



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn B. B., T. str. 39, N.,

- Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: M. O. T. Rechtsanwälte,
N. str. 15 - 17, C.,

g e g e n

die Ruhrbahn GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer V. C. und N. G., A. str. 34,
F.,

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: L., T. & Partner Rechtsanwälte mbB, N. allee 2, F.,

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 17.04.2019
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Paßlick als Vorsitzende
sowie den ehrenamtlichen Richter Höhne und den ehrenamtlichen Richter Keller

für R e c h t erkannt:

- I. Sowohl die Berufung des Klägers als auch die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 04.10.2018, 1 Ca 1124/18 wird zurückgewiesen.**
- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger zu 85 % und die Beklagte zu 15 %.**
- III. Die Revision wird zugelassen.**

TATBESTAND:

Die Parteien streiten darüber, welche Vergütungsansprüche dem Kläger als freigestelltes Betriebsratsmitglied zustehen. Zwischen den Parteien ist dabei insbesondere streitig, ob es sich bei der an den Kläger gezahlten Vergütung um eine unzulässige Begünstigung im Sinne des § 78 S. 2 BetrVG handelt.

Die Beklagte ist der Verkehrsverbund für die Städte Essen und Mülheim an der Ruhr und betreibt in beiden Städten den öffentlichen Personennahverkehr mit insgesamt 2.509 Mitarbeiter/innen. Sie ist mit Wirkung zum 01.09.2017 durch Zusammenschluss der vormaligen Unternehmen Essener Verkehrs AG (EVAG), Mülheimer Verkehrsgesellschaft mbH (MVG) und der Via Verkehrsgesellschaft mbH (Via) hervorgegangen. Bei der Beklagten besteht ein Betriebsrat mit 19 Mitgliedern.

Der am 08.04.1978 geborene, verheiratete Kläger, der zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet ist, ist mit Beginn seiner Ausbildung bei der MVG seit dem 01.09.1994 bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin beschäftigt. Im Anschluss an seine Ausbildung war er zunächst als Kfz-Mechaniker mit der Fachrichtung Personenkraftwageninstandhaltung in die Lohngruppe 5 des BZT-G/NRW und ab dem 01.04.2001 aufgrund seines Einsatzes als Schlosser in die Lohngruppe 5/6a des BZT-G/NRW eingruppiert. Eine weitere Höhergruppierung wegen selbstständiger Tätigkeiten an Schaltungen und elektronischen Bauteilen im Bereich der Oberleitung erfolgte mit Wirkung zum 01.07.2002 in die Lohngruppe 6/7 BZT-G/NRW. Seit März 2003 war der Kläger als Ausbilder für die Fachbereiche Kfz/Mechatronik und Metallbauer eingesetzt. Im Februar 2006 wurde ihm die fachliche Eignung zur Berufsausbildung im Ausbildungsberuf Kfz-Mechatroniker zuerkannt. Im Dezember 2006 legte der Kläger die Meisterprüfung im Kraftfahrzeugtechnikerhandwerk ab. Mit Wirkung zum 01.01.2008 wurde er zum Leiter der Ausbildungswerkstatt bestellt. Seine Eingruppierung erfolgte nunmehr nach dem Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe vom 25.05.2001 in der jeweils geltenden Fassung (im Folgenden: TV-N NW). Als Leiter der Ausbildungswerkstatt wurde er in die Entgeltgruppe 9 Stufe 4 der Entgeltordnung des TV-N NW (im Folgenden: EG TV-N NW) eingruppiert. Wegen seiner weiteren beruflichen Fortentwicklung erfolgte zum 01.09.2009 eine Höhergruppierung in die EG 10 Stufe 4 des TV-N NW.

Der Kläger war erstmals seit dem Jahr 2002 Mitglied des Betriebsrates. Im Jahr 2010 übernahm er das Amt des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden und wurde gemäß § 38 BetrVG freigestellt. Während der Freistellung wurde er ab dem 01.01.2012 in die EG 11 Stufe 5 TV-NW höhergruppiert, da er eine entsprechende Stelle wegen seiner Freistellung nicht antreten konnte.

Unter dem Datum vom 20.02.2013 schlossen der Kläger und die MVG einen Änderungsvertrag, in welchem sie auszugsweise Folgendes vereinbarten:

„Präambel

Im Rahmen der organisatorischen und personellen Veränderungen im Bereich „Fahrzeugtechnik Kraftfahrzeuge (FK)“ bei der Via Verkehrsgesellschaft mbH ist die Position „Abteilungsleitung der Kfz-Werkstätten an den Standorten Mülheim an der Ruhr und Duisburg“ (FK-U) neu zu besetzen.

Unter Berücksichtigung der diesbezüglich geführten Gespräche werden

Herrn B. B.

ab dem 01.03.2013 die Aufgaben des Abteilungsleiters (FK-U) übertragen. Der unternehmensübergreifende Einsatz am Via-Standort E. erfolgt zunächst im Rahmen einer 6-monatigen Probezeit.

[...]

Aufgrund des geänderten Aufgabengebietes schließen die Parteien folgende Änderungsvereinbarung zu dem bestehenden Arbeitsvertrag:

„1. Der Arbeitnehmer wird ab dem 01.03.2013 als Abteilungsleiter der Kfz Werkstätten an den Standorten N. und E. (FK-U) beschäftigt und in die Entgeltgruppe 13 Stufe 5 des TV-N NW höhergruppiert. Ab dem 01.01.2014 erfolgt die Eingruppierung in die Entgeltgruppe 14 Stufe 5 des TV-N NW.

2. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, zum nächstmöglichen Zeitpunkt den Lehrgang zum Betriebsleiter BOKraft zu absolvieren und die Abschlussprüfung erfolgreich abzulegen.

[...]“

Wegen der Einzelheiten des Änderungsvertrags wird auf Bl. 34 bis 35 der Akte Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 06.03.2013 teilte der Betriebsrat der MVG mit, dass der Kläger als stellvertretender Betriebsratsvorsitzender im Hinblick auf die neue Tätigkeit im Unternehmen zurückgetreten sei, aber im Betriebsrat verbleibe (Bl. 115 der Akte).

Bei der Beklagten besteht eine „Regelung zur Benutzung der Kfz-Werkstatt auf der E. Str. durch Mitarbeiter der Abteilung FK-U für Durchführungen von Arbeiten an privaten Fahrzeugen“. Danach durfte die Werkstatt für Privatfahrzeuge von den Mitarbeitern nach Betriebsschluss genutzt werden. Ausweislich eines von der Beklagten im Berufungsverfahren zur Akte gereichten Vermerks vom 09.10.2013 (Bl. 564 der

Akte) haben zwei in der Kfz-Werkstatt beschäftigte Mitarbeiter der Beklagten mitgeteilt, dass der Kläger für seine Privatfahrzeuge Kfz-Leistungen während der normalen Dienstzeit durch Mitarbeiter und Auszubildende aus der Kfz-Werkstatt in Anspruch genommen habe. Bei den Leistungen habe es sich um Inspektionen sowie herkömmliche Kfz-Arbeiten wie z.B. Wechseln von Bremsklötzen, Ölwechsel (Motor, Getriebe) und regelmäßige Waschleistungen gehandelt, die von Mitarbeitern der Beklagten und zwei Auszubildenden ausgeführt worden seien. Dabei habe es sich nicht um Arbeiten im Rahmen der für die Mitarbeiter geltenden Nutzungsregelung gehandelt.

In einer daraufhin durchgeführten Sonderprüfung hat die Revision festgestellt, dass tatsächlich auf Anweisung des Klägers Mitarbeiter aus der vom Kläger geleiteten Abteilung in den Monaten Juni, September und Oktober 2013 Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten, eine Inspektion und eine Fahrzeugreinigung an seinem privaten Pkw bzw. dem Pkw seiner Ehefrau ohne Kostenübernahme durch den Kläger durchgeführt haben. Nachdem zunächst die Kündigung des Klägers beabsichtigt war, ist ihm diesbezüglich sodann eine Abmahnung erteilt worden.

Vor dem Hintergrund dieser Verfehlungen schlossen die Parteien zudem unter dem Datum vom 15.11.2013 eine weitere Änderungsvereinbarung „zum Arbeitsvertrag vom 13.01.1998 und der Änderungsvereinbarung vom 20.02.2013“, nach welcher dem Kläger „unter Berücksichtigung der geführten personellen Gespräche mit Herrn B. und seiner persönlichen diesbezüglichen Entscheidung“ ab dem 11.11.2013 in der Stabsabteilung Sicherheitsmanagement sachbearbeitende Aufgaben übertragen wurden. Aufgrund des geänderten Aufgabengebietes vereinbarten die Parteien eine Eingruppierung in die EG 11 Stufe 6 TV-N NW. Wegen der Einzelheiten der Änderungsvereinbarung wird auf Bl. 36 bis 37 der Akten Bezug genommen. Dass die zugewiesene Position der EG 11 TV-N NW entspricht, ist zwischen den Parteien unstrittig.

Ausweislich eines Schreibens vom 05.11.2013 hat der Betriebsrat der Umsetzung des Klägers zugestimmt, verbunden mit dem Hinweis, dass die Stelle „Leiter Kfz Werkstätten NH/EU“ auszuschreiben sei.

Ab November 2013 arbeitete der Kläger sodann entsprechend der Änderungsvereinbarung als Sachbearbeiter mit Vergütung nach der EG 11 Stufe 5 TV-N NW, zuletzt in Höhe von 4.677, 97 € brutto monatlich.

Nach Rechnungsstellung durch die MVG im Februar 2014 (Bl. 177 der Akte) zahlte der Kläger an die MVG für die an seinen Privatfahrzeugen erbrachten Leistungen einen Betrag in Höhe von 1.634,20 €.

Bei den im Frühjahr 2014 turnusmäßig durchgeführten Betriebsratswahlen wurde der Kläger in das Amt des Betriebsrates gewählt und übernahm dort den Vorsitz unter Freistellung gemäß § 38 BetrVG.

Am 18.03.2015 fertigte der Mitarbeiter T. der MVG einen Vermerk mit der Überschrift „*Entgeltregelung für die freigestellten Betriebsratsmitglieder der MVG*“, in dem er eine Höhergruppierung des Klägers in die EG 14 Stufe 6 TV-N NW mit Wirkung zum 01.04.2015 vorschlug. Begründet wurde dies mit einer betriebsüblichen Entwicklung und den Kenntnissen, die der Kläger im Rahmen der Betriebsratsstätigkeit erworben habe. Wegen des Inhalts des Vermerks im Einzelnen wird auf Bl. 179 bis 182 der Akten Bezug genommen. Der Vermerk wurde durch den damaligen Geschäftsführer der MVG Herrn X. sowie dem Personalmitarbeiter Herrn T. unterzeichnet.

Seit dem 01.04.2015 wurde der Kläger sodann nach der EG 14 Stufe 6 TV-N NW vergütet, zuletzt mit einem monatlichen Bruttoloohn in Höhe von 6.539,54 €.

Seit dem Jahr 2018 nimmt der Kläger das Amt des Betriebsratsvorsitzenden nunmehr bei der Beklagten wahr. Außerdem ist er Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat der Beklagten.

Anfang 2018 wurde die Eingruppierung des Klägers durch die Beklagte überprüft. Am 12.3.2018 teilte die Geschäftsführung der Beklagten dem Kläger mit, dass er ihrer Auffassung nach zu Unrecht in die EG 14 Stufe 6 TV-N NW eingruppiert sei. Ein Anspruch bestehe lediglich auf Vergütung der EG 11 Stufe 6 TV-N NW.

Mit Schreiben vom 23.03.2018 (Bl. 41 bis 47 der Akte) beantragte die Beklagte beim Betriebsrat die Zustimmung zur Umgruppierung des Klägers in die EG 11 Stufe 6 TV-N NW. Zur Begründung der Umgruppierung wies die Beklagte darauf hin, dass die Eingruppierung in die EG 14 Stufe 6 TV-N NW eine unzulässige Betriebsratsbegünstigung darstelle und daher nichtig sei. Der Betriebsrat stimmte der beabsichtigten Maßnahmen nicht zu und wies zur Begründung im Wesentlichen darauf hin, dass er aufgrund fehlender Unterlagen und unzureichender Informationen die Anhörung nicht abschließend bearbeiten könne. Außerdem verstoße die Umgruppierung gegen den TV-N NW. Wegen der Begründung der Zustimmungsverweigerung im Einzelnen wird auf Bl. 49 bis 52 der Akte Bezug genommen.

Wegen des Verdachts der Betriebsratsbegünstigung ermittelt die Staatsanwaltschaft Duisburg unter dem Az 143 UJs 1/17.

Seit April 2018 vergütet die Beklagte den Kläger nach der Entgeltgruppe 11 Stufe 6 TV-N NW mit einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von 4.902,81 €.

Mit Beschluss vom 04.10.2018 entschied die 6. Kammer des Arbeitsgerichts Essen unter dem Az 6 BV 40/18 in dem von der Beklagten eingeleiteten Zustimmungsersetzungsverfahren, dass es sich bei der Umgruppierung des Klägers um eine nicht mitbestimmungspflichtige Maßnahme gehandelt habe. Die gegen diese Entscheidung

eingelegte Beschwerde wurde durch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, seine Vergütung auf die EG 11 TV-N NW zu reduzieren. Eine unzulässige Begünstigung wegen seiner Betriebsratstätigkeit liege nicht vor. Die Eingruppierung in die EG 14 TV-N NW entspreche den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen sowie seiner beruflichen Entwicklung. Die Eingruppierung in die EG 14 Stufe 6 TV-N NW mit Wirkung zum 01.04.2015 sei erfolgt, weil seine damalige Arbeitgeberin MVG der Ansicht gewesen sei, dass diese Entgeltgruppe seiner betriebsüblichen beruflichen Entwicklung im Vergleich zu vergleichbaren Arbeitnehmern entsprochen habe. Bereits im Änderungsvertrag vom 20.02.2013 sei ihm die Zusage erteilt worden, dass ihm bei regulärer Entwicklung die EG 14 TV-N NW zustehe. Damit sei eine vertraglich garantierte Entgeltsteigerung vereinbart worden. In einem Gespräch vor Abschluss der Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013 zwischen ihm, dem Geschäftsführer der MVG X., dem seinerzeitigen Personalchef G. sowie den Betriebsratsmitgliedern C. und L. habe der Geschäftsführer die Absicht geäußert, die Zuweisung der Tätigkeit im Bereich SI und die damit einhergehende Abgruppierung nur für die Dauer von maximal zwei Jahren aufrecht erhalten zu wollen. Dann solle der Kläger, wenn sein Arbeitsverhältnis beanstandungsfrei verlaufe, die Position des Abteilungsleiters wieder einnehmen. Nur wegen dieser Mitteilung habe er der Herabgruppierung überhaupt zugestimmt. Seine Position sei sodann lediglich kommissarisch durch den Mitarbeiter T. besetzt worden. Zum Beweis für diesen Vortrag hat der Kläger auf das von der Beklagten eingereichte Organigramm hingewiesen, in dem die ehemalige Position des Klägers mit Stand 01.11.2013 mit "N.N." bezeichnet ist. Zusätzlich hat der Kläger auf ein Protokoll der Geschäftsführersitzung der MVG vom 07.11.2013 (Bl. 172 ff. der Akte) sowie auf einen Vermerk des seinerzeitigen Personalchefs vom 31.10.2013 (Bl. 176 der Akte) hingewiesen. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, wegen der ihm erteilten individualvertraglichen Zusage zu einer Zeit, in der er - nach seiner Behauptung - kein Betriebsratsmitglied gewesen sei, habe die Bewertung seiner Eingruppierung außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes zu erfolgen. Die Position eines Abteilungsleiters habe ihm auch ohne Bewerbung mangels Mitbewerber und unter Berücksichtigung der seinerzeitigen individualvertraglichen Zusage übertragen werden müssen. Seine Verfehlungen im Jahr 2013 seien durch die Abmahnung und die befristete Rückgruppierung geahndet worden. Auch die Mitarbeiterin K. sei in einer „disziplinarischen Schleife“ kurzfristig als Sachbearbeiterin tätig gewesen. Die Zusagen im Zusammenhang mit dem Änderungsvertrag vom 15.11.2013 könnten schon deshalb nicht als Begünstigung gemäß § 78 BetrVG angesehen werden, weil er, der Kläger, bereits am 12.03.2013 gegenüber dem damaligen Vorsitzenden C. seinen Austritt aus dem Betriebsrat erklärt habe. Der Aufstieg in höhere Entgeltgruppen sei im Betrieb der Beklagten auch nicht betriebsunüblich. In den Entgeltgruppen 13 bis 15 des TV-N NW hätten einige Arbeitnehmer keinen Hochschulabschluss. Wegen der vergleichbaren betriebsüblichen Entwicklung in

die Führungsebenen 1 bis 3 hat der Kläger auf den Geschäftsführer G., den Bereichsleiter I., den Bereichsleiter M. und den Abteilungsleiter B. (Führungsebene 3) sowie Herrn E., der ebenfalls Betriebsratsmitglied – zeitweise freigestellter Betriebsratsvorsitzender - war, als Abteilungsleiter Fahrbetrieb N. mit der EG 15 hingewiesen. Zudem habe der Geschäftsführer der Via Herr G. im Beisein von Herrn C. mit ihm am 12.12.2016 ein Gespräch geführt, welches seine berufliche Zukunft nach der Fusion für den Fall einer Beendigung der Freistellung zum Inhalt gehabt habe. Die Geschäftsleitung habe ihm nach Hinweis auf seine Eingruppierung gerade keine Sachbearbeiterposition, sondern eine Nachfolgeregelung für den scheidenden Abteilungsleiter der Kfz-Werkstatt in F., Herrn X., der zumindest in die EG 15 TV-N NW eingruppiert sei, in Aussicht gestellt, alternativ eine neu zu schaffende Position als Bindeglied zwischen Betriebsrat und Geschäftsführung. Der Kläger hat behauptet, dass ihm aufgrund vergleichbare Entwicklung jedenfalls die Position des Stabsstellenleiters Sicherheit Management hätte zugewiesen werden müssen, wäre er nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied gewesen. Der Stabsstellenleiter sei wegen Rentenbezugs ausgeschieden. Der Zahlungsantrag rechtfertige sich der Höhe nach aufgrund der Differenz zwischen der EG 11 Stufe 6 und der EG 14 Stufe 6 des TV-N NW in Höhe von monatlich 1.636,73 € brutto. Wegen der künftigen Ansprüche sei eine Feststellungsklage zulässig.

Der Kläger hat beantragt,

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.820,38 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 1.636,73 € seit dem 16.04.2018, 16.05.2018, 16.06.2018, 16.07.2018, 16.08.2018 und 16.09.2018 zu zahlen.**
- 2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn ab Mai 2018 für die Dauer des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses nach der Tarifgruppe 14, Stufe 6 der Entgeltordnung des TV-N NW zu vergüten, soweit nicht nach Art und Umfang der Tätigkeit oder einer arbeitsvertraglichen Änderung oder einer Tariflohnerhöhung oder einen Stufenaufstieg eine Gehaltsanpassung zu erfolgen hat.**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat sie beantragt,

den Kläger zu verurteilen, an sie 11.682,65 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 04.04.2018 zu zahlen.

Hilfsweise hat sie den Antrag gestellt, den Kläger zu verurteilen,

- a) an sie 10.478,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.04.2018 zu zahlen;**
- b) das durch sie abgegebene Angebot auf die Abtretung des Anspruchs des Klägers auf Erstattung der abgeführten Arbeitnehmerbeiträge zur (Gesamt-) Sozialversicherung gegenüber der Einzugsstelle Techniker Krankenkasse gemäß § 26 Abs. 2 SGB IV in Höhe von 556,68 € anzunehmen;**
- c) hilfsweise den Kläger zu verpflichten, das durch sie abgegebene Angebot auf die Abtretung des Anspruchs des Klägers auf Erstattung der abgeführten Einkommenssteuer gegenüber dem Betriebsstättenfinanzamt Essen Süd gemäß § 37 Abs. 2 AO in Höhe von 3.892,36 € anzunehmen.**

Der Kläger hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Eingruppierung in die EG 14 Stufe 6 TV-N NW sei eine gemäß § 78 S. 2 BetrVG i.V.m. § 134 BGB nichtige, den Kläger als Betriebsratsmitglied unzulässig begünstigende Regelung. Die Höhergruppierung im Änderungsvertrag vom 20.02.2013 und die mit Wirkung zum 01.04.2015 erfolgte Höhergruppierung entspreche keinem betriebsüblichen Werdegang eines vergleichbaren Arbeitnehmers. Ein mit dem Kläger vergleichbarer Arbeitnehmer werde bei der Beklagten zwar nicht beschäftigt. Vor dem Hintergrund einer nur begrenzten Kapazität an freien Arbeitsplätzen auf dem Gebiet des Abteilungsleiters sei es jedoch abwegig, dass ein hypothetischer Vergleichsarbeitnehmer aus dem Bereich SI auf die Stelle als Abteilungsleiter befördert worden wäre. Abgesehen davon sei es vor dem Hintergrund der gravierenden arbeitsvertragswidrigen Privatnutzung von Personal und Betriebsmitteln in keiner Weise realistisch, dass eine erneute Beförderung des Klägers auf die gleiche Stelle innerhalb eines so kurzen Zeitraums überhaupt in Betracht gekommen wäre. Die Vergütung des Klägers habe nach der EG 11 Stufe 6 TV-N NW zu erfolgen. Ausweislich der letzten Vereinbarung der Parteien schulde der Kläger ab dem 11.11.2013 die Tätigkeit als Sachbearbeiter. Diese Versetzung sei nicht nur vorübergehend erfolgt. Die Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013 sei dementsprechend nicht befristet getroffen worden. Eine Befristung ergebe sich weder

aus der Verfügung vom 31.10.2013 noch aus anderen Unterlagen. Jedenfalls habe die Geschäftsführung nicht mit Rechtsbindungswillen gehandelt. Abgesehen davon wäre eine mündliche Zusage nach § 3 Abs. 1 S. 2 TV-N NW mangels Schriftlichkeit unwirksam. Entgegen der Behauptung des Klägers sei seine ehemalige Stelle als Abteilungsleiter der Kfz-Werkstatt auch nicht nur kommissarisch mit Herrn T. besetzt worden. Herr T. sei ausweislich der Organigramme Leiter des gesamten Bereichs Fahrzeugtechnik-Kraftfahrzeuge gewesen. Eine kommissarische Übernahme einer Position werde im Organigramm ausgewiesen. Insoweit nimmt auch die Beklagte Bezug auf die Organigramme vom 01.03. und 01.11.2013 (Bl. 210 und 211 der Akte). Auf die im Änderungsvertrag vom 20.02.2013 zugesagte Eingruppierung in die EG 14 Stufe 5 TV-N NW könne der Kläger sich schon deshalb nicht berufen, weil dieser Vertrag zwischen den Parteien nicht mehr bestehe. Außerdem läge im Hinblick auf die Zusage dieser Entgeltgruppe für eine Tätigkeit als Abteilungsleiter eine unzulässige Begünstigung des Klägers als Betriebsratsmitglied vor, weil Abteilungsleiter in die EG 13 TV-N NW eingruppiert würden (§ 6 Abs. 4 TV-N NW). Die Stufe 6 der EG 13 werde erst nach 4 Jahren in der Stufe 5 erreicht (§ 6 Abs. 3 S. 4 TV-N NW). Zum 01.03.2013 habe der Kläger auch nicht sein Betriebsratsamt insgesamt, sondern nur den Vorsitz niedergelegt, wie sich aus dem Schreiben des Betriebsrats vom 06.03.2013 ergebe. Das Gespräch vom 12.12.2016 sei auf Initiative des Klägers geführt worden. Die angesprochenen Positionen habe der Kläger vorgeschlagen. Die Geschäftsleitung habe diesen Vorschlägen jedoch nicht zugestimmt. Die Position von Herrn X. sei im Übrigen nach wie vor nicht vakant. Da die Weiterentwicklung eines Sachbearbeiters der EG 11 TV-N NW zur EG 14 TV-N NW nicht betriebsüblich sei, ergebe sich ein Anspruch zu Gunsten des Klägers auch nicht aus § 37 Abs. 4 BetrVG. Insofern verweist die Beklagte darauf, dass auf Positionen der EG 13 bis 15 des TV-N NW von 2.509 Mitarbeitern nur 44 beschäftigt werden. Regelmäßig – wenn auch nicht notwendig – hätten diese zumindest in der EG 14 und 15 des TV-N NW einen Hochschulabschluss. In die EG 15 seien fünf, in die EG 14 zwölf und in die EG 13 des TV-N NW siebenundzwanzig Arbeitnehmer eingruppiert; diesbezüglich behauptet auch der Kläger keine höheren Zahlen. In der EG 15 hätten alle Arbeitnehmer einen akademischen Abschluss, in der EG 14 nur fünf keinen Hochschulabschluss. Es handele sich hier um den Leiter Abteilung IB-G (Industriemeister Fachrichtung Metall), den Leiter Abteilung FT-T (Meister Fachrichtung Elektrotechnik), den Leiter Abteilung IB-H (Techniker Fachrichtung Bautechnik Hochbau), den Leiter Abteilung MK-M (Fachkaufmann für Marketing) und die Leiterin Abteilung FE-B (Bilanzbuchhalterin IHK). In Bezug auf den Kläger bestünden auch keine individuellen Gründe, die seine Beförderung als Sachbearbeiter auf eine Position als Abteilungsleiter als betriebsüblich erscheinen ließen. Insbesondere aufgrund der Schwere der seinerzeitigen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung hätte eine Bewerbung des Klägers auf eine entsprechende Position keinen Erfolg gehabt.

Die Widerklage hat die Beklagte mit einem Rückzahlungsanspruch für die Zeit von Oktober 2017 bis einschließlich März 2018 aufgrund der unberechtigt gezahlten Vergütung der EG 14 Stufe 6 statt der EG 11 Stufe 6 des TV-N NW begründet. Der An-

spruch folge aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG. Jedenfalls stehe ihr, der Beklagten, ein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1.Alt. BGB zu. Wegen der Berechnung der Forderung wird auf den Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 20.08.2018, S. 2 ff. (Bl. 234 ff. der Akte) Bezug genommen.

Der Kläger hat dazu vorgetragen, der widerklagend geltend gemachte Rückzahlungsanspruch der Beklagten bestehe schon deshalb nicht, weil ihm die Vergütung gemäß der EG 14 Stufe 6 TV-N NW zustehe. Darüber hinaus hat der Kläger sich auf § 814 BGB berufen unter Hinweis darauf, dass der Geschäftsführer der Beklagten über den gesamten Verfahrensablauf Kenntnis gehabt habe.

Das Arbeitsgericht hat sowohl die Klage als auch die Widerklage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die zum 01.04.2018 erfolgte Herabgruppierung des Klägers in die EG 11 Stufe 5 TV-N NW sei gemäß §§ 37, 78 BetrVG berechtigt erfolgt. Der Kläger schulde aufgrund der vertraglichen Vereinbarung die Arbeitstätigkeit als Sachbearbeiter nach der EG 11 TV-N NW. Die Kammer habe nicht erkennen können, dass es sich bei der Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013 um eine befristete Vereinbarung gehandelt habe mit der Folge, dass aufgrund eines Fristendes Grundlage des Arbeitsverhältnisses wieder der Vertrag vom 20.02.2013 geworden sei. Aus der vom Kläger geschilderten pauschalen Äußerung des Geschäftsführers X. ergebe sich ebenfalls nicht, dass der Kläger spätestens zum November 2015 der Arbeitsplatz als Abteilungsleiter mit einer Eingruppierung in die EG 14 TV-N NW zugestanden hätte. Mit der vom Kläger behaupteten Äußerung habe der Geschäftsführer allenfalls zum Ausdruck gebracht, dass ein beruflicher Wiederaufstieg des Klägers, ausgehend von der Sachbearbeiterposition, nicht ausgeschlossen sei, jedoch unter Berücksichtigung der Vorwürfe für einen gewissen Zeitraum nicht in Betracht komme. Dem Kläger sei keine mit Rechtsbindungswillen ausgesprochene konkrete Zusage dahingehend gemacht worden, dass er nach maximal zwei Jahren wieder als Abteilungsleiter tätig werde. Aus dem Vermerk vom 18.03.2015 ergebe sich keine Veränderung der vertraglichen Vereinbarungen. Es bestehe auch kein Anspruch des Klägers aus § 37 Abs. 4 BetrVG. Für die Kammer sei nicht erkennbar, dass die Beförderung eines in die EG 11 TV-N NW eingruppierten Sachbearbeiters auf eine Position als Betriebsleiter mit Eingruppierung in die EG 14 TV-N NW eine betriebsübliche Entwicklung darstelle, insbesondere vor dem Hintergrund, dass dem Kläger schon nach kurzer Zeit der Führung einer Abteilung erhebliche Unregelmäßigkeiten vorgeworfen worden seien. Zudem gehe aus dem Vermerk vom 18.03.2015 eindeutig die Begünstigung des Klägers als Betriebsratsmitglied hervor. Wegen des Verstoßes gegen das Begünstigungsverbot gemäß § 78 S. 2 BetrVG sei die Zusage gemäß § 134 BGB nichtig. Eine Änderungskündigung sei nicht erforderlich gewesen. Die Korrektur einer unzutreffenden Eingruppierung könne durch eine korrigierende Rückgruppierung erfolgen. Dem widerklagend geltend gemachten Rückforderungsanspruch der Beklagten stehe gemäß § 817 S. 2 BGB entgegen,

dass auch die Beklagte mit der Zahlung gegen das gesetzliche Verbot der Begünstigung gemäß § 78 BetrVG verstoßen habe.

Gegen das ihm am 26.10.2018 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 20.11.2018 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und mit einem am 20.12.2018 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Gegen das ihr am 26.10.2018 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem am 09.11.2018 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 27.01.2019 mit einem am 15.01.2019 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit seiner Berufung rügt der Kläger unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens, das Arbeitsgericht habe die Rechtsnorm des § 78 BetrVG verkannt. Außerdem habe das Arbeitsgericht ohne Begründung die Beweisangebote zur Klärung des Gesprächsinhalts und der Ernsthaftigkeit einer befristeten Zusage bezüglich der Höhergruppierung missachtet. Die benannten Zeugen hätten bestätigen können, dass die Übertragung der Position Sachbearbeiter nur vorübergehend aus disziplinarischen Gründen erfolgt sei und ihm, dem Kläger, ohne Freistellung nach der Betriebsratswahl 2014 die Stelle des Abteilungsleiters Fahrzeugtechnik wieder übertragen worden wäre. Einer Schriftlichkeit dieser Abrede habe es nicht bedurft, da es sich nicht um eine Nebenabrede gehandelt habe. Abgesehen davon sei § 3 TV-N NW abdingbar. Die Vereinbarung vom 20.02.2013 sei mithin durch die Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013 gerade nicht vollendens verdrängt worden. Ihm stehe die damit einhergehende Vergütung damit individualrechtlich zu. In diesem Zusammenhang nimmt der Kläger zusätzlich zu seinen Beweisanträgen auf die Aussage des Mitarbeiters T. im Ermittlungsverfahren Bezug, wegen deren Inhalt auf Bl. 465 der Akte Bezug genommen wird. Entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts liege keine betriebsverfassungsrechtliche oder gar strafrechtlich relevante Begünstigung des Betriebsrats vor. Die Bewertung der richtigen Eingruppierung habe außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes zu erfolgen, nämlich anhand der von der Arbeitgeberin zugesagten Vergütung. Zum Zeitpunkt der mündlichen Zusage Ende 2013 sei er kein Betriebsratsmitglied gewesen und es sei auch nicht absehbar gewesen, dass er erneut für ein Betriebsratsamt kandidieren und dafür freigestellt würde. Ohne Annahme des Betriebsratsamtes hätte er aufgrund der mündlichen Zusage seine Position als Abteilungsleiter wieder ausgeübt. Durch die Übernahme des Betriebsratsamtes dürfe er nicht schlechter gestellt werden. Daher habe es der Vergütungsanpassung zum 01.04.2015 bedurft. Entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts ergebe sich aus dem Vermerk vom 18.03.2015 nichts anderes. Der Vermerk setze die individualver-

tragliche Zusage um. Danach komme es auf die Frage der Vergleichbarkeit mit anderen Arbeitnehmern nicht an. Das habe das Arbeitsgericht grob verkannt. Abgesehen davon habe das Arbeitsgericht die von ihm benannten vergleichbaren Arbeitnehmer nicht berücksichtigt. In diesem Zusammenhang habe das Arbeitsgericht nicht gewürdigt, dass er mit Herrn E. vergleichbar sei. Nach seinem Ausscheiden aus dem Betriebsrat habe Herr E. die Abteilungsleitung Fahrbetrieb N. übernommen. Zwischenzeitlich sei Herr E. – allerdings ohne Gehaltseinbußen – diese Funktion entzogen worden. Herr E. werde weiterhin in Anlehnung an die EG 15 vergütet. Da er, der Kläger, bereits im Jahr 2013 für die EG 14 TV-N NW vorgesehen gewesen sei, sei nicht erkennbar, warum er diese Entwicklung bis zur Höhergruppierung nicht hätte erreichen können. Ohne Betriebsratsamt wäre er in die Funktion des Stabstellenleiters SI gekommen, da der vorherige Stelleninhaber rentenbedingt ausgeschieden sei. Schließlich habe das Arbeitsgericht nicht ausreichend gewürdigt, dass die vorgenommene Rückgruppierung jedenfalls eine unzulässige Rechtsausübung sei und damit gegen Treu und Glauben verstoße. Ein Arbeitnehmer dürfe bei Übernahme eines Betriebsratsamtes darauf vertrauen, dass die vom Arbeitgeber festgesetzte Vergütung zutreffend sei. Die Vergütung habe nach dem Empfinden des Klägers auch seiner beruflichen Entwicklung sowie der getroffenen Vereinbarung entsprochen. Es seien immerhin drei Jahre vergangen, in denen er habe annehmen dürfen, dass seine Vergütung tariflich angemessen sei. Die Richtigkeit der Entgeltgruppe habe er sich zudem von einem damaligen anwaltlichen Vertreter bestätigen lassen. Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts, soweit es die Widerklage abgewiesen hat. Außerdem beruft der Kläger sich insoweit auf § 814 BGB und auf eine Entreichung im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB. Er behauptet dazu, er habe eine Luxusaufwendung in Form eines Häuserkaufs getätigt. An diesem Haus habe er zudem eine Luxussanierung in Höhe von zirka 80.000,00 € durchgeführt.

Der Kläger beantragt, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen sowie - unter Erweiterung seiner Klage - das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 04.01.2018, 1 Ca 1124/18, abzuändern und

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 14.730,57 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 1.636,73 € seit dem 16.04.2018, 16.05.2018, 16.06.2018, 16.07.2018, 16.08.2018, 16.09.2018, 16.10.2018, 16.11.2018, 16.12.2018, 16.01.2019, 16.02.2019, 16.03.2019 und 16.04.2019 zu zahlen.**
- 2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn ab Mai 2019 für die Dauer des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses nach der Tarifgruppe 14, Stufe 6 der Entgeltordnung des TV-N NW zu vergüten, soweit nicht nach Art und Umfang der Tätigkeit oder einer ar-**

beitsvertraglichen Änderung oder einer Tariflohnerhöhung oder einem Stufenaufstieg eine Gehaltsanpassung zu erfolgen hat.

Die Beklagte beantragt, die Berufung des Klägers zurückzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 04.01.2018, 1 Ca 1124/18- soweit es die Widerklage abgewiesen hat - abzuändern und den Kläger zu verurteilen,

an sie 11.682,65 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 04.04.2018 zu zahlen.

Hilfsweise

- a) an sie 10.478,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.04.2018 zu zahlen;**
- b) das durch sie abgegebene Angebot auf die Abtretung des Anspruchs des Klägers auf Erstattung der abgeführten Arbeitnehmerbeiträge zur (Gesamt-) Sozialversicherung gegenüber der Einzugsstelle Techniker Krankenkasse gemäß § 26 Abs. 2 SGB IV in Höhe von 556,68 € anzunehmen;**
- c) hilfsweise den Kläger zu verpflichten, das durch sie abgegebene Angebot auf die Abtretung des Anspruchs des Klägers auf Erstattung der abgeführten Einkommenssteuer gegenüber dem Betriebsstättenfinanzamt Essen Süd gemäß § 37 Abs. 2 AO in Höhe von 3.892,36 € anzunehmen.**

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, soweit das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hat. Der Sachvortrag des Klägers hinsichtlich einer mündlichen Zusage sei nach wie vor völlig unsubstantiiert. Die vorgelegte Aussage des Mitarbeiters T. sei unglaubhaft. Zudem gebe Herr T. nur eine ihm erteilte Auskunft wieder. Abgesehen davon enthalte der Vermerk vom 18.03.2015 gerade keinen Hinweis auf die angebliche Vereinbarung einer befristeten Rückstufung. Daraus ergebe sich eine Widersprüchlichkeit zum Vortrag des Klägers. Auf eine betriebsübliche Entwicklung könne der Kläger sich nach wie vor nicht berufen, da er die anspruchsbegründenden Voraussetzungen nicht dargelegt habe. Der Hinweis auf den Mitarbeiter E. greife nicht durch, weil dieser im Gegensatz zum Kläger keine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen habe. Zudem sei nach dem Vortrag des Klägers völlig unklar, zu welchem Zeitpunkt der Mitarbeiter E. ein vergleichbarer Arbeitnehmer gewesen sein solle. Der Verweis des Klägers auf die Änderungsvereinbarung vom 20.02.2013 gehe fehl, denn zu diesem Zeitpunkt

habe der Kläger die arbeitsvertragliche Verfehlung noch nicht begangen gehabt. Die Reduzierung der Vergütung verstoße auch nicht gegen Treu und Glauben. Das Bestehen eines Vertrauenstatbestandes habe der Kläger selbst dadurch widerlegt, dass er vorgetragen habe, die Höhergruppierung habe er durch einen Rechtsanwalt prüfen lassen. Zudem könne kein Vertrauen auf die Weitergewährung einer gesetzeswidrigen Leistung bestehen.

Mit ihrer Berufung rügt die Beklagte unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen, das Arbeitsgericht habe sich zu Unrecht nicht mit einem deliktischen Schadensersatzanspruch auseinandergesetzt. § 78 Abs. 2 BetrVG sei als drittschützendes Verbotsgesetz und damit als Schutzgesetz zu Gunsten des Arbeitgebers anzusehen. Des Weiteren sei das Arbeitsgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Rückzahlungsanspruch nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sei, denn es widerspräche dem Schutzzweck des § 78 S. 2 BetrVG, wenn das Betriebsratsmitglied die begünstigende Leistung behalten könnte. Das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot verlöre einen Großteil seiner abschreckenden Wirkung. Außerdem würde der Ausschluss der Kondiktion zu einer Perpetuierung des rechtswidrigen und dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes widersprechenden Zustandes führen, wenn der Kläger die geflossenen Leistungen behalten dürfte. Auf tarifvertragliche Verfallfristen könne nicht zurückgegriffen werden, weil diese nur den Zeitraum der Geltendmachung, nicht aber das Bestehen des Anspruchs selbst regelten. Auf die Einrede der Entreicherung könne der Kläger sich nicht berufen. Die behaupteten Luxusaufwendungen bestreitet die Beklagte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A.

Die statthaften (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässigen (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufungen (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO) beider Parteien sind zulässig.

B.

Beide Berufungen sind jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zur Recht sowohl die Klage als auch die Widerklage zurückgewiesen. Das Berufungsvorbringen der Parteien ist nicht geeignet, die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern.

I.

Der Kläger hat weder einen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Zahlung der Differenz zwischen der Vergütung nach der EG 11 und der EG 14 des TV-N NW rückwirkend ab dem 01.04.2018 noch einen Anspruch auf die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn ab Mai 2019 nach der EG 14 TV-N NW zu vergüten. Der Anspruch ergibt sich weder aus § 78 S. 2 BetrVG in Verbindung mit einer individualvertraglichen Zusage noch aus § 37 Abs. 4 BetrVG i.V.m. § 611 BGB. Die Rückgruppierung des Klägers in die EG 11 TV-N NW verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben.

1.

Der Kläger kann einen Anspruch auf die geltend gemachten Differenzbeträge nicht aus § 78 S. 2 BetrVG i.V.m. einer individualvertraglichen Zusage des Arbeitgebers herleiten. Der Kläger, der seinen Anspruch in erster Linie auf diese Anspruchsgrundlage stützt, wird nicht – wie er zu meinen scheint – nach § 78 S. 2 BetrVG benachteiligt, weil ihm eine Vergütung nach EG 14 TV-N NW vorenthalten wird.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts enthält § 37 Abs. 4 BetrVG keine abschließende Regelung über die Höhe des Arbeitsentgelts des Amtsträgers. Die Vorschrift soll nur die Durchsetzung des Benachteiligungsverbot durch einfach nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen erleichtern. Daneben kann sich ein unmittelbarer Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung aus § 78 S. 2 BetrVG ergeben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds gerade wegen seiner Betriebsratsstätigkeit

darstellt. § 78 BetrVG enthält ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, ein Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Laufbahn zu benachteiligen. Der Arbeitgeber muss den Mitgliedern der in § 78 S. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen. Der Anspruch aus § 78 S. 2 BetrVG setzt dabei voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied der Betriebsvertretung inzwischen mit einer Aufgabe betraut wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde (vgl. BAG, Urteil vom 17.08.2005, 7 AZR 528/04, zitiert nach juris).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Aus der Änderungsvereinbarung vom 20.02.2013 kann der Kläger keinen Anspruch auf die EG 14 TV-N NW herleiten, weil diese Vereinbarung vollständig durch die Vereinbarung vom 15.11.2013 abgelöst worden ist. Eine Befristung dieser Vereinbarung kann ausgehend vom Vortrag des Klägers ebenso wenig festgestellt werden wie eine mündliche Vereinbarung über eine Höhergruppierung. Die Höhergruppierung aufgrund des Vermerks vom 18.03.2015 ist wegen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG nach § 134 BGB nichtig.

a)

Aus Satz 2 der Ziffer 1 der Änderungsvereinbarung vom 20.02.2013 ergibt sich zu Gunsten des Klägers – unabhängig von der Frage, ob es sich bei dieser Vereinbarung bereits um eine unzulässige Begünstigung nach § 78 S. 2 BetrVG handelt – schon deshalb kein Anspruch auf Vergütung nach der EG 14 des TV-N NW, weil diese Vereinbarung durch die Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013 vollständig abgelöst worden ist. Dies ergibt sich aus einer Auslegung der Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013.

Ob eine Abrede gewollt ist, bei einer Vertragsänderung Teile des abzuändernden Vertrages beizubehalten, ist anhand der konkreten Vertragsänderung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. BAG, Urteil vom 19.10.2011, 4 AZR 811/09, zitiert nach juris). Ein deutlicher Ausdruck dafür, dass eine zuvor bestehende Vertragsklausel erneut zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der Vertragsparteien gemacht worden ist und die Parteien ausdrücklich an den zuvor getroffenen Abreden festhalten wollen, liegt in der ausdrücklichen Erklärung, dass *„alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben“* (vgl. BAG, Urteil vom 30.07.2008, 10 AZR 606/07, zitiert nach juris).

Davon ausgehend ergibt sich aus dem Wortlaut der Vereinbarung vom 15.11.2013, dass die Änderungsvereinbarung vom 20.02.2013 nicht nur teilweise aufgehoben werden sollte, denn es fehlt gerade die ansonsten typische Formulierung, dass „*die übrigen Bestimmungen der Änderungsvereinbarung aufrecht erhalten bleiben*“. Ausweislich der Vereinbarung vom 15.11.2013 gelten nur „*die übrigen Bestimmungen des Arbeitsvertrages vom 13.01.1998 ...unverändert weiter*“.

Eine irgendwie geartete befristete Aufhebung der Änderungsvereinbarung vom 20.02.2013 ist in der Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013 nicht enthalten.

Abgesehen davon ist der Kläger durch die Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013 und der damit verbundenen Aufhebung der Zusage einer Höhergruppierung in die EG 14 TV-N NW auch nicht benachteiligt worden, denn die in der Änderungsvereinbarung vom 20.02.2013 – ohne „wenn und aber“ - zugesagte Höhergruppierung in die EG 14 TV-N NW hat er nicht wegen seiner Betriebsratstätigkeit nicht erhalten, sondern wegen der ihm zur Last gelegten Verfehlungen.

b)

Eine befristete Abänderung der Vereinbarung vom 20.02.2013 oder eine erneute Vereinbarung einer Höhergruppierung ergibt sich auch nicht aus einer mündlichen Zusage durch Vertreter der Rechtsvorgängerin der Beklagten bei Abschluss der Änderungsvereinbarung vom 15.11.2013. Selbst wenn der Vortrag des Klägers als richtig unterstellt wird, fehlt es insoweit an einer rechtsverbindlichen Willenserklärung des Geschäftsführer X., dem Kläger zu einem unbekanntem Zeitpunkt die Tätigkeit des Abteilungsleiters mit der EG 14 TV-N NW erneut zuzuweisen.

Die Frage, ob eine Erklärung als Willenserklärung oder als bloße Mitteilung anzusehen ist, ist nach dem Maßstab des § 133 BGB zu beurteilen (vgl. BAG, Urteil vom 02.03.1973, 3 AZR 325/72, zitiert nach juris). Willenserklärungen sind nach §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie sie der Empfänger aufgrund des aus der Erklärung erkennbaren Willens unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB und unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Begleitumstände vernünftigerweise verstehen durfte. Ob der Erklärende einen entsprechenden Geschäftswillen hat, ist für den Eintritt der Wirkung einer Willenserklärung im Rechtsverkehr nicht ausschlaggebend. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Empfänger aus einem bestimmten Erklärungsverhalten auf einen Bindungswillen schließen durfte. Es liegt zunächst beim Arbeitnehmer, darzulegen, warum das Arbeitgeberverhalten aus seiner Sicht eine Willenserklärung enthält (vgl. BAG, Urteil vom 17.06.2003, 3 AZR 462/01, zitiert nach juris).

Ausgehend von diesen Grundsätzen konnte der Kläger die Erklärung des Geschäftsführers – die Richtigkeit der Behauptung des Klägers unterstellt – unter Berücksichti-

gung aller Begleitumstände vernünftigerweise nicht als Angebot verstehen, dem Kläger bereits am 15.11.2013 rechtsverbindlich einen Anspruch auf Zuweisung seiner alte Stelle als Abteilungsleiter für einen in der Zukunft liegenden, zudem ungewissen Zeitpunkt einzuräumen, verbunden mit einer Höhergruppierung in die EG 14 TV-N NW. Der Geschäftsführer hat die Höhergruppierung nach dem eigenen Vortrag des Klägers von einem beanstandungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht. Bereits daraus wird ersichtlich, dass zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung kein Rechtsbindungswille vorgelegen hat, sondern der Geschäftsführer sich die Entscheidung darüber, ob der Kläger die Stelle erneut zugewiesen bekommt, vorbehalten hat. Er hat sie davon abhängig gemacht, dass das Arbeitsverhältnis „beanstandungsfrei“ verläuft. Allerdings fehlt es an jeglichen konkretisierenden Angaben dazu, wann und unter welchen Umständen eine solche Beanstandungsfreiheit gegeben sein soll. Damit hat der Geschäftsführer – für den Kläger erkennbar – schon kein inhaltlich hinreichend bestimmtes oder bestimmbares Angebot abgegeben. Es handelte sich vielmehr um eine „Goodwill-Erklärung“, die Zuweisung einer Vorgesetztenstelle nach Bewährung des Klägers zu prüfen.

Zudem waren dem Kläger die Begleitumstände seiner „Degradierung“ bekannt. Er hat die Stelle als Abteilungsleiter verloren, weil er bereit wenige Monate nach der Übertragung dieser Tätigkeit die Beklagte unter Ausnutzung personeller und sachlicher Betriebsmittel geschädigt hat, und zwar immerhin in Höhe eines Betrages von 1.634,00 €. Unter diesen Umständen konnte der Kläger die Erklärung des Geschäftsführers am 15.11.2013 nicht dahingehend verstehen, dieser werde sich bereits jetzt vertraglich verpflichten, dem Kläger nach Ablauf von maximal zwei Jahren erneut seine Abteilungsleiterstelle zu übertragen. Weitere Begleitumstände, aus denen der Kläger auf eine rechtsverbindliche Zusage hätte schließen können, hat der Kläger nicht vorgetragen. Abgesehen davon spricht auch der Vermerk vom 18.03.2015 gegen die Annahme einer mit Rechtsbindungswillen erteilten Zusage, denn es findet sich in diesem vom Geschäftsführer X. unterzeichneten Vermerk auch nicht ansatzweise ein Hinweis darauf, dass dem Kläger die Vergütungserhöhung wegen einer individualvertraglichen Zusage zuteil wird.

Da das Vorbringen des Klägers als richtig unterstellt worden ist, bedurfte es keiner Beweisaufnahme darüber, ob der Geschäftsführer die behauptete Äußerung abgegeben hat oder nicht.

Mangels Vorliegen einer rechtsverbindlichen Zusage kommt es auch nicht darauf an, ob der Kläger am 15.11.2013 noch Betriebsratsmitglied war oder nicht. Schon im Hinblick auf die fehlende Rechtsverbindlichkeit der Erklärung kann der Kläger sich zur Begründung seines Anspruchs nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er ohne seine Tätigkeit als Mitglied der Betriebsvertretung inzwischen mit einer Aufgabe betraut wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde.

2.

Der Kläger kann die geltend gemachten Differenzbeträge und die Feststellung eines Vergütungsanspruchs nach der Entgeltgruppe 14 TV-N NW auch nicht auf der Grundlage von § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG, § 611 BGB i.V.m. der tatsächlichen Höhergruppierung zum 01.04.2015 beanspruchen. Da die Voraussetzungen des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG nicht vorliegen, verstößt die Vergütung nach EG 14 TV-N NW mit Wirkung zum 01.04.2015 gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Abs. 2 BGB. Die Höhergruppierung ist wegen des Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig mit der Folge, dass der Kläger daraus keinen Anspruch herleiten kann.

a)

Nach § 78 S. 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Betriebsratstätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Die Regelung dient - ebenso wie das Ehrenamtsprinzip (§ 37 Abs. 1 BetrVG) - der inneren und äußeren Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder. Eine Begünstigungsabsicht ist nicht erforderlich. Für eine Begünstigung i.S.d. Vorschrift genügt die objektive Besserstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern. Eine nach § 78 S. 2 BetrVG untersagte Begünstigung ist jede Besserstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht. Das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG lässt es regelmäßig nicht zu, dem Mandatsträger wegen seiner Amtsstellung eine während der Mandatstätigkeit weiterzuzahlende Vergütung zuzusagen, die über das nach § 37 Abs. 2 bis Abs. 4 BetrVG geregelte gesetzliche Maß hinausgeht. Betriebsratsmitglieder erhielten andernfalls einen Sondervorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern, die keine Verdiensterhöhung erlangen können. Arbeitsvertragliche Vereinbarungen oder Zusagen, die gegen das Begünstigungs- oder Benachteiligungsverbot verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig (vgl. BAG, Urteil vom 29.08.2018, 7 AZR 206/17, zitiert nach juris).

Ausgehend von vorstehenden Ausführungen ist der Kläger durch die tatsächliche Höhergruppierung in unzulässiger Weise begünstigt worden. Das ergibt sich zum einen daraus, dass die dem Kläger zum 01.04.2015 gewährte Höhergruppierung nicht betriebsüblich ist und zum anderen aus dem Vermerk vom 18.03.2015.

a)

Nach § 37 Abs. 4 S. 1 und S. 2 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dadurch soll sichergestellt werden, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden (vgl. BAG, Urteil vom 13.11.1987 – 7 AZR 550/86,

zitiert nach juris) . Dabei ist nicht auf die hypothetische Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds abzustellen, sondern auf die Gehaltsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer. § 37 Abs. 4 BetrVG regelt nur die Gleichstellung des Betriebsratsmitglieds in Bezug auf das vom Arbeitgeber auf Grund des Arbeitsvertrags geleistete Arbeitsentgelt gemäß § 611 Abs. 1 BGB (vgl. BAG, Urteil vom 16.01.2008, 7 AZR 887/06, zitiert nach juris).

Vergleichbar i.S.v. § 37 Abs. 4 S. 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 (vgl. BAG, Urteil vom 18.01.2017, 7 AZR 205/15 , m.w.N, zitiert nach juris). Vergütungserhöhungen, auf die das Betriebsratsmitglied vor seiner Amtsübernahme keinen Anspruch hatte und, wenn es arbeitete, nicht hätte, haben bei der Bemessung seines Arbeitsentgelts nach der Wahl zum Betriebsratsmitglied außer Betracht zu bleiben. Sonst erlangte das freigestellte Betriebsratsmitglied einen mit § 78 S. 2 BetrVG nicht zu vereinbarenden Vorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern (vgl. BAG, Urteil vom 27.07.2017, 6 AZR 438/16; Urteil vom 18.01.2017, 7 AZR 205/15; Urteil vom 04.11.2015, 7 AZR 972/13, jeweils zitiert nach juris).

Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Eine Üblichkeit entsteht aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel. Dabei muss der Geschehensablauf so typisch sein, dass aufgrund der Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit der jeweiligen Entwicklung gerechnet werden kann. Da § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG das Benachteiligungsverbot des § 78 S. 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. Steht lediglich eine derartige Stelle zur Verfügung, besteht ein Anspruch nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG nur dann, wenn diese nach den betrieblichen Auswahlkriterien gerade dem Betriebsratsmitglied hätte übertragen werden müssen (vgl. BAG, Urteil vom 19.01.2005 – 7 AZR 208/2004 m.w.N, zitiert nach juris). Nicht ausreichend ist es deshalb, dass das Betriebsratsmitglied bei der Amtsübernahme in seiner bisherigen beruflichen Entwicklung einem vergleichbaren Arbeitnehmer vollkommen gleich gestanden hat oder die Besserstellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuellen, nur auf diese bzw. diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruht (vgl. BAG, Urteil vom 14.07.2010, 7 AZR 359/09, zitiert nach juris). Dabei sind außergewöhnliche Leistungen ebenso zu berücksichtigen wie unterdurchschnittliche Leistungen (vgl. BAG, Urteil vom 19.01.2005, 7 AZR 208/04; Urteil vom 13.11.1987 – 7 AZR 550/86 m.w.N, jeweils zitiert nach juris). Der Begriff der vergleichbaren Arbeitnehmer erfordert mit-

hin, individuelle Leistungs- und Qualifikationsmerkmale zu berücksichtigen, nämlich insoweit, als es darauf ankommt, auch insoweit einen Vergleich des jeweiligen Betriebsratsmitgliedes mit entsprechenden anderen Arbeitnehmern vorzunehmen. Ist ein Betriebsratsmitglied z. B. besonders qualifiziert und in seiner beruflichen Tätigkeit überdurchschnittlich gewesen, so kommt als vergleichbarer Arbeitnehmer nur ein solcher mit ähnlicher Qualifikation und ebensolchen überdurchschnittlichen Leistungen in Betracht. Entsprechendes gilt aber auch im umgekehrten Fall (vgl. BAG, Urteil vom 13.11.1987 – 7 AZR 550/86 m.w.N, zitiert nach juris).

Ein Anspruch des Klägers auf eine Vergütungsnachzahlung kann danach nur dann bestehen, wenn eine berufliche Entwicklung von Vergleichspersonen, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme des Klägers im Jahr 2014 ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie dieser ausgeübt haben und dafür in ähnlicher Art und Weise wie er fachlich und persönlich qualifiziert waren, in die EG 14 TV-N NW betriebsüblich ist.

Das ist vorliegend nicht der Fall. Der Mitarbeiter E., auf den der Kläger sich zu Vergleichszwecken berufen hat, ist schon deshalb nicht vergleichbar, weil es sich bei ihm ebenfalls um ein Betriebsratsmitglied gehandelt hat. Sollte ein weiteres Betriebsratsmitglied tatsächlich den Sprung von der EG 11 TV-N NW, von der auch beim Kläger zunächst auszugehen ist, sogar in die EG 15 TV-N NW geschafft haben, kann daraus jedenfalls nicht der Schluss auf eine betriebsübliche Entwicklung von Nicht-Betriebsratsmitgliedern gezogen werden.

Abgesehen davon kann auch unter Berücksichtigung der vom Kläger erstinstanzlich benannten Mitarbeiter nicht davon ausgegangen werden, dass die Beförderung aus der EG 11 TV-N NW in die EG 14 TV-N NW – mithin ein Sprung über drei Entgeltgruppen – bei der Beklagten betriebsüblich ist. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass – was für die Feststellung der Betriebsüblichkeit erforderlich ist – die überwiegende Mehrzahl von Arbeitnehmern des Betriebes aus der EG 11 TV-N NW einen derartigen Aufstieg erreicht haben.

Hinzu kommt, dass eine Vergleichbarkeit auch hinsichtlich der Persönlichkeit des Arbeitnehmers vorliegen muss. Die EG 14 TV-N NW verlangt eine Tätigkeit, die sich durch das Maß der Verantwortung erheblich aus der EG 13 heraushebt. Der Kläger ist von einem Arbeitsplatz der EG 13 TV-N NW auf einen Arbeitsplatz versetzt worden, dem nur noch eine Tätigkeit der EG 11 TV-N NW zugrunde liegt, weil er das mit der Position eines Abteilungsleiters verbundene Vertrauen missbraucht hat. Er hat sich damit persönlich gerade nicht für die Tätigkeit eines Abteilungsleiters qualifiziert. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein nicht dem Betriebsrat angehörender Mitarbeiter, dem die persönliche Qualifikation für die Tätigkeit in einer höheren Entgeltstufe fehlt, unmittelbar von einer Tätigkeit der EG 11 TV-N NW über drei Entgeltstufen in die Position einer Tätigkeit nach EG 14 des TV-N NW befördert worden wäre. Eine solche Beförderung ist als betriebsunüblich anzusehen.

b)

Insbesondere der Vermerk vom 18.03.2015 spricht gegen die Annahme, dass der Kläger unter Berücksichtigung der betriebsüblichen Entwicklung auf eine Abteilungsleiterstelle befördert worden wäre. Er belegt vielmehr, dass die Beförderung des Klägers eine unzulässige Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds ist.

Zunächst wird zwar im Vermerk vom 18.03.2015 die Rechtslage bezüglich der Vergütung freigestellter Betriebsratsmitglieder unter Bezugnahme auf § 37 Abs. 4 BetrVG abstrakt zutreffend dargelegt, sodann aber nicht anhand der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer konkretisiert. In diesem Zusammenhang hätte nicht nur nahe gelegen, sondern sich geradezu aufgedrängt, entweder auf die angebliche Zusage des Geschäftsführers X. oder darauf abzustellen, dass der Kläger zum Beispiel – wie vom Kläger behauptet – ohne Annahme des Betriebsratsamtes Nachfolger des Stabstellenleiters SI geworden wäre. Tatsächlich sollte der Kläger aber – wie sich ausdrücklich aus dem Vermerk ergibt – wegen seiner im Rahmen der Betriebsratstätigkeit unter Beweis gestellten Fähigkeiten befördert werden. In Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht geht die Berufungskammer davon aus, dass besondere Leistungen des Betriebsratsmitglieds bei seiner Amtsführung oder die Übernahme spezieller Aufgaben innerhalb des Betriebsrats wie zum Beispiel der Betriebsratsvorsitz in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden können.

Entscheidend für die Annahme, dass die Beförderung wegen der Betriebsratstätigkeit des Klägers erfolgt ist, ist jedoch der Umstand, dass die Angaben im Vermerk vom 18.03.2015 falsch sind, woraus sich der Schluss aufdrängt, dass die handelnden Personen eine Betriebsratsbegünstigung vorgenommen haben.

Der Mitarbeiter T. hat im Ermittlungsverfahren nach der vom Kläger selbst zur Akte gereichten Aussage erklärt, ihm sei mitgeteilt worden, es habe eine Vereinbarung dahingehend bestanden, dass der Kläger nach einer Bewährungszeit und „nach einer Abkühlung der Situation“ in die Entgeltstufe 14 eingruppiert werden sollte und dass bei der Höhergruppierung mit Wirkung zum 01.04.2015 kein expliziter Vergleich mit anderen Abteilungsleitern erfolgt sei. Diese Angaben des Mitarbeiters stehen allerdings in Widerspruch zum Inhalt des Vermerks vom 18.03.2015, den der Mitarbeiter T. selbst verfasst hat. In diesem Vermerk hat der Mitarbeiter T. ausgeführt, dass *„turnusmäßig eine Überprüfung der Eingruppierung“* erfolge und *„Grundlage dieser Überprüfung“* sei *„grundsätzlich die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer i.S.d. § 37 Abs. 4 BetrVG. [...] ...unter Berücksichtigung der vorhandenen Qualifikation, Kenntnisse und der Persönlichkeit gehen wir in Bezug auf Herrn B. davon aus, dass er auf der Grundlage einer betriebsüblichen Entwicklung in die tarifliche Entgeltgruppe 14 einzugruppiert ist.“* Es ist in keiner Weise nachvollziehbar, warum in diesem Vermerk nicht auf die angebliche individualvertragliche Zusage abgestellt worden ist, wenn diese dem Mitarbeiter T. als Grund für die Höhergruppierung

nung angegeben worden ist. Genauso wenig nachvollziehbar ist es, dass der Geschäftsführer X., der die Zusage erteilt und dies dem Mitarbeiter T. so mitgeteilt haben soll, einen derartigen Vermerk unterschrieben hat.

Besonders bezeichnend ist, dass der Zeitraum, in dem der Kläger tatsächlich die Stelle eines Abteilungsleiters inne hatte, auf der er sich aber nicht bewährt hat, in dem Vermerk nicht nur ausgeblendet wird. Es wird vielmehr der Eindruck erweckt, der Kläger habe diese Tätigkeit nie wahrgenommen und es handele sich um eine hypothetische Bewertung der Fähigkeiten des Klägers, was sich in folgenden Ausführungen zeigt:

„In Bezug auf Herrn B. gehen wir davon aus, dass er diese Vorgaben für einen Einsatz als Leiter der Abteilung Kfz-Werkstätten an den Standorten N. und E. erfüllt hätte. [...] Anhaltspunkte dafür, dass Herr B. diese Qualitäten zwischenzeitlich eingeübt haben würde, bestehen nicht. Wir gehen im Gegenteil auch davon aus, dass Herr B. zwischenzeitlich die für die Stelle als Leiter der Abteilung Kfz-Werkstätten erforderliche fachliche und persönliche Qualifikation erworben hätte, ...“

Diese Angaben sind unrichtig. Der Kläger hat die Tätigkeit tatsächlich ausgeübt, die Anforderungen aber gerade nicht erfüllt. Das war dem Geschäftsführer positiv bekannt. Aus diesen wissentlich falschen Ausführungen kann nur der Schluss gezogen werden, dass den Verfassern des Höhergruppierungsvermerks klar war, dass eine Höhergruppierung nicht zu begründen ist, wenn klar gestellt wird, dass der Kläger sich gerade nicht für die Übertragung einer höherwertigen Aufgabe als geeignet erwiesen hat. Daraus ergibt sich mangels anderweitiger sachlicher Gründe weiter der zwingende Schluss, dass nur die Betriebsratsstätigkeit des Klägers der Grund für diese Begünstigung gewesen sein kann. Für eine andere Annahme fehlen jegliche Anhaltspunkte. Der falschen Angaben hätte es nicht bedurft, wenn es zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer eine von der Betriebsratsstätigkeit unabhängige Zusage der Höhergruppierung gegeben hätte oder der Kläger ohne die erneute Betriebsratsstätigkeit für eine Leitungsposition vorgesehen gewesen wäre.

Danach steht zur Überzeugung der Berufungskammer fest, dass die Beförderung des Klägers nur deshalb erfolgt ist, weil er Betriebsratsmitglied ist. Ohne seine Tätigkeit als Mitglied einer Betriebsvertretung wäre er nicht mit Aufgaben betraut worden, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde. Der einzig hier greifbare Anhaltspunkt für die Beförderung des Klägers über immerhin drei Entgeltgruppen ist seine Tätigkeit als freigestellter Betriebsratsvorsitzender, und das ist gerade keine Benachteiligung, sondern eine unzulässige Begünstigung. Die Höhergruppierung ist damit nichtig. Der Kläger kann seine Ansprüche nicht auf die tatsächlich erfolgte Höhergruppierung stützen.

Die Rückstufung des Klägers in die EG 11 TV-N NW stellt auch keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar. Ein Betriebsratsmitglied kann im Fall eines betriebsratsbegünstigenden Verhaltens nicht auf die Weitergewährung gesetzeswidriger Leistungen vertrauen (vgl. BAG, Beschluss vom 13.06.2007, 7 ABR 62/06, zitiert nach juris). Der Kläger erhält die Vergütung zudem nur für die Zukunft nicht. Er muss die gewährten Bezüge – nach Auffassung der Berufungskammer - nicht zurückzahlen.

5.

Dass dem Kläger ab einem späteren Zeitpunkt eine Vergütung nach der EG 14 zustehen könnte, ist nach dem Vortrag des Klägers nicht feststellbar.

III.

Die Berufung der Beklagten ist ebenfalls unbegründet. Die Berufungskammer schließt sich der Auffassung des Arbeitsgericht an, wonach dem Rückforderungsanspruch der Beklagten gemäß § 817 S. 2 BGB entgegensteht, dass auch die Beklagte mit der Zahlung gegen das gesetzliche Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG verstoßen hat (so auch Fitting, § 78 RN. 23). Zutreffend ist zwar der Hinweis der Beklagten, dass es nicht dem Sinn und Zweck des Begünstigungsverbotes entspricht, dass das Betriebsratsmitglied das verbotswidrig Erlangte behält. Ebenso wenig entspricht es jedoch dem Sinn und Zweck des Begünstigungsverbotes, dass der Arbeitgeber „gefahrlos“ begünstigen kann, weil er weiß, dass er ggf. das zuviel gezahlte Entgelt zurückerhält.

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen war sowohl die Berufung des Klägers als auch die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

IV.

Die Kosten des Berufungsverfahrens waren gemäß § 92 Abs. 1 ZPO verhältnismäßig zu teilen.

V.

Die Berufungskammer hat die Revision für beide Parteien zugelassen. Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

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.

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.**

Paßlick

Höhne

Keller

Beglaubigt

Sauerborn
Regierungsbeschäftigte

