



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn L. von L., Q. str. 88, O.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte G. u. a.,
V. str. 19 - 23, C.,

g e g e n

1. die S. Power AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Dr. G. X., I. allee 2, F.,
2. die J. SE, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden V. U., P. platz 1, F.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte D. I. T. Partnerschaft von
Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB,
C. Str. 3, E.,

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 27.04.2018
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Mailänder als
Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Fette und den ehrenamtlichen
Richter Foitlinski

für R e c h t erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 29.06.2017 – 5 Ca 2157/16 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger als Betriebsratsmitglied aus §§ 37 Abs. 4 Satz 1, 78 Satz 2 BetrVG Anspruch auf höhere Vergütung hat.

Der mit einem GdB i.H.v. zuletzt 60 schwerbehinderte Kläger steht seit dem 01.10.1987 durchgängig in den Diensten verschiedener Unternehmen der Immobiliensparte des S.-Konzerns.

Zu Beginn seines Beschäftigungsverhältnisses war der Kläger tariflicher Arbeitnehmer der S. Aktiengesellschaft. Seit dem 01.01.2000 ist er als außertariflicher Mitarbeiter (Referent) im Gehaltsband AT 1 eingruppiert. Wegen der Details der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen wird auf die von Beklagtenseite mit Schriftsatz vom 28.03.2017 als Anlage B4 vorgelegte Kopie des nach wie vor maßgeblichen schriftlichen Arbeitsvertrages zwischen dem Kläger und der S. Systems Immobilien GmbH & Co KG vom 07.09.2005 verwiesen. Seitherige Wechsel des Vertragsarbeitgebers waren durch Umstrukturierungen der Immobiliensparte in Form von Umfirmierungen, Fusionen oder Betriebsübergängen innerhalb des Konzerns bedingt und hatten keinen Einfluss auf die materiellen Arbeitsbedingungen.

In der Zeit vom 01.10.2014 bis 31.12.2016 bestand das Arbeitsverhältnis zu der mit der Klage ursprünglich in Anspruch genommenen S. Group Business Service GmbH, die mit Wirkung zum 07.07.2017 gemäß § 2 Ziff. 1 UmwG auf die S. Power AG (nunmehrige Beklagte zu 1.) verschmolzen wurde, nachdem das Arbeitsverhältnis bereits am 01.01.2017 nach § 613 a Abs. 1 BGB auf die Beklagte zu 2. übergegangen war.

Seit dem 01.10.2000 ist der Kläger durchgehend Betriebsratsmitglied. Zunächst wurde er als Ersatzmitglied in den Betriebsrat der S. VM Immobilien Energy GmbH & Co. KG gewählt und als solches regelmäßig zu Betriebsratssitzungen hinzugezogen. Ab Mai 2002 war der Kläger Mitglied eines auf der Grundlage von § 3 BetrVG etablierten Betriebsrats für Arbeitnehmer des Standortes F. und Umgebung. Vertragsarbeitgeber des Klägers war zu diesem Zeitpunkt die S. Systems Immobilien GmbH & Co KG. Ab März 2005 war er Vorsitzender des Betriebsrats und als solcher ab dem 01.04.2005 bis zum Ablauf der damaligen Wahlperiode zu 50 Prozent freigestellt. Danach war er normales Mitglied des Regionalbetriebsrats für die Region F. ohne Freistellung. Seit April 2014 nimmt der Kläger auch Aufgaben als Schwerbehindertenvertreter im Betrieb, Unternehmen und Konzern wahr. Seit April 2015 ist er vollständig freigestellt. Im Jahre 2016 wurde er zum Vorsitzenden sowie zum Schwerbehindertenvertreter des Gesamtbetriebsrats gewählt.

Im Verlauf des Jahres 2002 war der Geschäftsführer der S. Systems Immobilien GmbH & Co KG, Herr Dr. L., der zugleich die Position des für den Immobilienbereich des Konzerns zuständigen Vorstandsmitglieds der S. Systems AG bekleidete, damit befasst, die betriebliche Organisationseinheit „Corporal Real Estate Management“ (CREM) zu schaffen. Diese sollte innerhalb der S. Systems AG am Standort E. angesiedelt werden. Für diesen Standort bestand nach den auf der Grundlage von § 3 BetrVG bestehenden Strukturen ein gesonderter Betriebsrat.

Im Jahr 2002 bezog der Kläger eine monatliche Vergütung von 4.192,59 €. Die Höhe seines Gehalts in den Jahren 2015 und 2016 ist streitig. Nach Auffassung des Klägers betrug sie 6.411,46 € brutto, nach Auffassung der Beklagten erhielt der Kläger im Januar 2015 ein Basisgehalt von 6.475,85 € und ab 01.01.2016 6.573,46 €.

Mit seiner beim Arbeitsgericht am 25.08.2016 eingegangenen, mit Schriftsatz vom 04.03.2017 auf die Beklagte zu 2. erweiterten Klage verfolgt der Kläger im Kern einen Anspruch auf Nachzahlung von Vergütung ab dem 01.09.2015.

Der Kläger hat behauptet, im Jahr 2002 habe ihm Herr Dr. L. eine Stelle in der neu gegründeten CREM angeboten. Gegen diese Stelle habe er sich seinerzeit vor allem deshalb entschieden, weil klar gewesen sei, dass er diese nur unter Aufgabe seines Betriebsratsamtes hätte übernehmen können. Wie Herr Dr. L. mit der in Kopie als Anlage K5 zum Schriftsatz vom 23.05.2017 vorgelegten

E-Mail vom 18.03.2017 bestätigt habe, sei vorgesehen gewesen, dass er in der CREM unter der Leitung von Herrn Dr. D. tätig werde. Die beiden danach allein in Betracht kommenden und nach seiner Absage mit den Herren Dr. E. und Herrn N. besetzten Stellen seien eine Leitungsebene oberhalb der AT-Bänder auf der Führungsebene „F3“ angesiedelt. Jedenfalls sei er vergleichbar mit den Mitarbeitern, die unterhalb der Ebene von Dr. E. und Herrn N. tätig seien. Das seien die Mitarbeiter G. und T.. Die errechnete monatliche Differenz von 2.554,59 € ergebe sich aus einem Vergleich mit der Entwicklung der Mitarbeiter G. und T.. Seine Ansprüche habe er mit E-Mail vom 01.09.2015 geltend gemacht. Wegen der weiteren Details des erstinstanzlichen Vorbringens wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils sowie die Klageschrift und die ergänzenden erstinstanzlichen Schriftsätze des Klägers Bezug genommen.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, ihm seit dem 01.09.2015 die Vergütung nach der Gehaltsgruppe F3 nach den bei ihr maßgeblichen Gehaltsbändern unter Anrechnung der gezahlten Vergütung nach AT1 zu zahlen,
2. die Beklagte zu 2. zu verurteilen, ihn ab dem 01.01.2017 nach der Gehaltsgruppe F3 nach den bei ihr maßgeblichen Gehaltsbändern zu vergüten,
3. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Kläger 40.878,88 € zu zahlen,
4. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 2. die Beklagte zu 2. zu verurteilen, an ihn ab dem 01.01.2017 weitere 7.664,79 € zu zahlen und zukünftig monatlich zusätzlich weitere 2.554,93 € brutto zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben vorgebracht, die berufliche Entwicklung des Klägers, die vor der Zeit bei der Beklagten zu 1. stattgefunden habe, sei für die Bemessung des Arbeitsentgelts unbeachtlich, da die Beklagten für Vorgänge und Entwicklungen des

Entgelts bei anderen Unternehmen nicht eintreten müssten. Dessen ungeachtet gehe der Kläger mit seinem Begehren auch insoweit fehl, als mit „F3“ nicht eine konkrete Gehaltsgruppe, sondern lediglich eine Führungsebene bezeichnet werde. In den maßgeblichen Betriebsvereinbarungen zur Vergütung außertariflicher Mitarbeiter seien keine konkreten Gehaltsgruppen, sondern vielmehr Gehaltsbänder mit Unter- und Obergrenzen festgelegt, deren Ausgestaltung nach Wertigkeit und Systematik in den Konzerngesellschaften nicht einheitlich gehandhabt werde.

Die Beklagten haben bestritten, dass dem Kläger im Jahr 2002 eine Stelle in der Einheit CREM in Form eines ernsthaften und hinreichend bestimmten Angebotes offeriert worden sei. Zudem sei nicht nachzuvollziehen, ob die Stelle in der Leitungsebene oberhalb der AT-Bänder angesiedelt und wie sie dortiert gewesen sei. Herr Dr. D. habe den Bereich CREM erst zum 01.02.2003 übernommen.

Die vom Kläger genannten Mitarbeiter T. und G. seien nicht mit diesem vergleichbar. Beide Mitarbeiter hätten ihre Gehaltsentwicklungen überwiegend in anderen Konzernunternehmen und anderen Betrieben als der Kläger genommen. Zwischen Herrn T. und der Beklagten zu 1. habe zu keinem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis bestanden. Dieser sei erst zum 01.03.2003 in den Konzern eingetreten und dabei in der Zeit vom 01.11.2003 bis 30.09.2006 bei der S. Systems AG beschäftigt gewesen. Auch zu Herrn G. habe die Beklagte zu 1. nie in einem Arbeitsverhältnis gestanden. Dieser sei ab 01.07.1995 bei der S. Umwelt AG, ab dem 01.11.2000 bis 31.08.2001 bei der S. Plus AG, ab 01.09.2001 bis 30.09.2003 bei der S. AG und vom 01.10.2003 bis 31.03.2005 bei der S. Systems AG beschäftigt gewesen. Mit diesen Unternehmen habe wiederum der Kläger kein Arbeitsverhältnis gehabt. Zudem gehöre Herr T. nicht dem Regionalbetrieb F., sondern dem in E. an. Arbeitnehmer der Beklagten zu 2. seien beide Mitarbeiter - wie der Kläger auch - erst zum 01.01.2017 geworden. Seither hätten sie dieselbe Gehaltsentwicklung erfahren wie der Kläger, da ab dem 01.01.2017 das Gehalt für außertarifliche Mitarbeiter um 1,5 % angehoben worden sei. Vergleichbar sei der Kläger mit Herrn O., der wie dieser als Immobilienbewerter eingestellt worden sei und dieselbe Gehaltsentwicklung erfahren habe wie der Kläger.

Jedenfalls seien vermeintliche Ansprüche des Klägers betreffend den Zeitraum vor Mai 2016 aufgrund der arbeitsvertraglich vereinbarten Ausschlussfrist verfallen. Wegen der weiteren Details des erstinstanzlichen Vorbringens wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils sowie die Klageerwiderung und die ergänzenden erstinstanzlichen Schriftsätze der Beklagten Bezug genommen.

Mit Urteil vom 29.06.2017, auf dessen Entscheidungsgründe wegen der im Einzelnen zugrundeliegenden Erwägungen verwiesen wird, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.

Mit den Anträgen zu 1. und 2. sei die Klage bereits unzulässig, da diese nicht als Feststellungs-, sondern nur als Leistungsanträge ausgelegt werden könnten und als solche unbestimmt seien. Jedenfalls seien die Anträge unbegründet, weil der Kläger keinen Anspruch darauf habe, nach Gehaltsgruppe F3 vergütet zu werden. Ein solcher Anspruch ergebe sich aus § 611 BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG schon deshalb nicht, weil die Stelle, von welcher der Kläger behauptet, dass er sie erhalten hätte, zum Zeitpunkt des Gespräches mit Herrn Dr. L. im Jahr 2002 noch nicht geschaffen gewesen sei und der Sachvortrag des darlegungs- und beweisbelasteten Klägers nicht erkennen lasse, dass dem Kläger zum Zeitpunkt des Gespräches bereits ein ernsthaftes, hinreichend bestimmtes verbindliches Stellenangebot unterbreitet worden sei. Die E-Mail des Herrn Dr. L. vom 18.03.2016 stehe dem nicht entgegen. Darin bestätige Herr Dr. L. dem Kläger zwar, dass er ihm im Jahr 2002 eine Stelle angeboten habe und der Kläger unter Herrn Dr. D. tätig werden sollte. Um was für eine Stelle es sich aber konkret gehandelt habe (welcher Aufgabenbereich, welche Dotierung, etc), folge aber auch aus dieser E-Mail nicht. Darüber hinaus sei auch nicht nachvollziehbar, dass das tragende Motiv des Klägers, die ihm angebotene Stelle abzulehnen, in seiner Betriebsratstätigkeit gelegen habe. Zum einen sei der Kläger zu jenem Zeitpunkt erst zwei Jahre Mitglied des Betriebsrats und unstreitig auch noch nicht freigestellt gewesen. Zum anderen habe der Kläger in der E-Mail an Herrn Dr. L. vom 02.03.2016, mit der er diesen um Bestätigung des seinerzeitigen Stellenangebotes gebeten habe, ausgeführt, dass er das Angebot „aus diversen Gründen (u.a. Verbundenheit der Abteilung gegenüber)“ nicht habe annehmen können.

Mit dem Klageantrag zu 3. sei die zulässige Klage unbegründet, weil der Kläger keinen Anspruch auf die begehrte Nachzahlung habe. Ein solcher Anspruch ergebe sich insbesondere nicht aus § 611 BGB i.V.m. § 37 Abs. 4, Satz 2 BetrVG. Losgelöst von der Frage, ob überhaupt eine Einstandspflicht der Beklagten für einen Zeitraum bestehe, in welchem der Kläger weder zur Beklagten zu 1. noch zur Beklagten zu 2. in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe, scheitere ein solcher bereits daran, dass die vom Kläger benannten Mitarbeiter T. und G. keine geeigneten Vergleichspersonen darstellten. Zum einen sei weder dargetan, dass diese im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamtes durch den Kläger im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeübt hätten, noch dass ihre weitere berufliche Entwicklung betriebsüblich verlaufen sei. Zum anderen könnten

sie aber auch deshalb nicht herangezogen werden, weil sie sich vor der gemeinsamen Beschäftigung aller drei bei der Beklagten zu 2. ab dem 01.01.2017 nie zur selben Zeit in einem Arbeitsverhältnis im selben Unternehmen befunden hätten wie der Kläger.

Schließlich sei die Klage auch mit dem Antrag zu 4. abzuweisen gewesen. Soweit der Antrag auf eine zukünftige Leistung abziele, sei er unzulässig. Im Übrigen sei er zwar zulässig aber unbegründet. Der Kläger habe gegen die Beklagte zu 2. keinen Anspruch auf Zahlung weiterer Vergütung, weil er aus den dargelegten Gründen nicht mit den Mitarbeitern T. und G. vergleichbar sei.

Mit seiner form- und fristgemäß eingelegten Berufung, wegen deren teils wiederholenden, teils vertiefenden Details auf die Berufungsbegründung verwiesen wird, wendet sich der Kläger bei teilweiser Umstellung seiner Anträge gegen das Urteil des Arbeitsgerichts.

Das Arbeitsgericht habe seine Klage zu Unrecht als teilweise unzulässig abgewiesen. Sein Begehren ziele primär darauf ab, unter Beachtung von § 78 Satz 2 BetrVG so vergütet werden, wie die Mitarbeiter N. und Dr. E.. Sofern es Unterschiede zwischen der Vergütung der beiden geben sollte, beanspruche er die niedrigere. Hilfsweise beanspruche er die Vergütung, die die Nachfolger der genannten Herren, nämlich die Mitarbeiter G. und T. beziehen; davon ggf. wiederum nur die niedrigere. Für den Fall, dass ein Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG nicht gegeben sei, beanspruche er zumindest die Nachzeichnung der Gehaltsentwicklungen der aufgezeigten Vergleichsgruppen nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG.

Fehlerhafter Weise habe das Arbeitsgericht seinen Sachvortrag zu dem ihm im Jahre 2002 unterbreiteten Stellenangebot in der Organisationseinheit CREM nicht aufgeklärt. Der Berücksichtigung des Angebotes stehe dessen Ablehnung durch den Kläger nicht entgegen. Die vom Arbeitsgericht negativ bewerteten „diversen Gründe (u.a. Verbundenheit der Abteilung gegenüber)“ sprächen nicht gegen seine Behauptung, sondern dafür, dass es weitere Gründe gegeben habe. Tatsache sei, dass er nach den bei der Beklagten herrschenden Vorstellungen von den F3-Stellen das Betriebsratsamt aus „diversen Gründen“ (Arbeitsbelastung, Konflikt Führungsaufgabe und Arbeitnehmersvertretung) nicht neben einer solchen Tätigkeit hätte ausüben können. Jedenfalls aber wäre er schon durch den damit verbundenen Wechsel der Beschäftigungseinheit aus dem Betriebsratsamt ausgeschieden, da die neue Einheit CREM nicht dem Betriebsrat zugeordnet gewesen sei, der er angehört habe.

Sein hilfsweises Begehren, nach § 37 Abs. 4 BetrVG nicht schlechter gestellt zu werden als vergleichbare Arbeitnehmer, habe das Arbeitsgericht ebenfalls nicht angemessen behandelt. Die gesetzliche Regelung habe Fälle, wie den des Klägers, also Betriebsratsmitglieder, die durch Umstrukturierungen im Laufe der Beschäftigung verschiedenen Unternehmen und Betriebsratsgremien angehörten, die zudem zeitweilig durch Zuordnungstarifverträge nach § 3 BetrVG in betriebs- und unternehmensübergreifenden Arbeitnehmervertretungen engagiert seien und bei denen typischerweise auch die Vergleichspersonen durch Versetzungen und Umstrukturierungen in verschiedenen Betrieben und Unternehmen eines Konzerns tätig würden, nicht vor Augen gehabt. Sollte der Tätigkeits- und Entgeltenschutz des Betriebsratsmitglieds nicht leerlaufen, müsse auch für diese Fälle eine dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Lösung gefunden werden. Sei im Betrieb kein vergleichbarer Arbeitnehmer vorhanden, so sei nach einschlägiger Rechtsprechung auf den Arbeitnehmer abzustellen, der mit dem Betriebsratsmitglied am ehesten vergleichbar sei. Das seien die Mitarbeiter G. und T.. Schließlich könne dem Anspruch auch nicht entgegenstehen, dass er keine vergleichbaren Kollegen zum Zeitpunkt der erstmaligen Betriebsratsstätigkeit benennen könne. Zwar stelle die Rechtsprechung grundsätzlich auf den Zeitpunkt der erstmaligen Amtsausübung ab. Dass dies im Falle des Klägers unmöglich sei, dürfe seinem Anspruch aber nicht entgegenstehen. Könne eine Vergleichbarkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt erstmals hergestellt werden, müsse diese „erst recht“ maßgeblich sein.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 29.06.2017 - 5 Ca 2157/16 abzuändern und wie folgt zu erkennen:

- 1. Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1. und zu 2. gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, dem Kläger nach § 78 BetrVG für den Zeitraum vom 15.09.2015 bis zum 31.12.2016 das Gehalt nachzuzahlen, das ihm bei Übertragung der niedriger dotierten Stelle der Funktionsebene F 3 (Stelle Dr. E. oder N.) ab dem 01.02.2003 in der Einheit CREM zugestanden hätte, abzüglich der dem Kläger tatsächlich gezahlten Vergütung.*
- 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2. verpflichtet ist, ihm nach § 78 BetrVG seit dem 01.01.2017 das Gehalt zu gewähren und nachzuzahlen, das ihm bei Übertragung der niedriger dotierten Stelle der Funktionsebene F 3 (Stelle Dr. E. oder N.) ab dem 01.02.2003 in der Einheit CREM zustehen würde, für den Zeitraum bis zur Rechtskraft,*

abzüglich der dem Kläger seit dem 01.01.2017 tatsächlich gezahlten Vergütung.

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den vorstehenden Anträgen:

- 3. Die Beklagten werden verpflichtet, dem Kläger Auskunft über die Vergütung der Führungskräfte N. und Dr. E. im Zeitraum vom Eintritt in die Einheit CREM in der Funktionsebene F3 bis zum Ausscheiden sowie der Vergütung ihrer Nachfolgerin der Einheit CREM zu erteilen.*

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den vorstehenden Anträgen:

- 4. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, dem Kläger für den Zeitraum bis zum 31.12.2016 Gehaltserhöhungen im Umfang von 40.878,88 EUR nachzuzahlen.*
- 5. Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, dem Kläger ab dem 01.01.2017 weitere 22.994,37 EUR für die Monate bis September 2017 zu zahlen.*

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit den vorstehenden Anträgen:

- 6. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2. verpflichtet ist, dem Kläger unter der Geltung des § 37 Abs. 4 BetrVG Gehaltserhöhungen nach dem Durchschnitt der Gehaltserhöhungen der Vergleichspersonen G. und T. zu gewähren und die Differenz seit dem 15.09.2015 nachzuzahlen.*

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem vorstehenden Antrag:

- 7. Die Beklagten werden verurteilt, dem Kläger Auskunft über die Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen G. und T. seit dem Eintritt in den S.-Konzern zu gewähren.*

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Die vom Kläger mit der Berufungsbegründung gestellten Anträge seien aus näher dargelegten Gründen, wegen der Details auf die Berufungsbeantwortung verwiesen wird, größtenteils unzulässig, in jedem Fall aber unbegründet.

Im Übrigen wird wegen der weiteren Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhalts sowie des widerstreitenden Sachvortrags und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien gemäß § 69 Abs. 3 Satz 2 ArbGG ergänzend auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie den Akteninhalt, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen aus beiden Instanzen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.

Die den Anforderungen der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 1, 2, 6 ArbGG in Verbindung mit §§ 519, 520 ZPO genügende und deshalb zulässige Berufung konnte in der Sache keinen Erfolg haben. Das Arbeitsgericht hat den Rechtsstreit richtig entschieden, indem es die Klage abgewiesen hat. Im Berufungsverfahren sind weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht Gesichtspunkte vorgebracht worden, die zu einer Abänderung der Entscheidung des Arbeitsgerichts Veranlassung geben könnten.

1. Die Klage ist mit den im Berufungsverfahren gestellten Anträgen zulässig.

a. Die Anträge sind jedenfalls unter Berücksichtigung der während der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gegebenen Erläuterung hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

b. Ob für die Feststellungsanträge ein Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO gegeben ist, kann dahinstehen.

Das Feststellungsinteresse stellt eine besondere Ausprägung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses dar. Fehlt es, so ist dem Gericht nicht schlechterdings eine Sachprüfung und ein Sachurteil verwehrt. Vielmehr definiert § 256 ZPO eine echte Prozessvoraussetzung nur für ein stattgebendes Urteil. Das folgt nach zutreffender Meinung aus eben jenen Gründen der Prozessökonomie, aus denen sich das grundsätzliche Erfordernis eines besonderen Feststellungsbedürfnisses ableitet: Ist Klage auf Leistung möglich und zumutbar, wird im Interesse der endgültigen Klärung des Streitstoffs das Feststellungsinteresse regelmäßig fehlen,

weil die Leistungsklage wegen ihrer Vollstreckbarkeit die bessere und effektivere Rechtsschutzmöglichkeit bietet.

Ist die Klage hingegen - wie hier - bereits in der Sache abweisungsreif, weil festgestellt werden kann, dass das zugrundeliegende Rechtsverhältnis, aus dem die Beklagtenseite weitere Ansprüche besorgen müsste, nicht gegeben ist, stehen prozessökonomische Erwägungen dem klageabweisenden Sachurteil erkennbar nicht entgegen (vgl. BAG, Urteil vom 16. Dezember 2015 – 5 AZR 567/14 –, juris; BAG, Urteil vom 19.04.2012 - 6 AZR 622/10 -, juris; LAG Köln, Urteil vom 30.06.1995 - 4 Sa 63/95 -, juris ,m. w. N. zu Rspr. und Lit.).

2. Die Klage ist insgesamt unbegründet.

a) Im Hinblick auf die vom Kläger mit den Klageanträgen zu 1. und 2. erklärtermaßen als Primärziel verfolgte Feststellung, dass er so zu vergüten sei, als ob ihm zum 01.02.2003 eine der beiden Stellen der Funktionsebene 3 - nämlich die ggf. niedriger vergütete - übertragen worden wäre, die tatsächlich mit den Herren Dr. L. E. und G. N. besetzt wurden, ist die Klage unschlüssig. Schon nach dem Sachvortrag des Klägers sind die Tatbestandsvoraussetzungen des allein als Anspruchsgrundlage in Betracht kommenden § 78 Satz 2 BetrVG nicht erfüllt.

aa) Aus § 78 Satz 2 BetrVG kann sich ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Zahlung einer Vergütung nach einer höheren, tatsächlich nicht ausgeübten Tätigkeit ergeben, wenn sich die Zahlung eines geringeren Entgelts als Benachteiligung wegen der Betriebsratstätigkeit darstellt.

Wie das Arbeitsgericht zutreffend dargestellt hat, enthält die Vorschrift ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, ein Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Entwicklung zu benachteiligen. Der Arbeitgeber muss den Mitgliedern der in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Dabei erfasst das Benachteiligungsverbot nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt, weshalb die Klage auch sogleich auf Zahlung gerichtet sein kann (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.07.2016 – 7 Sa 566/15 – juris; BAG, Urteil vom 04.11.2015 – 7 AZR 972/13 –, juris, Rn. 30 f., jeweils m.w.N. zur einschlägigen Rspr.).

Will ein Amtsträger geltend machen, dass er ohne Ausübung seines Amtes oder ohne die Freistellung durch Beförderungen einen beruflichen Aufstieg genommen hätte, hat er mehrere Möglichkeiten, dies im Einzelnen darzulegen. Der Amtsträger kann vortragen, dass seine Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen seiner Freistellung und/oder seiner Betriebsratstätigkeit erfolglos geblieben sei. Hat er sich hingegen auf eine bestimmte Stelle tatsächlich nicht beworben, kann und muss er zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs darlegen, dass er die Bewerbung gerade wegen seiner Betriebsratstätigkeit unterlassen hat und eine Bewerbung ohne die Betriebsratstätigkeit erfolgreich gewesen wäre (BAG, Urteil vom 04.11.2015 – 7 AZR 972/13 –, juris, Rn. 31, m.w.N.).

bb) Gemessen an diesen Rechtsgrundsätzen hat das Arbeitsgericht einen Anspruch des Klägers im Ergebnis zu Recht verneint.

(1) Der Berufung ist zuzugestehen, dass die Klage - wie es das Arbeitsgericht getan hat - nicht schon mit dem Argument abgewiesen werden konnte, der Kläger habe nicht dargetan, dass ihm im Jahre 2002 ein hinreichend bestimmtes Stellenangebot unterbreitet worden sei. Immerhin hat der seinerzeit mit dem Aufbau der Organisationseinheit CREM befasste Dr. L. mit der vom Kläger vorgelegten E-Mail vom 18.03.2016 bestätigt, dem Kläger im Jahre 2002 eine der beiden später mit den Herrn Dr. E. und N. besetzten Stellen in der neu zu gründenden Organisationseinheit angeboten zu haben. Für die im Rahmen des § 78 Satz 2 BetrVG zu beantwortende Frage ist es nicht entscheidend, ob der Kläger in eine der von ihm benannten Stellen sogleich im Jahre 2002 hätte einrücken können, sondern allein, ob er dies im Moment ihrer tatsächlichen Besetzung zu Beginn des Jahres 2003 hätte tun können. Eben dies steht nach dem Inhalt der E-Mail des nach dem unwidersprochenen Vortrag des Klägers mit der Stellenbesetzung betrauten Herrn Dr. L. fest.

(2) Das Arbeitsgericht hat den Anspruch des Klägers auf eine der beiden Stellen allerdings auch deshalb verneint, weil anhand seines Vortrags nicht nachvollziehbar sei, dass die Betriebsratstätigkeit das tragende Motiv für seine Ablehnung gewesen sei. Diese Einschätzung teilt das Berufungsgericht.

(a) Auch wenn der Amtsträger nach der dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich mehrere Möglichkeiten hat, darzulegen, dass er ohne

Ausübung seines Amtes einen beruflichen Aufstieg genommen hätte, erfordert der Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG stets die Feststellung eines kausalen Zusammenhangs zwischen der Amtstätigkeit und der nicht wahrgenommenen oder nicht gewährten Beförderungsmöglichkeit (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19.08.2013 - 5 Sa 167/13, Rn. 79, juris). Die bloße Möglichkeit oder "konkrete Chance" einer bestimmten beruflichen Entwicklung genügt nicht. Das Betriebsratsmitglied muss vielmehr dem Gericht - sei es auch nur durch Vortrag von Hilfstatsachen - die Überzeugung vermitteln, dass es die beschriebene berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte (BAG, Urteil vom 11. Dezember 1991 – 7 AZR 75/91 –, Rn. 23, juris).

(b) Eben diese Überzeugung hat der Kläger nicht vermittelt. Im Gegenteil: In seiner per E-Mail vom 02.03.2016 an die Herren Dr. L. und Dr. D. gerichteten Bitte um Bestätigung des damaligen Stellenangebotes hat er formuliert, dass er das Angebot „aus diversen Gründen (u.a. Verbundenheit der Abteilung gegenüber)“ nicht habe annehmen können. Seine Betriebsratsstätigkeit hat er dabei nicht einmal erwähnt, geschweige denn besonders hervorgehoben. Wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat, lässt das gerade nicht darauf schließen, dass die Betriebsratsstätigkeit das tragende Motiv für die Ablehnung des Stellenangebotes war. Das liegt auf einer Linie mit dem prozessualen Vorbringen des Klägers. Erstinstanzlich hat er mit Schriftsatz vom 04.03.2017 vorgebracht, sich seinerzeit „vor allem“ wegen seiner Betriebsratsstätigkeit gegen die angebotene Stelle entschieden zu haben. Auch mit der Berufungsbegründung hat der Kläger nicht klar gestellt, dass die Amtstätigkeit der entscheidende Beweggrund war, sondern sich darauf zurückgezogen, dass es genüge, wenn diese „mitursächlich“ für die Ablehnung des Stellenangebotes gewesen sei. Damit geht der Kläger jedoch fehl. Eine bloße Mitursächlichkeit genügt nach der dargestellten Rechtsprechung und nach dem der Regelung des § 78 Satz 2 BetrVG zugrundeliegenden Zweck gerade nicht. Die Regelung soll das Betriebsratsmitglied zwar vor Benachteiligung schützen, sie verbietet aber zugleich auch jede Begünstigung. Wäre die Auffassung des Klägers richtig, so könnte er unter Berufung auf seine Betriebsratsstätigkeit verlangen, nach einer Tätigkeit vergütet zu werden, die er ohne Amtstätigkeit z.B. wegen der damit einhergehenden Arbeitsbelastung oder anderer als ungünstig empfundener Arbeitsbedingungen niemals angenommen hätte. Das lässt sich mit dem Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG nicht in Einklang bringen. Im Übrigen steht der erforderlichen Kausalität auch entgegen, dass der Kläger von den Beklagten das Entgelt für eine Stelle begehrt, die ihm von diesen bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen auch ohne Ausübung des Betriebsratsamtes tatsächlich nicht hätte übertragen werden können. Denn nach dem unstreitigen Sachverhalt wurde die Organisationseinheit CREM innerhalb der S. Systems AG

geschaffen. Damit war sie weder der damaligen Vertragsarbeitgeberin des Klägers noch dem Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats zugeordnet, dem der Kläger angehörte.

b) Da der Kläger aus den dargelegten Gründen keinen Anspruch darauf hat, so vergütet zu werden, als ob ihm eine der Stellen übertragen worden wäre, die im Jahre 2003 tatsächlich mit den Herren Dr. E. und N. besetzt wurden, kann er auch keinen Anspruch auf die mit dem Klageantrag zu 3. begehrte Auskunft über die Höhe der Vergütung der genannten Herren bzw. deren Nachfolger in der Organisationseinheit CREM haben.

c) Mit den Zahlungsanträgen zu 4. und 5., dem hierzu hilfsweise gestellten Feststellungsantrag zu 6. und dem wiederum hilfsweise gestellten Auskunftsantrag zu 7. ist die Klage unbegründet, weil der Kläger aus § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG keinen Anspruch auf die mit diesen Anträgen im Kern verfolgte Nachzeichnung der Entwicklung seines Gehaltes entsprechend den Gehältern der von ihm herangezogenen Vergleichspersonen hat.

aa) Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden. Vergleichbar iSv. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren. Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Da § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG konkretisiert, darf die Anwendung der Vorschrift auch nicht zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds gegenüber anderen Arbeitnehmern führen. Deshalb ist die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht (BAG, Urteil vom

18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 –, Rn. 15 f., juris, m.w.N.; BAG, Urteil vom 14. Juli 2010 – 7 AZR 359/09 –, Rn. 30, juris, m.w.N.).

bb) Die danach erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen hat der Kläger nicht dargetan.

Das Berufungsgericht stimmt dem Arbeitsgericht in der Erwägung zu, dass die - vom Kläger in der Berufungsinstanz allein noch herangezogenen - Mitarbeiter T. und G. schon deshalb als Vergleichspersonen ausscheiden, weil sie sich - abgesehen von der Zeit ab dem 01.01.2017, ab dem sie ebenso wie der Kläger bei der Beklagten zu 2. beschäftigt sind - nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten nie zur selben Zeit in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 1. oder deren Rechtsvorgängerinnen befunden haben.

§ 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG lässt es nicht zu, bei der Beurteilung der betriebsüblichen Entwicklung auf den Werdegang von Arbeitnehmern anderer Betriebe desselben Unternehmens oder - wie hier - gar anderer Unternehmen des selben Konzerns abzustellen. Der Kläger kann nicht betrieblichen Benachteiligungsschutz ins Feld führen, um die Nachzeichnung einer betriebs- oder unternehmensübergreifenden Entwicklung zu verlangen. Entgegen der Auffassung des Klägers gebieten auch weder der Umstand, dass § 3 BetrVG die Schaffung von betriebs- und unternehmensübergreifenden Betriebsratsstrukturen ermöglicht, als solcher, noch die Tatsache, dass im konkreten Fall von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, eine andere Betrachtung. Die betriebs- oder unternehmensübergreifende Ausgestaltung der Zuständigkeit eines Betriebsrates nach § 3 BetrVG ändert nichts an der betrieblichen Herkunft seiner Mitglieder. Diese betriebliche Herkunft bildet den Bezugspunkt des Benachteiligungsverbot des § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG. Durch die gesetzliche Regelung soll das Betriebsratsmitglied so gestellt werden, als ob es im Betrieb weitergearbeitet und keine Amtstätigkeit übernommen hätte (BAG, Urteil vom 11. Mai 1988 – 5 AZR 334/87 –, Rn. 32, juris; Weber, GK-BetrVG, 11. Aufl., § 37 Rn. 129). Die Norm ist mithin betriebsbezogen. Ob der Mandatsträger besser vorangekommen wäre, wenn er das Amt nicht übernommen und den Betrieb gewechselt hätte, ist gleichgültig (Weber, GK-BetrVG § 37, 11. Aufl., Rn. 136). Erst recht gestattet § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG keine unternehmensübergreifende Betrachtung. Dementsprechend hat das Bundesarbeitsgericht für den von ihm erklärtermaßen als insoweit mit § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG vergleichbar erachteten § 39 Abs. 3 Satz 1 BremPersVG ausdrücklich darauf erkannt, dass nur berufliche Entwicklungen vergleichbarer Arbeitnehmer in Betracht kommen, die bei demselben - dort öffentlichen - Arbeitgeber beschäftigt sind, während berufliche Entwick-

lungen, die bei anderen Arbeitgebern stattfinden, für die Bemessung des Arbeitsentgelts von Personalratsmitgliedern unbeachtlich sind (BAG, Urteil vom 14. Juli 2010 – 7 AZR 359/09 –, Rn. 31, juris). Dem ist zuzustimmen.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 97 Abs. 1 ZPO.

III.

Die Revision an das Bundesarbeitsgericht war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Frage zuzulassen, ob § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG eine betriebs- oder unternehmensübergreifende Betrachtung der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer erlaubt.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei

REVISION

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Mailänder

Fette

Foitlinski

Beglaubigt

Hülpert
Regierungsbeschäftigte

