



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn I. I., K. gasse 29, L.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte T.-X.,
C. T. allee 62, E.,

g e g e n

die Firma J. Informationstechnologie GmbH, W. platz 2, E.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: n. Rechtsanwälte,
B. straße 126, N.,

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 21.04.2016
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Höwelmeyer als Vor-
sitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Terbuyken und die ehrenamtliche
Richterin Gerhardt

für R e c h t erkannt:

**1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts
Düsseldorf vom 05.10.2015 - 4 Ca 814/15 - abgeändert:**

**Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger
rückwirkend ab dem 01.01.2014 eine um 70,95 € brutto erhöhte mo-
natliche Vergütung zu zahlen.**

2. Die Kosten des Rechtsstreites hat die Beklagte zu tragen.

3. Die Revision wird zugelassen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger als Betriebsratsmitglied unter der Berücksichtigung vergleichbarer Arbeitnehmer eine höhere Vergütung zusteht.

Die Beklagte ist der zentrale IT-Dienstleister einer bundesweit tätigen Versicherungsgruppe. Der Kläger ist bei der Beklagten angestellt und Vorsitzender des Betriebsrates der Beklagten. Er ist mit Wirkung zum 01.07.2000 aufgrund seiner Betriebsratsstätigkeit von der Arbeitsleistung freigestellt worden.

Das Arbeitsentgelt der Mitglieder des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats wurde bis ins Jahr 2014 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 sodann ergebende Durchschnittswert wurde im Anschluss an das jeweilige Betriebsratsmitglied weitergegeben.

Mit E-Mail vom 09.07.2014 (Bl. 14 d. A.) teilte die Beklagte 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 vom 09.07.2014:

„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 [Betriebsratsmitglied] um den durchschnittlichen Erhöhungsbetrag der begünstigten – und nicht aller – [Vergleichspersonen] anzuheben.

Die dargestellten Grundsätze stellen in aller Regel sicher, dass ein BR-Mitglied weder bevorzugt noch benachteiligt wird. Ausnahmsweise kann dieses Mehrheitsprinzip jedoch bei Einmalzahlungen bzw. einer außertariflichen Gehaltserhöhung zu ungerechten Ergebnissen führen, etwa wenn in aufeinanderfolgenden Jahren in jedem Jahr jeweils nur eine [Vergleichsperson], insgesamt aber alle [Vergleichspersonen], z. B. eine Einmalzahlung erhalten haben. Nach dem Mehrheitsprinzip würde das BR-Mitglied dann insgesamt leer ausgehen. Um insoweit eine Benachteiligung/Begünstigung des BR-Mitglieds zu verhindern, wird vor der Weitergabe einer Einmalzahlung bzw. einer außertariflichen Gehaltserhöhung in einem Korrekturschritt auf die Gehaltsentwicklung der [Vergleichspersonen] geschaut und erforderlichenfalls eine Korrektur vorgenommen.“

Zur Ermittlung des Anpassungsbedarfs bezüglich des Arbeitsentgelts des Klägers wurden die Mitarbeiter der Beklagten Frau F. I., Frau V. H. und Herr N. X. als Vergleichspersonen herangezogen. Mit Wirkung zum 01.01.2014 erhielt Herr N. X. eine Gehaltsanpassung in Höhe von 100,00 € brutto. Die Gehälter von Frau F. I. und Frau V. H. wurden zu diesem Zeitpunkt nicht erhöht.

Der Kläger hat behauptet, die Vergleichspersonen Frau F. I., Frau V. H. und Herr N. X. erhielten Gehälter unterschiedlicher Höhe. Die Gehälter seien nicht stets in gleichem Umfang angehoben worden. Eine Mehrheit von Vergleichspersonen mit gleicher Gehaltsentwicklung seit dem Jahr 2000 existiere nicht.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte könne sich nicht auf die Entscheidung des 7. Senates des Bundesarbeitsgerichts vom 15.01.2005 – 7 AZR 208/04 berufen. Aufgrund der geringen Anzahl von Vergleichspersonen sei die Beklagte unter Zugrundelegung der genannten Entscheidung vielmehr gehalten, das bis zum Jahr 2013 angewendete Mittelwertverfahren fortzuführen. Ansonsten bestünde die Gefahr zufälliger Ergebnisse. Eine isolierte Betrachtung einzelner Jahre werde den Vorgaben von § 37 Abs. 4 BetrVG gerade nicht gerecht. Maßstab sei die Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen seit der Übernahme des Betriebsratsamtes. Existierte nur eine sehr kleine Vergleichsgruppe mit unterschiedlichen Gehältern und erfolge eine Anhebung nicht stets in gleichem Umfang, sei eine Durchschnittsberechnung anzustellen, um eine Benachteiligung auszuschließen. Es weise keine Mehrheit von Vergleichspersonen seit seiner Übernahme des Betriebsratsamtes eine gleiche Gehaltsentwicklung auf, so dass sein Gehalt, wie in der Vergangenheit praktiziert, nach der durchschnittlichen Gehaltserhöhung angehoben werden müsse. Ferner verletze die einseitige Änderung des Verfahrens zur Ermittlung des Anpassungsbedarfs hinsichtlich des Arbeitsentgelts der Betriebsratsmitglieder durch die Beklagte ohne Beteiligung des bei ihr gebildeten Betriebsrats auch dessen Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG und sei daher auch insoweit unwirksam.

Der Kläger hat mit der am 12.02.2015 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen Klageschrift vom 09.02.2015 Klage mit dem Antrag erhoben, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die monatliche Vergütung des Klägers ab dem

01.01.2014 um 33,33 € brutto zu erhöhen. Mit Schriftsatz vom 28.08.2015, der Beklagten zugestellt am 01.09.2015, hat er die Klage um einen Antrag zu 2) erweitert und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, Auskunft hinsichtlich des Arbeitsentgelts sowie der Zuwendungen an Frau F. I., Frau V. H. und Herrn N. X. für den Zeitraum vom 14.06.2000 bis zum 31.12.2014 zu erteilen.

In dem Kammertermin vom 14.09.2015 haben die Parteien hinsichtlich des Antrags zu 2) einen Teilvergleich mit dem Inhalt geschlossen, dass die Beklagte dem Kläger Auskunft über das Arbeitsentgelt sowie die Zuwendungen an Frau F. I., Frau V. H. und Herrn N. X. für den Zeitraum vom 01.07.2000 bis zum 31.12.2014 erteilt.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, seine monatliche Vergütung ab dem 01.01.2014 um 33,33 € brutto zu erhöhen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, dass die Gehälter der Vergleichspersonen seit Übernahme des Betriebsratsamtes durchschnittlich um 706,62 € angestiegen seien. Das Gehalt des Klägers sei in diesem Zeitraum sogar um 750,-- € angehoben worden.

Das Gehalt von Herr N. X., an dessen Erhöhung der Kläger zum 01.01.2014 teilhaben wolle, sei seit Übernahme des Betriebsratsamtes durch den Kläger dagegen um 720,-- € angestiegen.

Die Beklagte hat gemeint, dass von ihr nunmehr angewandte Verfahren zur Ermittlung des Anpassungsbedarfs bezüglich des Arbeitsentgelts der Mitglieder des bei ihr gebildeten Betriebsrats entspreche § 37 Abs. 4 BetrVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Eine rückwirkende Betrachtung ab Übernahme des Betriebsratsamtes sei nicht vorzunehmen. Selbst eine rückwirkende Betrachtung von der Übernahme des Betriebsratsamtes anführe zu dem Ergebnis, dass das Gehalt des Klägers in größerem Umfang angestiegen sei als die Gehälter der Vergleichspersonen im Durchschnitt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage, soweit sie nach dem Teilvergleich vom 14.09.2015 noch anhängig war, abgewiesen und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Der Feststellungsantrag sei zwar zulässig, denn das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse sei gegeben, weil mit dem angestrebten Feststellungsurteil die Höhe der Vergütung des Klägers auch zukunftsbezogen dem Streit der Parteien entzogen würde.

Der Anspruch des Klägers folge aber nicht aus § 37 Abs. 4 BetrVG, denn die Mehrzahl der Vergleichspersonen habe ab dem 01.01.2014 keine Gehaltserhöhung erhalten. Die 100 € betragende Gehaltserhöhung des Herr N. X. führe nicht dazu, dass der Kläger verlangen könnte, sein Gehalt müsse ebenso anteilig erhöht werden. Dies könne auch nicht damit begründet werden, dass es sich hier um eine relativ kleine Vergleichsgruppe handelt.

Eine Orientierung am Durchschnitt der Gehaltserhöhungen aller drei vergleichbaren Arbeitnehmer kommt unter Zugrundelegung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 15.01.2005 nur bei Vorliegen unterschiedlicher Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe innerhalb des maßgeblichen Betrachtungszeitraums in Frage. Lägen keine unterschiedlichen Gehaltserhöhungen vor, rechtfertige dies keine Durchschnittsberechnung. Ansonsten würde dem Kläger im Kalenderjahr 2014 eine Gehaltserhöhung gewährt, obwohl die Mehrzahl der Vergleichspersonen in dem betreffenden Zeitraum gerade keine Gehaltserhöhung erhalten haben. Dies sei mit Sinn und Zweck von § 37 Abs. 4 BetrVG unvereinbar.

Es träfe gerade nicht zu, dass bei einer Vergleichsgruppe von drei Vergleichspersonen die von dem Kläger bevorzugte Berechnungsweise zwingend wäre. Der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts habe mit seinem Urteil vom 15.01.2005 – 7 AZR 208/04 lediglich klargestellt, dass das Gehalt im konkreten Fall nicht bloß anhand einer Betrachtung der Gehaltsentwicklung zweier vergleichbarer Arbeitnehmer vollzogen werden könne, da dies eine Mehrheitsbetrachtung gerade ausschließe. Eine Mehrheitsbetrachtung sei bei drei Vergleichspersonen aber gerade möglich. Es sei auch nicht ersichtlich, dass hierdurch in dem Kalenderjahr 2014 im konkreten Fall eine unzulässige Benachteiligung des Klägers entstünde, die auszugleichen wäre.

Auch ein Blick auf die Gehaltsentwicklung der Mitarbeiter der Beklagten Frau F. I., Frau V. H. und Herrn N. X. seit Übernahme seines Betriebsratsamts führe nicht zu einem Anspruch, denn der Kläger habe zur Höhe der jeweiligen Vergütung der Vergleichspersonen nicht schlüssig vorgetragen. Die Beklagte habe demgegenüber dargestellt, dass das Gehalt des Klägers in größerem Maße angehoben worden sei, als das der Vergleichspersonen im betreffenden Zeitraum im Durchschnitt.

Ein Anspruch könne auch nicht auf eine Verletzung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates nach der sogenannten Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung gestützt werden, denn die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats führe nicht dazu, dass sich individualrechtliche Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer ergäben, die zuvor noch nicht bestanden haben.

Gegen das ihm am 13.10.2015 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 09.11.2015 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 03.12.2015 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz im Wesentlichen wie folgt begründet:

Der Kläger meint, dass die Entscheidung des Arbeitsgerichts im Wesentlichen auf einer fehlerhaften Darstellung der Gehaltsentwicklung beruhe, die nun von der Beklagten mit ihrem Auskunftsschreiben vom 09.10.2015 korrigiert worden sei. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 09.10.2015 ergebe sich, dass die tariflichen Gehaltsrunden seit seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied am 01.07.2000 einheitlich weitergegeben wurden. Eine unterschiedliche Entwicklung habe aber bei den außertariflichen Gehaltsrunden stattgefunden. Hier sei bei den festgelegten Vergleichspersonen eine Steigerung im Schnitt in der Zeit vom 01.07.2000 bis 01.01.2014 um 739,95 € erfolgt, während ihm lediglich in dieser Zeit eine Steigerung um 669,00 € gewährt worden ist. Aus dieser Differenz ergebe sich der von ihm nun beanspruchte monatliche Betrag von 70,95 € brutto.

Als Bemessungszeitraum könne nach § 37 Abs. 4 BetrVG allein die Gehaltsentwicklung seit seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied ab dem 01.07.2000 berücksichtigt werden. Gerade in den Fällen, in denen isoliert auf das Jahr abgestellt gerade keine Mehrheit der Vergleichspersonen eine besondere Gehaltssteigerung erhält, führe das von der Beklagten angewendete Verfahren zu schweren Verwerfungen, welche nur durch die Anwendung des Durchschnittsverfahrens behoben werden können. Der Kläger verweist insoweit auf die in der Berufungsbegründung in einer Übersicht dargestellten Fälle 1 und 2.

Der Kläger beantragt,

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm rückwirkend ab dem 01.01.2014 eine um 70,95 € brutto erhöhte monatliche Vergütung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und trägt im Hinblick auf die Berufungsbegründung ergänzend im Wesentlichen wie folgt vor:

Sie rügt zunächst, dass der Kläger eine unzulässige Klageänderung vorgenommen habe. Es gehe ihm jetzt nicht mehr darum, an der am 01.01.2014 dem Arbeitnehmer X. gewährten Gehaltserhöhung teilzunehmen. Klagegrund sei nun vielmehr die Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen im Zeitraum von Juli 2000 bis heute, insbesondere aber in den Jahren 2001 und 2002. Damit werde der Klagegrund ausgetauscht und eine Klageänderung vorgenommen, in die sie nicht einwilligt. Der Kläger stütze den neuen Antrag auf Tatsachen, die das Berufungsgericht gemäß § 533 Nr. 2 ZPO in Verbindung mit den §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO und § 67 ArbGG seiner Entscheidung nicht zugrunde zu legen habe. Darüber hinaus habe der vom Kläger gestellte Feststellungsantrag keinen vollstreckungsfähigen Inhalt und diene nicht der Prozessökonomie.

Dem Kläger stehe kein Anspruch auf Zahlung eines monatlich um 70,95 € brutto erhöhtes Gehalt zu. Insoweit trägt die Beklagte wie folgt vor:

Einige Zeit nach seiner Freistellung, der genaue Zeitpunkt könne heute nicht mehr festgestellt werden, seien im Einvernehmen mit dem Kläger die drei Vergleichspersonen Frau I., Frau H. und Herr X. festgelegt worden. Diese Beurteilung sei durchaus mit einem gewissen Wohlwollen erfolgt, da Frau I. anders als der Kläger schon damals Führungskraft gewesen sei. Es sei etwas widersprüchlich, wenn der Kläger nun vor diesem Hintergrund Gehaltserhöhungen der festgelegten Vergleichspersonen aus einem Zeitraum vor der einvernehmlichen Festlegung thematisiert.

Hinsichtlich der Gehaltsentwicklung des Klägers und der Vergleichspersonen nimmt die Beklagte auf die von ihr mit Schriftsatz vom 09.10.2015 dem Kläger erteilte Auskunft Bezug. Dieser sei zu entnehmen, dass sein Gehalt im Juli 2000 3,8 % über dem Durchschnitt der Vergleichspersonen gelegen habe. Im Dezember 2014 habe sein Gehalt 4,8 % mehr als der Durchschnitt der Gehälter der Vergleichspersonen betragen. Insoweit verweist die Beklagte auf die von ihr auf Seite 3 oben der Berufungsbeantwortung angegebenen Zahlen. Das Gehalt des Herrn X. habe mit 5.007,80 € berücksichtigt werden dürfen, denn eine Leistungszulage von 500 €, die im Jahre 2013 in das normale Gehalt überführt worden ist, habe herausgerechnet werden müssen, da sie als variable Vergütung nicht habe Gegenstand der Betrachtung sein können.

Hinsichtlich der Weitergabe der tariflichen und außertariflichen Gehaltssteigerungen verweist die Beklagte auf die Seite 2 ihrer Auskunft vom 09.10.2015. Aus diesen ergebe sich, dass in dem Zeitraum bis Dezember 2014 die Gehaltssteigerungen des Klägers sich auf 52 % belaufen hätten, während sie im Schnitt bei den Vergleichspersonen bei 50 % gelegen hätten.

Die Beklagte meint, dass im Gegensatz zu der Auffassung des Klägers kein Gesamtvergleich des Gehaltes zu Beginn und zum Ende der Betriebsratstätigkeit bzw. zum jeweiligen Beurteilungszeitpunkt vorzunehmen sei. Da nach der Entscheidung des 7. Senates des Bundesarbeitsgerichts vom 19.01.2005 – 7 AZR 208/04 die Gehaltserhöhungen nach dem Mehrheitsprinzip weiterzugeben

seien, sei es richtig gewesen, dass zum 01.01.2014 dem Kläger keine Steigerung um 33,33 € zu gewähren gewesen sei, denn die Mehrheit der Vergleichspersonen habe zu diesem Zeitpunkt keine Erhöhung erhalten. Dem könne der Kläger nicht entgegen halten, dass bei einer kleinen Gruppe eine Mehrheit nicht festgestellt werden könne, denn bei drei Personen ist eine Mehrheit möglich, wie sich hier auch gezeigt habe, denn von 3 Vergleichspersonen habe die Mehrheit von 2 Personen keine Gehaltserhöhung erhalten. Auch eine Ergebniskontrolle, um durch das Mehrheitsprinzip mögliche Verwerfungen zu vermeiden, führe hier zu keiner anderen Beurteilung, denn der Kläger habe seit dem Jahre 2000 überproportional an den Gehaltssteigerungen teilgenommen.

Vorsorglich erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung. Jedenfalls sei Verwirkung eingetreten. Der Kläger handle widersprüchlich und damit treuwidrig im Sinne von § 242 BGB, wenn er nach Ablauf von mehr als zehn Jahren eine angebliche Benachteiligung geltend macht und zwar unter Berufung auf Vergleichspersonen, mit denen er bei deren Festlegung ausdrücklich einverstanden gewesen war. Es könne ohnehin darüber gestritten werden, ob Frau I. eine geeignete Vergleichsperson ist.

Der Kläger erwidert, dass die Herrn X. gewährte Leistungszulage von insgesamt 500 € nicht außer Betracht bleiben könne. Dagegen spreche, dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 09.10.2015 diesen Betrag jeweils in den Jahren 2002 und 2004 bei den außertariflichen Gehaltsrunden als verstetigten Gehaltsbestandteil berücksichtigt hat, so dass es sich nicht um einen variablen Gehaltsbestandteil handele. Darüber hinaus habe die Beklagte die Eigenständigkeit dieses Vergütungsbestandteils aufgegeben, indem sie die Leistungszulage in das normale Gehalt überführt hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zugrunde liegenden Sachverhaltes sowie des widerstreitenden Sachvortrages und der unterschiedlichen Rechtsauffassun-

gen der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze sowie die zu den Akten gereichten Unterlagen und die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung des Klägers ist zulässig.

Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie ist auch statthaft im Sinne des § 64 Abs. 1, 2 ArbGG.

II.

In der Sache hat die Berufung des Klägers Erfolg.

1. Der von dem Kläger in der Berufungsinstanz gestellte Antrag ist zulässig.

a) Der Kläger hat in dem Kammertermin vor der Berufungskammer den Antrag gestellt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm rückwirkend ab dem 01.01.2014 eine um 70,95 € brutto erhöhte monatliche Vergütung zu zahlen. Er hat damit klargestellt, dass es ihm nicht um die Abgabe einer Willenserklärung oder die Ausübung eines Gestaltungsaktes, sondern um die Feststellung einer Zahlungsverpflichtung geht.

b) Der Zulässigkeit seines Antrages steht nicht entgegen, dass der Kläger den Klageantrag mit der Berufung gegenüber dem erstinstanzlich zuletzt gestellten Klageantrag zu 1. modifiziert hat, in dem er nun nicht mehr eine Erhöhung von €

33,33 brutto beantragt, sondern es jetzt um eine Differenz von 70,95 € brutto geht.

Bei der vom Kläger vorgenommenen Anpassung handelt es sich schon nicht um eine Klageänderung im Sinne des § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG in Verbindung mit § 533 ZPO, sondern um eine Erweiterung des Antrags im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO. Es handelt sich nicht um eine Auswechslung des Klagegrundes, denn die Parteien streiten nach wie vor darüber, ob der Kläger aus dem Gesichtspunkt des § 37 Abs. 4 BetrVG als Mitglied des Betriebsrats einen Anspruch auf eine höhere Vergütung hat. Geändert hat sich gegenüber der erstinstanzlichen Streitlage lediglich der Betrachtungszeitraum. Der grundsätzliche Streit über die anzuwendende Methode ist unverändert. Es muss damit kein völlig neuer Streitstoff beurteilt werden. Nur der Prüfungszeitraum ist ausgedehnt worden. Weil diese Ausweitung geeignet ist, den unter den Parteien schwelenden Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits umfassend auszuräumen und weiteren Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen, wäre sie, selbst wenn eine echte Klageänderung vorliegen würde, im Sinne des § 533 Nr. 1 ZPO sachdienlich und damit zulässig.

Das Berufungsgericht darf die von dem Kläger seinem erweiterten Antrag zugrundeliegenden Tatsachen gemäß § 533 Nr. 2 ZPO auch berücksichtigen, denn diese neuen Tatsachen sind gemäß § 529 Abs. 1 Ziffer 2 ZPO zulässig. Ihrem Vorbringen steht nicht die Verspätungsvorschrift des § 67 Abs. 1 bis 3 ArbGG entgegen. Der Kläger konnte diese neuen Tatsachen in der ersten Instanz nicht vortragen, denn sie sind ihm erst nach der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils vom 05.10.2015 aufgrund der von der Beklagten am 09.10.2015 erteilten Auskunft bekannt geworden. Der Kläger hat sie sodann in der Berufungsinstanz rechtzeitig mit der Berufungsbegründung gemäß § 67 Abs. 4 Satz 1 ArbGG in das Verfahren eingeführt.

c) Für den Feststellungsantrag ist das gemäß § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben, denn die von dem Kläger begehrte Feststellung ist 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 eine 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 vom 18.12.2003 – 8 AZR 550/02 in ZTR 2004, 35). Das rechtfertigt die Annahme eines rechtlichen Interesses. Dafür sprechen unter anderem auch prozessökonomische Gründe (vgl. BAG vom 22.01.2013 – 6 AZR 480/11 in NZA-RR 2013, 300).

2. Der Feststellungsantrag ist auch begründet.

Der Kläger hat einen Anspruch darauf, dass ihm ab dem 01.01.2014 eine um 70,95 € brutto erhöhte monatliche Vergütung zu zahlen ist. 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.

a) Zur Recht bezieht sich der Kläger hinsichtlich seines Anspruches auf die Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen Frau I., Frau H. und Herrn X..

aa) 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 Arbeit-

nehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben (vgl. BAG vom 04.11.2015 – 7 AZR 972/13 in DB 2016, 1024).

bb) Die Beklagte trägt mit der Berufungsbeantwortung selbst vor, dass die Festlegung der Vergleichspersonen einvernehmlich erfolgt ist. Selbst wenn dies damals nach ihrem Vorbringen mit einem gewissen Wohlwollen erfolgt sein soll, da Frau I. schon damals Führungskraft gewesen sein soll, so wäre, für den Fall, dass die Beklagte die Vergleichspersonen nun in Frage stellen will, von ihr näher auszuführen, inwiefern damals die Vergleichspersonen von den Parteien in fehlerhafter Weise einvernehmlich festgelegt worden sein sollen.

Selbst wenn dem Kläger aus einer einvernehmlichen Festlegung der Vergleichspersonen keine unmittelbaren Ansprüche erwachsen, konkretisiert die einvernehmliche Festlegung der Vergleichspersonen durch die Parteien die Bestimmung der Vergütungsentwicklung, soll Rechtssicherheit für beide Seiten sowie einen praktikablen, handhabbaren Weg schaffen, die Vergütungsentwicklung des freigestellten Betriebsratsmitglieds zu bestimmen. Werden dementsprechend Vergleichspersonen bestimmt, sind sowohl das Betriebsratsmitglied als auch der Arbeitgeber grundsätzlich hieran im Rahmen der Ausfüllung des § 37 Abs. 4 BetrVG gebunden (vgl. LAG Hamburg vom 05.03.2015 – 7 Sa 63/14 in LAGE § 37 BetrVG 2001 Nr. 11). Soweit in einem solchen Fall eingewandt wird, die Benennung der Vergleichsperson sei zu Unrecht erfolgt, so ist ein entsprechender Irrtum konkret und substantiiert zu belegen. Das ist vorliegend durch die Beklagte nicht erfolgt und nicht erkennbar.

b) Im Vergleich mit dem Arbeitsentgelt der Vergleichspersonen ist die Vergütung des Klägers ab dem 01.01.2014 zu gering ausgefallen.

aa) Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern 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 vom 17.08.2005 – 7 AZR 528/04 in AuA 2005, 436; BAG vom 13.11.1987 – 7 AZR 550/86 in AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 61; BAG vom 17.05.1977 – 1 AZR 458/74 in AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 28). Dabei ist nicht auf die hypothetische Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds abzustellen, sondern auf die Gehaltsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer. § 37 Abs. 4 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied allerdings 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 Betriebsratsstätigkeit zu schützen, kommt es vielmehr darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsratsstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist (vgl. BAG vom 19.01.2005 – 7 AZR 208/04 a.a.O.; BAG vom 17.08.2005 – 7 AZR 528/04 in NZA 2006, 448; BAG vom 17.05.1977 – 1 AZR 458/74 a.a.O.). Andernfalls würde das Betriebsratsmitglied wegen seines Amtes begünstigt, was nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässig ist. Das Betriebsratsmitglied hat daher während der Dauer seiner Amtszeit Anspruch auf Gehaltserhöhungen in dem Umfang, in dem die Gehälter vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung erhöht werden. 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 (vgl. BAG vom 19.01.2005 – 7 AZR 208/04 a.a.O.).

bb) Nach diesen Grundsätzen ist an den Kläger ab dem 01.01.2014 ein um 70,95 € brutto erhöhtes Gehalt zu zahlen.

Im Falle des Klägers kann nicht auf die Gehaltsentwicklung einer 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 sehr unterschiedlich aus. Dies ergibt sich aus der dem Kläger mit Schreiben der Beklagten vom 09.10.2015 erteilten Auskunft. Über den Zeitraum ab Juli 2000 belief sich die Summe der außertariflichen Gehaltsrunden bei Frau H. auf einen Betrag von 281,21 €, bei Herrn X. auf 820 € und bei Frau I. auf 1.118,65 €. Die außertariflichen Gehaltanpassungen betragen damit bei Frau H. 7,86 %, bei Herrn X. 23,63 % und bei Frau I. 29,17 % im Verhältnis zu dem jeweils im Juli 2000 erzielten Gehalt.

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 – 7 AZR 208/04 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.

Darüber hinaus ist für die Gehaltsanpassung nicht nur die Gehaltssteigerung zum 01.01.2014 maßgebend, sondern die Gehaltsentwicklung über den gesamten Zeitraum des Betriebsratsamtes des Klägers. Auch insoweit führt der 7. Senat

des Bundesarbeitsgerichtes unter Rdnr. 16 seiner Entscheidung vom 19.01.2005 – 7 AZR 208/04 aus, dass nach dem Zweck des § 37 Abs. 4 BetrVG das Betriebsratsmitglied vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit zu schützen ist und es darauf ankommt, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitgliedes während der Dauer seiner Betriebsratstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist (so auch: BAG vom 17.08.2005 – 7 AZR 528/04 a.a.O. Rdnr. 11; BAG vom 17.05.1977 – 1 AZR 458/74 a.a.O. Rdnr. 12). Mit der hier erwähnten Dauer der Betriebsratstätigkeit ist der gesamte Zeitraum der Ausübung des Betriebsratsamtes seit Juli 2000 gemeint.

Hinsichtlich der Berechnung der dem Kläger gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG zu gewährenden Gehaltsanpassung war das Gehalt des Herrn X. im Dezember 2014 nicht lediglich mit dem von der Beklagten auf Seite 2 oben der Berufungsbeantwortung angegebenen Betrag von 5.007,80 € brutto zu berücksichtigen. Es war die Herr X. gewährte Leistungszulage von insgesamt 500 € in sein Gehalt einzubeziehen. Diese war seit dem Jahre 2013 nicht mehr von der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers X. geprägt und abhängig, sondern hatte zu diesem Zeitpunkt in das normale Gehalt Eingang gefunden. Sie war damit zu dem Gegenstand der normalen Bezahlung des Arbeitnehmers X. geworden, die selbst dann an ihn zu gewähren gewesen ist, wenn er keine entsprechenden Leistungen erbracht haben sollte. Sie war damit zu einem allgemeinen Gehaltsbestandteil geworden und war somit nicht mehr von individuellen Gesichtspunkten beeinflusst, die möglicherweise im Rahmen der Vergleichsentgeltberechnung ihrer Berücksichtigung hätten entgegenstehen können. Dementsprechend hatte die Beklagte mit ihrer Auskunft vom 09.10.2015 die frühere Leistungszulage im Rahmen der außertariflichen Gehaltsrunden in den Jahren 2002 und 2005 jeweils auch als außertarifliche Gehaltsrunde in Höhe von 250 € berücksichtigt.

Nach den von der Beklagten in der Berufungsbeantwortung für Dezember 2014 angegebenen Gehaltshöhen unter Einbeziehung der dem Arbeitnehmer X. gewährten und in das normale Gehalt übergegangenen Leistungszulage von 500 € monatlich ist von nachfolgenden Zahlen auszugehen:

	H.	X.	I.	Kläger
Gehalt Dezember 2014 in €	5.149,06	5.507,80	6.257,71	5.732,70

Es ergibt sich für die Vergleichspersonen ein Durchschnittsgehalt von 5.638,19 € im Monat. Der Kläger steht damit bei 101,67 % des Durchschnittsgehaltes.

Für den Monat Juli 2000 hat die Beklagte folgende Zahlen vorgetragen:

	H.	X.	I.	Kläger
Gehalt Juli 2000 in €	3.579,04	3.470,65	3.834,69	3.773,33

Es ergibt sich ein Durchschnittsgehalt in Höhe von 3.628,12 € monatlich. Der Kläger stand bei 104 % dieses Durchschnittsgehaltes.

Das Gehalt des Klägers hat sich damit unterdurchschnittlich über den Zeitraum ab Juli 2000 bis Dezember 2014 entwickelt und müsste statt bei 101,67 % des Durchschnittsgehaltes nun weiterhin bei 104 % des Durchschnittsgehaltes liegen, was einen Betrag von 5.864,08 € ergibt. Zu seinem tatsächlich im Dezember 2014 bezogenen Gehalt von 5.732,70 € ergibt sich eine Differenz von 131,38 € brutto.

Auch wenn der Berechnung nicht das Gehalt für Dezember 2014 sondern für Januar 2014 zugrunde gelegt wird, ergibt sich zugunsten des Klägers ein Differenzbetrag, welcher die eingeklagte Summe umfasst. Aus den einzelnen Gehaltszahlen für Dezember 2014 ist in diesem Fall bei den Vergleichsarbeitnehmern und dem Kläger die letzte tarifliche Gehaltsrunde, welche bei allen vier Personen jeweils 107 € betragen hat, herauszurechnen. Es ergeben sich für Januar 2014 nachfolgende Werte:

	H.	X.	I.	Kläger
Gehalt Januar 2014 in €	5.042,06	5.400,80	6.150,71	5.625,70

Hieraus folgt für die Vergleichspersonen ein monatliches Durchschnittsgehalt in Höhe von 5.531,19 €, von dem der Kläger 101,71 % erzielt. Hochgerechnet auf den ihm zustehenden Betrag von 104 % ergibt sich ein Gehalt von 5.752,36 €, welches der Kläger im Januar 2014 mit einem Betrag von 126,66 € unterschritten hat.

c) 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 vom 19.01.2015 – 7 AZR 208/04 a.a.O. Rdnr. 28). 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 Betriebsratstätigkeit in der Natur der Sache und hat mit dem Gedanken der Verjährung nichts zu tun (vgl. BAG vom 19.01.2005 – 7 AZR 208/04 a.a.O. Rdnr. 31).

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 Benachteiligung ab dem 01.01.2014.

III.

Die Kostenentscheidung erfolgte gemäß § 91 Abs. 1 ZPO.

IV.

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 der beklagten Partei

R E V I S I O N

eingelegt werden.

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

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

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

eingelegt werden.

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

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

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

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

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

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.**

(Höwelmeyer)

Beglaubigt

Ullmann
Regierungsbeschäftigte

(Terbuyken)



(Gerhardts)