



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn K. T., N. Str. 179 a, N.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte T.-X. u. a.,
C. T. Allee 62, E.,

g e g e n

die J. Informationstechnologie GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung Dr.
C. B. (Vorsitzende), M. F., K. G. und Dr. N. S., W. Platz 2, E.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: N. Rechtsanwälte,
Rechtsanwalt Dr. S. M. u.a.,
Ä. Straße 126, N.,

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 18.03.2016
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Mailänder als
Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Gerlach und den ehrenamtli-
chen Richter Reinartz

für R e c h t erkannt:

**Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts
Düsseldorf vom 25.06.2015 – 7 Ca 7700/14 – unter Zurückweisung
des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.**

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger rückwirkend ab dem 01.01.2014 eine um € 83,75 brutto erhöhte Vergütung zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 76 % und die Beklagte zu 24 %.

Die Revision wird zugelassen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger als Mitglied des Betriebsrats unter Berücksichtigung der beruflichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer eine höhere Vergütung zusteht.

Der Kläger ist seit dem 01.10.1995 für die Beklagte, dem zentralen IT-Dienstleister einer bundesweit tätigen Versicherungsgruppe, bzw. deren Rechtsvorgängerin tätig. Im Jahr 2000 wurde er zum Ersatzmitglied des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats gewählt. Als solches nahm er erstmals am 04.07.2000 und sodann in regelmäßiger Folge an Sitzungen des Betriebsrats teil. Seit dem Jahr 2002 gehört er dem Gremium ununterbrochen als ordentliches Mitglied an.

Bis ins Jahr 2014 hinein wurde das Arbeitsentgelt der Mitglieder des Betriebsrats nach folgendem Verfahren angepasst: Für jedes Mitglied des Betriebsrats wurden drei Vergleichspersonen bestimmt. Deren Gehaltsanpassungen und Bonuszahlungen wurden jährlich summiert und durch drei dividiert. Der sich so ergebende Durchschnittswert wurde auch dem jeweiligen Betriebsratsmitglied gewährt.

Per E-Mail vom 07.07.2014 teilte die Beklagte dem bei ihr gebildeten Betriebsrat eine Änderung des bisher von ihr angewandten Verfahrens zur Anpassung des Arbeitsentgelts der Betriebsratsmitglieder mit. Zusammengefasst heißt es zu dieser Änderung in der E-Mail:

„In dem Umfang, in dem sich das Entgelt der Vergleichspersonen [...] erhöht, hat auch das [Betriebsratsmitglied] einen Anspruch auf Anpassung. Wenn nicht bei allen [Vergleichspersonen] eine gleiche Erhöhung erfolgt,

so ist zunächst zu prüfen, ob die Vergütung der Mehrzahl der [Vergleichspersonen] angehoben wurde. Ist dies der Fall, so hat das [Betriebsratsmitglied] Anspruch auf diese Erhöhung. Hat nur eine Minderheit der [Vergleichspersonen] eine Erhöhung bekommen, so hat das [Betriebsratsmitglied] keinen Anspruch auf Erhöhung, auch nicht anteilig.

Die konkrete Höhe richtet sich dann in einem zweiten Schritt danach, ob die Mehrheit der [Vergleichspersonen] eine unterschiedliche oder eine identische Erhöhung erhält. Ist die Erhöhung bei der Mehrzahl der [Vergleichspersonen] identisch, so ist das Gehalt des [Betriebsratsmitglieds] um exakt diesen Betrag anzuheben – dies gilt unabhängig davon, ob und in welchem Umfang auch die übrigen [Vergleichspersonen] eine Erhöhung erhalten haben. Ist der Erhöhungsbetrag innerhalb der Mehrheit der [Vergleichspersonen] unterschiedlich hoch, so ist das Gehalt des [Betriebsratsmitglieds] um den durchschnittlichen Erhöhungsbetrag der begünstigten – und nicht aller – [Vergleichspersonen] anzuheben.“

Zur Ermittlung des Anpassungsbedarfs beim Arbeitsentgelt des Klägers wurden einvernehmlich die Mitarbeiter der Beklagten Dr. D. K., X. Q. und C. S. als Vergleichspersonen herangezogen. Wie der Kläger beziehen diese Arbeitnehmer ein übertarifliches Gehalt und erhalten neben den Tariflohnerhöhungen entsprechend der höchsten tariflichen Entgeltgruppe unter Umständen auch individuelle Gehaltserhöhungen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht vom 05.03.2015 haben die Parteien übereinstimmend erklärt, dass diese Mitarbeiter im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts durch den Kläger ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie der Kläger ausführten und dafür in gleicher Weise wie er fachlich und persönlich qualifiziert waren. Ferner erklärten sie übereinstimmend, dass diese Arbeitnehmer bei objektiv vergleichbarer Tätigkeit mit vergleichbarer fachlicher und persönlicher Qualifikation bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht eine betriebsübliche berufliche Entwicklung genommen haben.

Mit seiner Klage hat der Kläger zunächst die Feststellung anhängig gemacht, dass die Beklagte verpflichtet sei, seine monatliche Vergütung rückwirkend ab dem 01.01.2014 um € 33,33 brutto zu erhöhen. Zu diesem Datum war das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers Herrn Dr. K. um € 100,00 erhöht worden, was nach dem bis zum Jahr 2014 angewandten Verfahren eine entsprechende Anpassung der dem Kläger zu zahlenden Vergütung zur Folge gehabt hätte.

Der Kläger hat zum einen die Ansicht vertreten, das von der Beklagten nunmehr angewandte Verfahren zur Ermittlung des Anpassungsbedarfs beim Arbeitsentgelt der Mitglieder des Betriebsrats verstoße gegen § 37 Abs. 4 BetrVG. Im Falle einer nur aus drei Personen bestehenden Vergleichsgruppe verlange das Gesetz stets die Weitergabe der durchschnittlichen Gehaltsanpassungen innerhalb der Vergleichsgruppe an das jeweilige Betriebsratsmitglied. Dementsprechend stehe ihm aufgrund der individuellen Erhöhung des Gehalts des Herrn Dr. K. zum 01.01.2014 um € 100,00 brutto ab diesem Zeitpunkt ebenfalls eine Gehaltserhöhung in Höhe von € 33,33 brutto zu. Zum anderen verletzte die einseitige Änderung des Verfahrens zur Ermittlung des Anpassungsbedarfs hinsichtlich des Arbeitsentgelts der Betriebsratsmitglieder durch die Beklagte ohne Beteiligung des Betriebsrats auch dessen Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

Im Verlaufe des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht entstand zum einen Streit darüber, ob für die nach § 37 Abs. 4 BetrVG anzustellende Betrachtung auf den Moment des erstmaligen Tätigwerdens als Ersatzmitglied im Jahr 2000 oder auf den Beginn der Mitgliedschaft als ordentliches Betriebsratsmitglied abzustellen ist. Zum anderen wurde streitig, welche tatsächliche Entwicklung die Gehälter der für den Kläger bestimmten Vergleichspersonen in dem jeweiligen Zeitraum genommen haben. Der Kläger erweiterte deshalb die Klage mit Schriftsatz vom 11.06.2015 um einen entsprechenden Auskunftsanspruch. Während der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht vom 25.06.2015 verständigten sich die Parteien im Wege des Teilvergleichs darauf, dass die Beklagte dem Kläger Auskunft über das Arbeitsentgelt sowie die Zuwendungen der Vergleichspersonen im Zeitraum vom 04.07.2000 bis zum 31.12.2014 erteilen wird.

Hieraufhin hat der Kläger zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm unter der Geltung des § 37 Abs. 4 BetrVG Gehaltserhöhungen nach dem Durchschnitt der Gehaltserhöhung der Vergleichspersonen zu gewähren;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, seine monatliche Vergütung rückwirkend ab dem 01.01.2014 um € 33,33 brutto zu erhöhen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, das von ihr nunmehr angewandte Verfahren zur Ermittlung des Anpassungsbedarfs entspreche § 37 Abs. 4 BetrVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Mit Urteil vom 25.06.2015, auf dessen Entscheidungsgründe wegen der im Einzelnen zugrundeliegenden Erwägungen verwiesen wird, hat das Arbeitsgericht die Klage mit dem Antrag zu 1. als unzulässig und mit dem Antrag zu 2. als unbegründet abgewiesen. Letzteres hat es im Kern damit begründet, dass der Kläger gemessen an den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ein Zurückbleiben seiner Vergütung hinter der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung nicht dargelegt habe. Zum einen fehle es an klägerischem Vortrag zu seiner Vergütung und zur Vergütung seiner drei Vergleichspersonen unmittelbar vor Übernahme des Betriebsratsamts. Für Ersatzmitglieder eines Betriebsrats sei der Zeitpunkt ihres Nachrückens in den Betriebsrat maßgeblich. Der Kläger sei gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG durch seine erstmalige Teilnahme an einer Sitzung des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats am 04.07.2000 und seine nachfolgenden wiederholten Teilnahmen an dessen Sitzungen in diesen Betriebsrat (zeitweise) nachgerückt. Er habe jedoch nicht vorgetragen, welche Vergütung er und seine drei Vergleichspersonen unmittelbar vor diesem Datum bezogen. Zum anderen fehle es an klägerischem Sachvortrag dazu, wie sich seine Vergütung und die der drei Vergleichspersonen seither entwickelt hätten.

Mit seiner form- und fristgemäß eingelegten Berufung wendet sich der Kläger gegen die Abweisung des Klageantrags zu 1. Er bringt vor, das Urteil des Arbeitsgerichts fuße im Wesentlichen auf den fehlenden Daten der Gehälter des Klägers und der Vergleichspersonen zum Zeitpunkt der erstmaligen Übernahme der Funktion als Betriebsratsmitglied im Juli 2000. Zwischenzeitlich habe die Beklagte die notwendigen Angaben in Erfüllung des Teilvergleichs geliefert. Deren Auskunft lasse sich entnehmen, dass die Gehälter der Vergleichspersonen über die Jahre ungleichmäßig erhöht worden seien. Wegen der Details wird auf die Darstellung in der Berufungsbegründung verwiesen. Es ergebe sich folgendes Bild:

	S.	Dr. K.	Q.	Kläger
Juli 2000	3.445,60 € (6.739,- DM)	3.926,72 € (7.680,- DM)	4.090,34 € (8.000,- DM)	3.572,91 € (6.988,- DM)
Januar 2014	5.522,00 €	5.351,00 €	5.734,00 €	4.934,00 €
Steigerung	+2.076,40 €	+ 1.424,28 €	+ 1.643,66 €	+1.361,09 €

Die durchschnittliche Gehaltssteigerung der Vergleichspersonen mit betriebsüblicher Entwicklung betrage demnach zwischen Juli 2000 und Januar 2014 € 1.714,78. Dahinter bleibe die dem Kläger in diesem Zeitraum gewährte Erhöhung von € 1.362,00 um € 353,69 zurück. Dies begründe die klageerweiternd geltend gemachte Forderung.

Als Bemessungszeitraum könne nach § 37 Abs. 4 BetrVG allein die Gehaltsentwicklung seit Übernahme des Betriebsratsamtes herangezogen werden. Bei Ersatzmitgliedern sei das der Zeitpunkt des erstmaligen Nachrückens in den Betriebsrat. Da das Benachteiligungsverbot des § 37 Abs. 4 BetrVG jeweils nachwirkend für einen Zeitraum von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit gelte, wechselten sich zwar Zeiten, in denen der Kläger vorübergehend in den Betriebsrat nachgerückt sei, mit solchen ab, in denen der nachwirkende Schutz des § 37 Abs. 4 BetrVG eingreife. Insgesamt liege aber kein Zeitraum vor, in dem der Kläger sich nicht mehr auf den Schutz des § 37 Abs. 4 BetrVG berufen könne. Wie sich aus den nunmehr vorgelegten Protokollen ergebe, habe er nach erstmaliger Teilnahme am 04.07.2000 während der Zeit als Ersatzmitglied im Jahr 2001 u.a. an den Sitzungen des Betriebsrats vom 21.02., 06.03., 28.03., 25.04., 27.04., 04.05., 09.05., 05.06., 02.07., 03.07., 17.07., 26.07., 02.08. und 28.08. teilgenommen.

Bei den außertariflichen Angestellten der Beklagten erfolge keine einheitliche prozentuale Anhebung der Vergütung. Vielmehr würde in absoluten Zahlen der Steigerungsbetrag der höchsten Tarifgruppe auch an die außertariflichen Mitarbeiter weitergegeben. Aus diesem Grund müsse die benachteiligungsfreie Gehaltsentwicklung gem. § 37 Abs. 4 BetrVG entsprechend der durchschnittlichen absoluten Gehaltserhöhung der Vergleichspersonen und nicht etwa nur unter Beibehaltung der prozentualen Relation erfolgen.

Wegen der übrigen Details des zweitinstanzlichen Vorbringens des Klägers und der von ihm gebildeten Beispiele wird auf die Berufungsbegründung und den ergänzenden Schriftsatz der Klägerseite vom 29.02.2016 verwiesen.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 25.06.2015
- 7 Ca 7700/14 - teilweise abzuändern und

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, seine monatliche Vergütung rückwirkend ab dem 01.01.2014 um € 353,69 brutto zu erhöhen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Mit ihrer Berufungsbeantwortung, auf die wegen der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens verwiesen wird, verteidigt sie das Urteil des Arbeitsgerichts.

Sie rügt zunächst, der Kläger habe eine unzulässige Klageänderung vorgenommen. Es gehe ihm jetzt nicht mehr darum, an der am 01.01.2014 Herrn Dr. K. gewährten Gehaltserhöhung zu partizipieren. Klagegrund sei nun vielmehr die Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen im Zeitraum von Juli 2000 bis März 2002. In diese Klageänderung willige sie nicht ein. Diese sei auch nicht sachdienlich. Darüber hinaus habe der vom Kläger gestellte Feststellungsantrag keinen vollstreckungsfähigen Inhalt und diene nicht der Prozessökonomie.

In der Sache sei es richtig gewesen, die der Vergleichsperson Herrn Dr. K. zum 1. Januar 2014 gewährte Gehaltsanpassung von € 100,00 brutto nicht an den Kläger weiterzugeben. Denn die Mehrheit der Vergleichspersonen habe im Jahr 2014 keine Gehaltserhöhung erhalten. Nach Sichtweise des Bundesarbeitsgerichtes sei kein Gesamtvergleich des Gehalts zu Beginn und zum Ende der Betriebsratstätigkeit bzw. dem jeweiligen Beurteilungszeitpunkt anzustellen. Vielmehr seien die während der Betriebsratstätigkeit den vergleichbaren Arbeitnehmern gewährten Gehaltserhöhungen entsprechend an das Betriebsratsmitglied weiterzugeben. Dabei komme es nicht auf den nominellen Wert an, sondern auf die Relation. Zwar sei es richtig, dass bei der vom Bundesarbeitsgericht vertretenen Mehrheitsbetrachtung in regelmäßigen Abständen eine normative Ergebniskontrolle erforderlich sei. Würde nämlich in mehreren aufeinanderfolgenden Jahren stets eine andere Vergleichsperson im Rotationsprinzip eine Gehaltserhöhung erhalten, würde das Betriebsratsmitglied stets leer ausgehen. Der Beklagten seien diese Fälle bewusst. Sie führe deshalb in regelmäßigen Abständen

eine Ergebniskontrolle durch und prüfe, ob solche normativen Korrekturen veranlasst seien.

Im Vergleich zu dem Zahlenwerk, das dem Kläger mitgeteilt worden sei, hätten sich nach nochmaligen Nachforschungen noch einmal geringfügig geänderte Zahlen ergeben. Es sei administrativ nicht mehr möglich, für einen Zeitraum von 14 Jahren belastbares Zahlenmaterial zu liefern, insbesondere da es im Jahr 2002 eine SAP-Umstellung bei der Beklagten gegeben habe. Wegen einer im Jahre 2004 eingeführten Deckelung seien Tarifgehaltssteigerung nur teilweise an die Vergleichspersonen weitergegeben worden. Daneben habe Herr Dr. K. im August 2013 eine Gehaltserhöhung von € 125,00 brutto und im Januar 2014 von € 100,00 brutto, insgesamt also € 225,00 brutto erhalten. Herr S. habe im Januar 2010 eine Erhöhung von € 150,00 brutto und im Januar 2012 eine Erhöhung von € 140,00 brutto, insgesamt also € 290,00 brutto erhalten. Herr Q. habe keine Gehaltserhöhung bekommen. Der Kläger habe im Juli 2009 eine Gehaltserhöhung von € 100,00 brutto und im Januar 2013 in Höhe von € 150,00 brutto, insgesamt also € 250,00 brutto erhalten.

Die nach aktuellem Kenntnisstand der Beklagten zutreffenden Gehaltsdaten im Juli 2000, März 2002 und September 2015 stellten sich demnach - stets in Euro - wie folgt dar:

	S.	Dr. K.	Q.	Kläger
Juli 2000				
ohne Leistungszulage	3.470,65 €	3.747,13 €	4.192,59 €	3.470,65 €
mit Leistungszulage	3.885,31 €	3.747,13 €	4.192,59 €	3.572,91 €
März 2002				
ohne Leistungszulage	3.567,80 €	4.039,20 €	4.636,88 €	3.567,80 €
mit Leistungszulage	3.982,80 €	4.039,20 €	4.636,88 €	3.670,80 €
September 2015	5.748,00 €	5.677,00 €	5.960,00 €	5.160,00 €

Danach sei festzustellen, dass der Kläger seit 2002 überproportional an Gehaltssteigerungen teilgenommen habe. Eine Gegenüberstellung der Durchschnittsvergütung im Juli 2000 und im März 2002 zeige, dass die Vergütung des Klägers in diesem Zeitraum zwar etwas geringer angestiegen sei als die Durchschnittsvergütung der Vergleichspersonen. Dieser Zeitraum könne aber nicht mit dem Zeitraum ab März 2002 in einen Topf geworfen werden. Von Juli 2000 bis März 2002 sei der Kläger noch nicht reguläres Betriebsratsmitglied, sondern lediglich Ersatzmitglied gewesen und habe nach seiner Darstellung

- wohl aufgrund von Verhinderungsfällen - an einigen Betriebsratssitzungen teilgenommen. Im Fall einer Verhinderung rücke das Ersatzmitglied nicht endgültig, sondern nur für deren Dauer in den Betriebsrat nach. Endet der Verhinderungsfall, so ende auch das Nachrücken. Ab diesem Zeitpunkt bestehe zwar nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG nachwirkender Benachteiligungsschutz. Der Kläger habe aber bislang nicht substantiiert, inwieweit er in welchem (Nachwirkungs-) Zeitraum aufgrund welchen Verhinderungsfalles angeblich benachteiligt worden sei.

Vorsorglich werde die Einrede der Verjährung erhoben. Jedenfalls sei Verwirkung eingetreten. Der Kläger handle widersprüchlich und damit treuwidrig i.S.v. § 242 BGB, wenn er nach Ablauf von mehr als zehn Jahren eine angebliche Benachteiligung geltend mache, und zwar unter Berufung auf Vergleichspersonen. Den Parteien sei im Jahr 2013 bewusst gewesen, dass die Vergleichspersonen wohlwollend und vor allem zum Zweck der Bewertung der zukünftigen Gehaltsentwicklung ausgewählt worden seien. Diese Vergleichspersonen nun zur Grundlage einer Diskussion um die Gehaltsentwicklung von 2000 bis 2002 zu machen, entspreche nicht dem damaligen Parteiwillen.

Es bestehe kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG. Die Regelungen der §§ 37 Abs. 4 und 78 BetrVG seien abschließend und stünden nicht zur Disposition, und zwar erst recht nicht zur Disposition des Betriebsrats, um dessen eigene Vergütung es dabei gehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhalts sowie des widerstreitenden Sachvortrags und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien wird 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 Berufung ist zulässig, denn sie genügt den Anforderungen der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 1, 2, 6 ArbGG in Verbindung mit §§ 519, 520 ZPO. In der Sache ist sie nur zum Teil begründet.

Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger rückwirkend ab dem 01.01.2014 eine um € 83,75 brutto erhöhte Vergütung zu zahlen. Insoweit ist die Klage zulässig

und begründet. Wegen des weitergehenden Begehrens ist sie hingegen mitsamt der auf eine weitergehende Abänderung zielenden Berufung unbegründet.

1. Der Kläger hat in der Berufungsinstanz beantragt festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, seine monatliche Vergütung rückwirkend ab dem 01.01.2014 um € 353,69 brutto "zu erhöhen". Entgegen den Erwägungen der Beklagten geht es dem Kläger dabei nicht um die Abgabe einer Willenserklärung oder die Ausübung eines Gestaltungsaktes, sondern um die Feststellung einer Zahlungsverpflichtung. Mit diesem Verständnis ist der Antrag zulässig.

a) Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger den Klageantrag mit der Berufung gegenüber dem erstinstanzlich zuletzt gestellten Klageantrag zu 1. modifiziert hat. Bei der vom Kläger vorgenommenen Anpassung handelt es sich schon nicht um eine Klageänderung i.S.d. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 533 ZPO, sondern um eine Erweiterung des Antrags i.S.d. § 264 Nr. 2 ZPO. Richtig ist zwar, dass das Begehren des Klägers nun nicht mehr auf eine Erhöhung von € 33,33 brutto abzielt, sondern es nun um eine Differenz von € 353,69 brutto geht. Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt dem jedoch keine Auswechslung des Klagegrundes zugrunde. Die Parteien streiten nach wie vor darüber, ob der Kläger aus dem Gesichtspunkt des § 37 Abs. 4 BetrVG als Mitglied des Betriebsrats Anspruch auf eine höhere Vergütung hat, als sie ihm derzeit gezahlt wird. Geändert hat sich gegenüber der erstinstanzlichen Streitlage allenfalls der Betrachtungszeitraum. Unverändert ist hingegen der grundsätzliche Streit über die anzuwendende Methode. Es geht mithin nicht um die Beurteilung eines völlig neuen Streitstoffes, sondern allenfalls um eine Ausweitung des Streitprogramms. Da diese geeignet ist, den unter den Parteien schwebenden Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits umfassend auszuräumen und weiteren Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen, wäre sie selbst als echte Klageänderung i.S.d. § 533 ZPO sachdienlich und damit zulässig.

b) Entgegen der von der Beklagten erstmals in der Berufungsinstanz geäußerten Ansicht fehlt dem Feststellungsantrag nicht das aktuelle Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 ZPO.

Das angestrebte Urteil ist trotz seiner lediglich feststellenden und einer Vollstreckung nicht zugänglichen Wirkung geeignet, den Streit der Parteien über die Höhe der dem Kläger zustehenden Vergütung beizulegen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu vermeiden. Der Kläger war nicht gehalten, vorrangig Leistungsklage zu erheben. Der Streit der Parteien geht ausschließlich darum, welcher Zeitraum und welche Methode den im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG

anzustellenden Vergleichsbetrachtungen zugrunde zu legen ist. Mit der Feststellung, dass ihm eine um einen bestimmten Betrag höhere Vergütung zu zahlen ist, wird diese Frage dem Streit der Parteien entzogen. Das gilt sowohl für die Vergangenheit, auf die eine Leistungsklage beschränkt wäre, als auch für die Zukunft, für die der Kläger sich ohnehin nicht auf die Möglichkeit der Klage auf zukünftige Leistung verweisen lassen muss, sondern zwischen den beiden Klagearten wählen kann (vgl. BAG, Urteil vom 18. Dezember 2003 – 8 AZR 550/02 –, Rn. 31, juris, m.w.N.). Das rechtfertigt die Annahme eines rechtlichen Interesses. Dafür sprechen ua. prozessökonomische Gründe (vgl. BAG, Urteil vom 22. Januar 2013 – 6 AZR 480/11 –, Rn. 16, juris, m.w.N.).

2. Der Feststellungsantrag ist nur zum Teil begründet.

Der Kläger hat Anspruch darauf, dass ihm ab dem 01.01.2014 eine um € 83,75 brutto höhere Vergütung gezahlt wird. Ein weitergehender Anspruch besteht nicht.

a) Der Anspruch des Klägers resultiert aus § 37 Abs. 4 BetrVG.

Nach dieser Vorschrift 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. Das gilt nach § 37 Abs. 4 Satz 2 BetrVG auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers.

aa) Das Entgelt des Klägers ist zu gering bemessen.

(1) Für die Entscheidung des Rechtsstreits ist davon auszugehen, dass die Arbeitnehmer Dr. D. K., X. Q. und C. S. mit dem Kläger im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG vergleichbar sind.

(a) Vergleichbar 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. Betriebsüblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben (BAG, Urteil vom 04. November 2015 – 7 AZR 972/13 –, Rn. 22, juris).

(b) In der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht vom 05.03.2015 haben die Parteien übereinstimmend erklärt, dass diese Mitarbeiter im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts durch den Kläger ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie der Kläger ausführten und dafür in gleicher Weise wie er fachlich und persönlich qualifiziert waren. Ferner erklärten sie übereinstimmend, dass diese Arbeitnehmer bei objektiv vergleichbarer Tätigkeit mit vergleichbarer fachlicher und persönlicher Qualifikation bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht eine betriebsübliche berufliche Entwicklung genommen haben. Anhaltspunkte dafür, dass diese Erklärungen an der wahren Sachlage vorbei gingen, sind nicht ersichtlich. Sie ergeben sich auch nicht aus dem zweitinstanzlichen Vortrag der Beklagten, wonach die Vergleichspersonen im Jahre 2013 wohlwollend und vor allem zum Zweck der Bewertung der zukünftigen Gehaltsentwicklung ausgewählt worden seien. Das mag so sein, lässt aber die ggf. wohlwollende Bestimmung der Vergleichspersonen nicht falsch erscheinen, zumal die Beklagte den dem Schriftsatz der Klägerseite vom 29.02.2016 und der diesem Schriftsatz in Kopie beigefügten E-Mail-Korrespondenz zu entnehmenden Erwägungen, warum die drei genannten Personen vergleichbar seien, nichts entgegen gehalten hat.

(2) Im Vergleich mit dem Arbeitsentgelt der Vergleichspersonen fällt die Vergütung, die der Kläger ab dem 01.01.2014 erhält, zu gering aus.

(a) § 37 Abs. 4 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied nicht die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Nach dem Zweck der Vorschrift, das Betriebsratsmitglied vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit zu schützen, kommt es vielmehr darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsratstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist. Werden die Vergütungen innerhalb der Vergleichsgruppe um einen bestimmten Prozentsatz angehoben, hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf dieselbe prozentuale Erhöhung seines Gehalts. Fallen die Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe unterschiedlich aus, kommt es darauf an, in welchem Umfang die Gehälter der Mehrzahl der der Vergleichsgruppe angehörenden Arbeitnehmer angehoben werden. Handelt es sich um eine sehr kleine Vergleichsgruppe und lässt sich deshalb nicht feststellen, dass die Gehälter der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer in gleichem Umfang

erhöht wurden, kann für den Gehaltsanpassungsanspruch des Betriebsratsmitglieds der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Gehaltserhöhungen maßgebend sein, wenn nur auf diese Weise eine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden kann (BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04 –, Rn. 16, juris).

(b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist für die Bemessung der dem Kläger zustehenden Vergütung zunächst festzuhalten, dass auf den Durchschnitt der den drei Vergleichspersonen in der Zeit vom 04.07.2000 bis zum 01.01.2014 gewährten Gehaltserhöhungen abzustellen ist.

(aa) Der durch § 37 Abs. 4 BetrVG bewirkte Schutz des Klägers vor finanziellen Nachteilen seiner Betätigung als Betriebsratsmitglied hat in dem Moment begonnen, in dem er erstmals als Ersatzmitglied an einer Sitzung des Betriebsrats teilgenommen hat - das war unstreitig am 04.07.2000 - und dauert seither ununterbrochen an.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist nicht auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der Kläger im März 2002 ordentliches Mitglied des Gremiums wurde.

Für Ersatzmitglieder eines Betriebsrats ist der Zeitpunkt ihres Nachrückens in den Betriebsrat maßgeblich (vgl. BAG 15.1.1992 – 7 AZR 194/91 –, Rn. 24, juris). Sie vertreten ordentliche Mitglieder des Betriebsrats nicht nur in einzelnen Amtsgeschäften, wie etwa in der Teilnahme an Betriebsratssitzungen, sondern rücken gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für die Dauer der Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds in den Betriebsrat nach. Der Eintritt des Ersatzmitglieds vollzieht sich automatisch mit Beginn des Verhinderungsfalls. Er hängt nicht davon ab, dass die Verhinderung des ordentlichen Mitglieds dem Ersatzmitglied bekannt ist (BAG, Urteil vom 08. September 2011 – 2 AZR 388/10 –, Rn. 34, juris). Von seinem bereits dargestellten Sinn und Zweck der Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG her, das Betriebsratsmitglied - auch das Ersatzmitglied - vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit zu schützen, ist deshalb jedenfalls für die Dauer der jeweiligen Wahlperiode die erstmalige Teilnahme des Ersatzmitgliedes für den Beginn des von der Norm bezweckten Schutzes maßgeblich. Der Kläger hat unstreitig erstmals am 04.07.2000 an einer Sitzung des Betriebsrats teilgenommen.

Dessen ungeachtet ergäbe sich im gegebenen Fall auch kein anderes Ergebnis,

wenn in den Fällen, in denen ein Ersatzmitglied nicht dauerhaft für ein ausgeschiedenes Mitglied in den Betriebsrat nachrückt, sondern - wie hier der Kläger - nur jeweils vorübergehend für ein zeitweilig verhindertes Mitglied tätig wird, im jeweiligen Wegfall des Verhinderungsgrundes eine Beendigung der Amtszeit i.S.d. des § 37 Abs. 4 BetrVG gesehen würde. Denn in diesem Fall würden sich Zeiten der aktiven Mitgliedschaft im Gremium mit solchen abwechseln, in denen der nachwirkende Schutz des § 37 Abs. 4 BetrVG eingreift.

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass in den so bewirkten Schutz "ein Loch gerissen wurde", weil der Kläger in der Zeit von 04.07.2001 bis zu seinem Aufrücken in die Position des ordentlichen Betriebsratsmitglieds nicht mehr als Ersatzmitglied tätig geworden wäre. Das erscheint angesichts der Tatsache, dass der Kläger zweites Ersatzmitglied war, und der Vielzahl der von ihm vorgebrachten Einsätze gänzlich unwahrscheinlich.

Dass die Beklagte mit Nichtwissen bestritten hat, ob in den genannten Fällen tatsächlich ein Verhinderungsfall vorgelegen habe, ist unbeachtlich. Denn darauf kommt es nicht an. Dem Kläger ist vielmehr darin zuzustimmen, dass die Dinge insoweit nicht anders als beim besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. Satz 2 KSchG liegen. So, wie ein Ersatzmitglied, das zur Betriebsratsarbeit herangezogen wird, den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs auch dann erwirbt, wenn sich später herausstellen sollte, dass kein Verhinderungsfall vorlag (vgl. BAG, Urteil vom 05. September 1986 – 7 AZR 175/85 –, juris), hängt auch der Entgeltsschutz des tatsächlich als Ersatzmitglied tätig gewordenen Klägers aus § 37 Abs. 4 BetrVG nicht davon ab, ob die rechtlichen Voraussetzungen eines Verhinderungsfalls jeweils gegeben waren.

bb) Die Frage, ob finanzielle Nachteile i.S.d. § 37 Abs. 4 BetrVG vorliegen, ist anhand eines Vergleichs der Entwicklung der Vergütung des Klägers mit der Entwicklung des Entgelts der drei Vergleichspersonen zu beantworten. Dieser Vergleich hat sich im gegebenen Fall am Durchschnitt der Gehaltserhöhungen aller drei Vergleichspersonen zu orientieren.

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann auf die Gehaltsentwicklung nicht auf eine wie auch immer und für welchen Zeitraum auch immer zu bildende Mehrheit der Vergleichspersonen abgestellt werden. Denn die in der Zeit von Juli 2000 bis Januar 2014 erfolgten Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe fielen für jedes Mitglied der Vergleichsgruppe unterschiedlich aus. Das gilt unabhängig davon, ob die von der Beklagten problematisierte Leistungszulage in die

Betrachtung einbezogen oder außer Acht gelassen wird und auch unabhängig davon, ob auf das Zahlenwerk des Klägers oder die von Beklagenseite mit der Berufungsbeantwortung vorgetragen, gegenüber der ursprünglich dem Kläger erteilten Auskunft leicht korrigierten Werte abgestellt wird. Denn in allen Fällen ergeben sich sowohl in absoluten Zahlen als auch in prozentualer Hinsicht für jede Vergleichsperson individuelle, von den übrigen Mitgliedern der Vergleichsgruppe abweichende Steigerungen.

Lässt sich aber nicht feststellen, dass die Gehälter einer Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer in gleichem Umfang erhöht wurden, so "kann" nicht nur mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19.01.2005 für den Gehaltsanpassungsanspruch des Betriebsratsmitglieds der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Gehaltserhöhungen maßgebend sein (vgl. BAG a.a.O. Rn. 16 und 18), sondern es muss auf diesen abgestellt werden. Denn es ist nicht ersichtlich, wie sonst eine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden könnte.

(c) Anhand der damit gewonnenen Vergleichsparameter ist festzustellen, dass sich die Vergütung des Klägers nicht in demselben Maße entwickelt hat wie die der Vergleichspersonen.

Im Juli 2000 bezog der Kläger unter Einbeziehung aller Entgeltbestandteile, insbesondere der z.T. gewährten Leistungszulagen (§ 37 Abs. 4 Satz 2 BetrVG) eine Vergütung von € 3.572,91. Ausgehend von den zuletzt seitens der Beklagten mitgeteilten Zahlen betrug die Vergütung von Herrn S. € 3.885,31, die von Herrn Dr. K. € 3.747,13 und die von Herrn Q. € 4.192,59. Damit belief sich die durchschnittliche Vergütung der drei Vergleichspersonen auf € 3.941,68. Der Kläger erhielt mithin zu Beginn des Vergleichszeitraumes 90,644 % der Durchschnittsvergütung der Vergleichspersonen.

Im Januar 2014 belief sich die Vergütung von Herrn S. auf € 5.522,00, die von Herrn Dr. K. auf € 5.351,00 und die von Herrn Q. auf € 5.734,00 und somit die durchschnittliche Vergütung der drei Vergleichspersonen auf € 5.535,68. Hätte sich die Vergütung des Klägers in gleichbleibender Relation zur Durchschnittsvergütung entwickelt, müsste sie im Januar 2014 immer noch 90,644 % der Durchschnittsvergütung, mithin also € 5.017,75 betragen. Tatsächlich erhielt der Kläger jedoch nur € 4.934,00. Das sind € 83,75 zu wenig.

bb) Demnach hat der Kläger Anspruch darauf, dass ihm rückwirkend seit dem

seit 01.01.2014 eine um € 83,75 brutto erhöhte Vergütung gezahlt wird.

B. als die Klägerseite offenbar meint, zielt der Anspruch des Klägers aus § 37 Abs. 4 BetrVG nicht darauf ab, dass ihm betragsmäßig dieselben Entgelterhöhungen gewährt werden, wie sie die Mitglieder der Vergleichsgruppe erhalten haben. Maßgeblich ist allein die Relation zwischen der Vergütung des Klägers und der des Durchschnitts der Vergleichsgruppe. Denn der Zweck der Vorschrift, das Betriebsratsmitglied vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratsstätigkeit zu schützen, ihn auf der anderen Seite aber auch nicht zu begünstigen, kann nur dadurch verwirklicht werden, dass das Verhältnis zwischen dem Entgelt der Vergleichsgruppe und der Vergütung des Betriebsratsmitglieds über den Betrachtungszeitraum nicht verändert wird. Aus diesem Grunde stellt das Bundesarbeitsgericht auch darauf ab, dass das Betriebsratsmitglied Anspruch auf dieselbe prozentuale Erhöhung seines Gehalts hat, wenn die Vergütungen innerhalb der Vergleichsgruppe um einen bestimmten Prozentsatz angehoben werden (BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04 –, Rn. 16, juris).

b) Der Anspruch des Klägers auf eine seit dem 01.01.2014 erhöhte Vergütung ist nicht verjährt oder verwirkt.

Der aus § 37 Abs. 4 BetrVG resultierende Anspruch auf Gehaltsanpassung beruht auf § 611 BGB und dem Arbeitsvertrag. Es handelt sich daher um einen Vergütungsanspruch aus dem Arbeitsverhältnis (vgl. BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04 –, Rn. 28, juris). Mangels Eingreifens der besonderen Tatbestände der §§ 196, 197 BGB unterliegt er als solcher der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB. Diese gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB jeweils mit Schluss des Entstehungsjahres beginnende Frist ist hier für die monatlich ab dem 01.01.2014 begehrte erhöhte Vergütung ersichtlich nicht abgelaufen. Es mag zwar sein, dass mögliche Zahlungsansprüche des Klägers aus der Zeit vor dem 01.01.2014 verjährt sind, weil sein Gehalt wegen der Gehaltsentwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer schon in der Vergangenheit nach § 37 Abs. 4 BetrVG stärker hätte angehoben werden müssen, als dies tatsächlich geschehen ist, und er dies und die daraus resultierenden Nachzahlungsansprüche bislang nicht geltend gemacht hat. Darum geht es hier nicht. Der Kläger verlangt nicht die Feststellung von Ansprüchen für lange zurückliegende Zeiträume, sondern erst für die Zeit ab Januar 2014. Mit der teilweisen Verjährung etwaiger Gehaltsnachzahlungsansprüche der Vergangenheit ist aber nicht gleichzeitig der Anspruch darauf verjährt, jedenfalls in Gegenwart und Zukunft eine Vergütung zu bekommen, die den Vorgaben des § 37 Abs. 4 BetrVG nicht zuwider läuft.

Dass sich bei dieser Prüfung der Blick ggf. weit zurück in die Vergangenheit erstreckt, liegt bei langjähriger Betriebsratsstätigkeit in der Natur der Sache und hat mit dem Gedanken der Verjährung nichts zu tun (vgl. BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04 –, Rn. 31, juris).

Aus demselben Grunde kann der Anspruch des Klägers auch nicht verwirkt sein. Entgegen der Auffassung der Beklagten macht der Kläger nicht "nach Ablauf von mehr als zehn Jahren (sog. Zeitmoment)" eine Benachteiligung bei der Bemessung seiner Vergütung geltend, sondern eine aktuell gegebene.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 92 Abs. 1 ZPO.

III.

Die Revision an das Bundesarbeitsgericht war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG mit Blick auf die grundsätzliche Bedeutung der dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Fragen zuzulassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien

REVISION

eingelegt werden.

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 Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

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

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.

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

Mailänder

Gerlach

Reinartz