höheren Betrag als in seinem zuletzt erstinstanzlich und dann mit der Berufungsschrift angekündigten Antrag. Welche vermeintlichen Forderungsbestandteile nunmehr bei Stattgabe des Berufungsantrages erfüllt sein könnten, lässt sich nicht feststellen (vgl. zur Teilleistungsklage BAG, Urteil vom 17.12.2015 aaO.).

2. Eines (weiteren) Hinweises durch die Berufungskammer an den Kläger im Sinne des § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO bedurfte es nicht, da die Beklagte der Berechnung des Klägers stets durch ihre eigene Berechnung entgegengetreten ist und der Kläger Gelegenheit hatte (und auch ergriffen hat) nach Vertagung in der Berufungsinstanz ergänzend vorzutragen. 64

Nach alledem hatten beide Berufungen keinen Erfolg. 65

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, wonach jeder Partei die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels aufzuerlegen sind. 66

Die Rechtsbeschwerde war für die Beklagte schon wegen der ausstehenden höchstrichterlichen Klärung zuzulassen (LAG Hamm, Urteil vom 23.08.2016, 7 Sa 245/16 anhängig beim BAG zum Aktenzeichen 9 AZR 613/16). Für den Kläger kam die Revisionszulassung nicht in Betracht, da es sich bezogen auf die von ihm durchgeführte Berechnung der Klageforderung um eine Einzelfallentscheidung handelt, die keine grundsätzliche Bedeutung hat und die sonstigen Voraussetzungen für die Revisionszulassung gemäß § 72 Abs. 2 Ziffer 2 und 3 ArbGG nicht vorliegen. 67