

# Betriebs Berater

25 | 2023

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ...

19.6.2023 | 78. Jg.  
Seiten 1409–1472

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Christoph Kaserer**

EU Listing Act – Gute Nachrichten für Wachstumsunternehmen

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Johannes Zhou**, Dipl.-Jur., und **Tim Wybitul**, RA/FAArbR/CIPP/E

DSGVO-Auskunftsansprüche als Vorstufe von Schadensersatzforderungen | 1411

**Dr. Fabian Klein**, RA, und **Franziska Mauritz**, RAin

Green Hushing – Gibt es eine Pflicht zur Aufklärung über (verpasste) Umweltziele? | 1417

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Eckart Bomsdorf**

Überbesteuerung abbauen – Einkommensteuer senken – Grundfreibetrag erhöhen | 1431

**Dr. André Briese**, StB

Zur Begünstigung von Mitarbeiterbeteiligungen durch § 19a EStG und den geplanten Änderungen durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz | 1434

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Andreas Weyer**, M.Sc., **Prof. Dr. Thomas Berndt** und **Claudia Rutz**, B.A.

Einsatz von Data Mining im Journal Entry Testing | 1451

## ARBEITSRECHT

**Dr. Artur-Konrad Wypych**, RA/FAArbR, und **Linus Boberg**, LL.M., RA

Better together – Unternehmensübergreifender Personaleinsatz im Gemeinschaftsbetrieb als Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung? | 1460

tiert wird, ohne dass mit dem Betriebsrat ein Interessenausgleich verhandelt wurde.

Die Begründung eines Gemeinschaftsbetriebs kann eine grundlegende Änderung der Betriebsstruktur darstellen, nach der der bestehende Betriebsrat nicht mehr von der neu zusammengesetzten Belegschaft legitimiert ist und Neuwahlen erforderlich werden. Der bestehende Betriebsrat ist dann gem. § 21a BetrVG im Rahmen eines Übergangsmandats für den Gemeinschaftsbetrieb zuständig und hat unverzüglich Neuwahlen einzuleiten.<sup>72</sup>

Bei personellen Einzelmaßnahmen ist das Mitbestimmungsrecht gem. § 99 BetrVG ab einer Arbeitnehmerzahl von über 20 im Unternehmen zu beachten.

## cc) Gesellschaftsvertrag

Zur besseren Dokumentation gilt es zu überlegen, „Arbeitnehmerüberlassung“ aus den Gesellschaftsverträgen zu streichen. Die Zusammenarbeit im Rahmen eines Gemeinschaftsbetriebs schließt eine Arbeitnehmerüberlassung aus. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, sofern eine Arbeitnehmerüberlassung als Vertragsgegenstand benannt ist, den Unternehmensgegenstand entsprechend anzupassen.

## e) Fazit

Der Gemeinschaftsbetrieb kann ein probates Mittel sein, arbeitsteilige Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Unternehmen zu organisieren und erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung zu meiden.

Wichtig ist jedoch eine rechtssichere Implementierung der notwendigen Strukturen. Hierzu gehört insbesondere der Abschluss einer Führungsvereinbarung, der die Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen im Detail regelt, und die Bildung gemeinsamer Strukturen.

Die rechtssichere Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs ist mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden. Die beteiligten Unternehmen sollten sich zuvor deshalb sicher sein, dass sie den Gemeinschaftsbetrieb nicht bloß kurzfristig, sondern auf gewisse Dauer betreiben wollen.

Insbesondere vor dem Hintergrund der zeitlich nur begrenzten Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung und des grundsätzlich anwendbaren Gleichbehandlungsgrundsatzes Equal Pay kann der Gemeinschaftsbetrieb eine Alternative darstellen, denn er kann dauerhaft betrieben werden und die Beschäftigungsbedingungen innerhalb der beteiligten Unternehmen können unterschiedlich ausgestaltet sein.

**Dr. Artur-Konrad Wypych**, RA/FAArbR, ist Partner bei Bird & Bird LLP und berät Mandanten in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Neben der Beratung in individualrechtlichen Angelegenheiten zählen die betriebliche Mitbestimmung, das Tarifvertragsrecht, die Unternehmensmitbestimmung sowie die Beratung im Rahmen von arbeitsrechtlichen Restrukturierungen zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten.



**Linus Boberg**, LL.M. (Chicago), RA, ist Associate bei Bird & Bird LLP und berät in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Neben der Beratung in individualrechtlichen Fragen zählen die Unternehmensmitbestimmung, die betriebliche Mitbestimmung und die Beratung im Zuge von Transaktionen und Restrukturierungen zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten.



<sup>72</sup> Seel, öAT 2017, 47, 51.

## BAG: Betriebsratsmitglied – Vergütung

**BAG**, Urteil vom 23.11.2022 – 7 AZR 122/22

ECLI:DE:BAG:2022:231122.U.7AZR122.22.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2023-1332-1**

unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSATZ DER REDAKTION

**§ 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG gewährt als Entgeltschutzvorschrift einen Anspruch eines Betriebsratsmitglieds auf Vergütung, die nicht hinter der Vergütung (ursprünglich) vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung zurückbleiben darf.**

BetrVG § 37 Abs. 2, 4, 5

### SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Bemessung des dem Kläger, welcher dem Betriebsrat angehört, zu zahlenden Arbeitsentgelts.

Der Kläger war ab 1998 zunächst als Karosseriebauer bei der Beklagten im Betrieb G beschäftigt. Mit Wirkung zum 1. Januar 2007 wurde er in den Betrieb der Beklagten in M versetzt und gleichzeitig zum Teamleiter ernannt. Als solcher gehörte er der ersten Leitungsebene der betrieb-

lichen Hierarchie an. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Mantel- und Entgelttarifvertrag für die Beschäftigten der IAV Ingenieurgesellschaft Auto und Verkehr (METV-IAV) – zuletzt in der Fassung vom 13. September 2018 – Anwendung.

Seit 2010 ist der Kläger Mitglied des im Betrieb M bestehenden Betriebsrats. Mit Schreiben vom 12. März 2012 bewarb er sich erfolglos auf eine (andere) Teamleiterstelle. In einem von beiden Parteien unterzeichneten Schreiben vom 26. Oktober 2012 ist festgehalten, dass der Kläger ab 1. November 2012 die Funktion als Teamleiter abgibt sowie als Techniker eingesetzt und nach der (gegenüber der Teamleiterstelle niedriger bewerteten) Entgeltgruppe V/1 METV-IAV vergütet wird.

Seit 2014 ist der Kläger als Betriebsratsmitglied von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt. Im Juli 2016 und im März 2018 bewarb er sich jeweils ohne Erfolg auf Abteilungsleiterstellen.

Nachdem der Kläger bereits im Jahr 2014 eine aus seiner Sicht unterbliebene Vergütungsanpassung angesprochen hatte, verlangte er mit Schreiben vom 5. April 2019 von der Beklagten ohne Erfolg eine Angleichung seines Entgelts an die durchschnittliche Vergütungsentwicklung von Teamleitern seit 2010.

Mit einem Feststellungsantrag und ursprünglich auch – unter Angabe einer näheren Berechnung – mit einem auf Zahlungen für die Jahre 2011 bis einschließlich 2018 gerichteten Leistungsantrag hat der Kläger die Anpassung seiner Vergütung weiterverfolgt. Er hat die Ansicht vertreten, ihm stehe eine Entgelterhöhung in Höhe der durchschnittlichen Vergütungsentwicklung der von ihm benannten Vergleichspersonen zu. Diese im Zeitpunkt seiner Übernahme des Betriebsratsamts im Betrieb beschäftigten (neun) Teamleiter bildeten die zutreffende Vergleichsgruppe, denn auch er sei damals in der Teamleitung beschäftigt gewesen. Die benannten Arbeitnehmer verfügten im Wesentlichen über die gleiche fachliche und persönliche Qualifikation wie der Kläger. Zwei der im Jahr 2010 als Teamleiter beschäftigten Arbeitnehmer seien im Jahr 2018 als Projektleitung tätig, drei als Teamleitung, drei als Abteilungsleiter und einer als Senior Fachreferent. Unter Berücksichtigung der Relation seines Jahreseinkommens zum Durchschnitt der Jahreseinkommen der benannten Arbeitnehmer im Jahr 2010 iHv. 76,3593 % habe die Beklagte ihm eine angepasste Vergütung zu zahlen.

Der Kläger hat des Weiteren vorgebracht, die Teamleitung allein aufgrund seiner Betriebsrats Tätigkeit aufgegeben zu haben; angesichts angelaufener Mehrarbeitsstunden habe er letztlich vor der Entscheidung gestanden, entweder sein Betriebsratsmandat niederzulegen oder seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit zu ändern. Im Übrigen hat er behauptet, die beiden Abteilungsleiterstellen, auf die er sich beworben habe, seien ihm nicht wegen mangelnder Qualifikation, sondern wegen seines Betriebsratsamts nicht übertragen worden.

Der Kläger hat – soweit für die Revision noch von Interesse – zuletzt beantragt

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm eine Vergütung zu zahlen, die jeweils zum 31. Oktober 76,3593 % des Durchschnitts der Vergütung der Vergleichsgruppe, bestehend aus den Personen mit der Personalnummer 52773, 30987, 32835, 54752, 54091, 32907, 53506, 33280, 54855 beträgt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat den Standpunkt eingenommen, schon die dem Begehren zugrundeliegende Vergleichsgruppe sei fehlerhaft gebildet, denn der Kläger sei nicht mit Teamleitern, sondern aufgrund der 2012 getroffenen Vereinbarung mit Technikern zu vergleichen. Eine Entwicklung vom Techniker zum Team- oder Abteilungsleiter sei bei der Beklagten nicht üblich. Im Übrigen habe der Kläger seine Vergleichbarkeit mit den im Klageantrag genannten Personen bei Amtsantritt im Jahre 2010 ebenso wenig dargetan wie deren betriebsübliche Entwicklung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage – einschließlich der erstinstanzlich anhängigen, die Jahre 2011 bis 2018 betreffenden Zahlungsanträge – abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die nur gegen die Abweisung des Feststellungsantrags, den der Kläger auf gerichtlichen Hinweis in der Berufungsverhandlung anders formuliert hat, gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN

- 11 Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen die sein Feststellungsbegehren abweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen.

#### Die Revision des Klägers ist nicht schon erfolglos, weil die Berufung gegen das arbeitsgerichtliche Urteil unzulässig war

- 12 I. Die Revision des Klägers ist allerdings nicht schon deshalb erfolglos, weil seine Berufung gegen das arbeitsgerichtliche Urteil unzulässig war.

#### Die Zulässigkeit der Berufung ist eine auch noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende Bedingung

- 13 1. Die Zulässigkeit der Berufung ist eine auch noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende Prozessfortsetzungsbedingung. Fehlt sie, ist die Berufung vom Revisionsgericht als unzulässig zu verwerfen. Dass das Berufungsgericht sie für zulässig gehalten hat, ist unerheblich (vgl. BAG 26. Januar 2021 – 3 AZR 139/17 – Rn. 25 mwN, BAGE 174, 1).

#### Die Berufung war zulässig

- 14 2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts war zulässig.

#### Nicht unzulässig, da sie nicht auf die Beseitigung einer Beschwer durch das erstinstanzliche Urteil gerichtet war

- 15 a) Sie war nicht deshalb unzulässig, weil sie nicht auf die Beseitigung einer Beschwer durch das erstinstanzliche Urteil gerichtet war.

#### Statthaftigkeit der Berufung

- 16 aa) Das Rechtsmittel der Berufung ist nur statthaft, wenn der Berufungskläger mit ihm die Beseitigung einer in der angefochtenen Entscheidung liegenden Beschwer erstrebt (vgl. GMP/Schleusener ArbGG 10. Aufl. § 64 Rn. 14). Das setzt voraus, dass der im ersten Rechtszug erhobene Anspruch wenigstens teilweise weiterverfolgt wird. Die Erweiterung oder Änderung der Klage kann nicht alleiniges Ziel der Berufung sein, sondern nur auf der Grundlage eines zulässigen Rechtsmittels verwirklicht werden (BAG 18. September 2019 – 4 AZR 275/18 – Rn. 12; 24. Oktober 2017 – 1 ABR 45/16 – Rn. 9, BAGE 160, 386 [BB 2018, 51 Ls.]). Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Schluss der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz (BAG 18. September 2019 – 4 AZR 275/18 – Rn. 16 mwN).

#### Die Berufung des Klägers war statthaft

- 17 bb) Danach war die Berufung des Klägers statthaft. Zwar hat der Kläger nur beschränkt Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts eingelegt; die Abweisung der Zahlungsanträge durch das Arbeitsgericht hat er mit seinem Rechtsmittel nicht angegriffen. Er hat sich mit der Berufung aber gegen die Abweisung seines Feststellungsbegehrens durch das Arbeitsgericht gewandt. Dabei ist es für die Zulässigkeit der Berufung im Ergebnis unerheblich, dass der Kläger den Feststellungsantrag nach einem Hinweis des Landesarbeitsgerichts in der mündlichen Verhandlung anders formuliert hat. Hierin lag keine Klageänderung, sondern nur eine Klarstellung des bereits mit dem ursprünglichen Antrag verfolgten Klageziels. So hatte der Kläger bereits in der Klageschrift zur Begründung seines Feststellungsantrags ausgeführt, dieser werde gestellt, da er auch in Zukunft einen Anspruch darauf habe, an den Vergütungserhöhungen der Arbeitnehmer „seiner Vergleichsgruppe“ teilzunehmen.

#### Die Berufung genüge auch den gesetzlichen Anforderungen an ihre Begründung

- 18 b) Die Berufung genüge auch den gesetzlichen Anforderungen an ihre Begründung. Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil und deren Erheblichkeit für das Ergebnis der Entscheidung ergibt (vgl. zu den Anforderungen zB BAG 27. Januar 2021 – 10 AZR 512/18 – Rn. 15; 21. August 2019 – 7 AZR 563/17 – Rn. 25 [BB 2019, 3059 Ls.]). Dem ist die Berufungsbegründung des Klägers gerecht geworden. Dies gilt auch insoweit, als er die Berufung mit dem Vorbringen neuer

Tatsachen begründet hat. Im Gegensatz zu den für den Zivilprozess geltenden Vorschriften sind im arbeitsgerichtlichen Verfahren neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im zweiten Rechtszug grundsätzlich zu berücksichtigen und nur unter den in § 67 Abs. 1 bis Abs. 4 ArbGG normierten – hier nicht einschlägigen – Voraussetzungen ausgeschlossen (vgl. BAG 21. Mai 2019 – 2 AZR 574/18 – Rn. 13, BAGE 167, 14). Im Übrigen ist – insbesondere hinsichtlich der Ausführungen des Klägers zum Bestehen einer betriebsüblichen Entwicklung – zu berücksichtigen, dass sich die Berufungsbegründung zwar mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Urteils befassen muss, wenn es diese bekämpfen will; eine schlüssige, rechtlich haltbare Begründung kann jedoch nicht verlangt werden (vgl. BAG 8. Oktober 2008 – 5 AZR 526/07 – Rn. 15 mwN).

## Das LAG hat den Feststellungsantrag zu Recht als unbegründet zurückgewiesen

- 19 II. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht erkannt, dass der zulässige Feststellungsantrag unbegründet ist.

## Das Feststellungsbegehren ist nach gebotener Auslegung zulässig

- 20 1. Das Feststellungsbegehren ist nach gebotener Auslegung zulässig (zum Gebot der rechtsschutzgewährenden Antragsauslegung vgl. BAG 28. Juli 2020 – 1 ABR 41/18 – Rn. 11, BAGE 171, 340 [BB 2020, 2685]).

## Es ist hinreichend bestimmt

- 21 a) Es ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

## Der Streitgegenstand und der Umfang der gerichtlichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis sind hinreichend klar umrissen

- 22 aa) Der Streitgegenstand und der Umfang der gerichtlichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis sind hinreichend klar umrissen. Zwar definiert der Kläger im Klageantrag selbst nicht näher, wie der Durchschnitt der Vergütung der Vergleichsgruppe zu ermitteln ist. Er erstrebt mit ihm jedoch ausdrücklich ab 2019 und für die weiteren Jahre eine Vergütung, wie er sie mit seinen ursprünglichen Leistungsanträgen für die Jahre 2011 bis 2018 beziffert geltend gemacht hat. Der noch rechtshängige Feststellungsantrag ist mithin im Lichte der Berechnungen zu verstehen, die der Kläger zur Begründung seiner Zahlungsanträge angestellt hat. Danach begehrt er für die Dauer seiner Mitgliedschaft im Betriebsrat und für das erste Jahr nach Beendigung seiner Amtszeit jeweils zum Stichtag 31. Oktober eines Jahres eine Anpassung seiner Vergütung auf 76,3593% des Durchschnitts der den im Antrag genannten neun Vergleichspersonen im jeweiligen Jahr zustehenden Jahresgehälter, wobei der Kläger ausdrücklich lediglich die Basisjahresgehälter der Vergleichspersonen ohne Boni oder sonstige erfolgsabhängige Leistungen berücksichtigt wissen will. Insoweit hat auch die Beklagte zuletzt keine Einwände mehr erhoben. Im Übrigen sind die Vergleichspersonen – mithilfe der im Antrag genannten Personalnummern – hinreichend bestimmt beschrieben und damit ist unmissverständlich erkennbar, auf welche Vergütung welcher (aus Sicht des Klägers vergleichbarer) Arbeitnehmer sich die streitbefangene Zahlungsverpflichtung beziehen soll.

## Der Bestimmtheit des Klageantrags steht nicht die Begründung durch zwei unterschiedliche Lebensachverhalte entgegen

- 23 bb) Der Bestimmtheit des Klageantrags steht nicht entgegen, dass der Kläger zu seiner Begründung zwei unterschiedliche Lebensachverhalte

angeführt hat. Zwar ist eine alternative Klagehäufung, bei der ein Anspruchsteller ein einheitliches Klagebegehren aus mehreren prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) herleitet und dem Gericht die Auswahl überlässt, auf welchen Klagegrund es die Verurteilung stützt, grundsätzlich unzulässig, da sie gegen das Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO verstößt (vgl. BAG 2. August 2018 – 6 AZR 437/17 – Rn. 18, BAGE 163, 205). Der Kläger hat jedoch vorliegend eine Rangfolge der von ihm angebrachten Streitgegenstände zumindest konkludent vorgegeben. Er hat sein Klagebegehren vorrangig auf die durchschnittliche Erhöhung der jährlichen Vergütungsansprüche der im Klageantrag bezeichneten Personen – welche mit ihm iSd. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG vergleichbar seien – gestützt. Nur für den Fall, dass dieser Lebensachverhalt den Anspruch nicht zu begründen vermag, hat er sich darauf berufen, dass die Beklagte seine beiden Bewerbungen auf Abteilungsleiterstellen allein wegen seiner Stellung als Betriebsratsmitglied abgelehnt habe, womit er der Sache nach (auch) einen Vergütungsanspruch gemäß § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 78 Satz 2 BetrVG verfolgt. Dieses Rangfolgenverständnis hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt.

## Der Antrag ist in zulässiger Weise auf die Feststellung eines (Teil-)Rechtsverhältnisses gerichtet

b) Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass der Antrag in zulässiger Weise auf die Feststellung eines (Teil-)Rechtsverhältnisses iSd. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet ist. Es besteht auch das erforderliche rechtliche Interesse an seiner alsbaldigen Feststellung, da die Beklagte die Erhöhung der Vergütung des Klägers in der mit dem Antrag beschriebenen Weise verweigert. Dem Feststellungsantrag steht schließlich nicht der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage (vgl. hierzu BAG 23. September 2014 – 9 AZR 827/12 – Rn. 13) entgegen. Auf Klagen, die zukünftige Ansprüche zum Gegenstand haben, ist dieser Grundsatz nicht anwendbar. Gegenüber Klagen nach §§ 257 bis 259 ZPO ist ein Feststellungsantrag nicht subsidiär; die klagende Partei kann vielmehr zwischen einer Feststellungsklage und einer Klage auf zukünftige Leistung wählen (BAG 28. Januar 2020 – 9 AZR 91/19 – Rn. 23 mwN). Der Kläger war nicht gehalten, den Klageantrag für die Zeiten, die während der Prozessdauer abgelaufen sind, auf bezifferte Leistungsanträge umzustellen (vgl. BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 16).

## Die Klage ist unbegründet

2. Die Klage ist unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, dem Kläger eine Vergütung zu zahlen, die – beginnend ab 2019 – jeweils zum 31. Oktober 76,3593% des Durchschnitts der Vergütung der Vergleichsgruppe, bestehend aus den Personen mit der Personalnummer 52773, 30987, 32835, 54752, 54091, 32907, 53506, 33280, 54855 beträgt. Ein solcher Anspruch besteht weder nach § 37 Abs. 4 BetrVG noch folgt er aus § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 78 Satz 2 BetrVG.

## Kein Anspruch aus § 37 Abs. 4 BetrVG

a) Der Kläger kann den geltend gemachten Anspruch nicht auf § 37 Abs. 4 BetrVG stützen.

## Kein geringeres Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung

aa) Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach

Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Diese Vorschrift soll sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden (BAG 14. Oktober 2020 – 7 AZR 286/18 – Rn. 20 [BB 2021, 2680] mwN). § 37 Abs. 4 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied allerdings nicht die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten (BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 – Rn. 15). Die Entgeltentwicklung des Betriebsratsmitglieds darf aber während der Dauer seiner Amtszeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung nicht zurückbleiben (vgl. BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 20 mwN).

### Vergleichbar i.S.v. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG

- 28 (1) Vergleichbar i.S.v. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren (st. Rspr., vgl. BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 21 mwN). Für die Bestimmung des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer ist auch dann der Zeitpunkt der Amtsübernahme maßgeblich, wenn das Betriebsratsmitglied zu einem späteren Zeitpunkt von der beruflichen Tätigkeit freigestellt wird (BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 24 ff.).

### Üblichkeit der Entwicklung

- 29 (2) 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 (BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 22; 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 – Rn. 16). Die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten ist 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. Nicht ausreichend ist es, dass das Betriebsratsmitglied bei der Amtsübernahme in seiner bisherigen beruflichen Entwicklung einem vergleichbaren Arbeitnehmer vollkommen gleichgestanden hat. Eine Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung liegt nicht vor, wenn die Besserstellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuellen, nur auf diese bzw. diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruht (vgl. BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 22 mwN; vgl. zu letzterem Aspekt auch bereits BAG 13. November 1987 – 7 AZR 550/86 – zu III 3 a der Gründe [BB 1988, 765 Ls.]).

### § 37 Abs. 4 BetrVG trägt die erstrebte Verpflichtung der Beklagten nicht

- 30 bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen trägt § 37 Abs. 4 BetrVG die erstrebte Verpflichtung der Beklagten nicht. Dabei kann zunächst offenbleiben, ob es sich bei den im Antrag genannten Arbeitnehmern – sämtlich 2010 als Teamleiter beschäftigt – um „vergleichbare“ i.S.d. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG handelt.

### Als vergleichbare Arbeitnehmer in dem vorliegenden Sachverhalt herangezogen

(1) Unterstellte man zugunsten des Klägers, er hebe mit der streitbefangenen Feststellung zutreffend auf die Arbeitnehmer ab, welche 2010 als Teamleiter tätig waren, könnte er dennoch nicht beanspruchen, dass sich sein Arbeitsentgelt ab 2019 jährlich stichtagsbezogen und dynamisch an deren Vergütung ausrichtet. Schon aufgrund der von ihm begehrten Durchschnittsbetrachtung bewirkte jede Erhöhung des Basisjahresgehalts eines der genannten Arbeitnehmer eine Steigerung seines Arbeitsentgelts. Im Ergebnis wäre die Beklagte selbst dann zu einer Nachzeichnung des Arbeitsentgelts verpflichtet, wenn die (künftige) Erhöhung der Vergütung auch nur einer Vergleichsperson auf Gründen beruht, die keiner betriebsüblichen beruflichen Entwicklung entsprechen, also etwa auf diese persönlich zugeschnitten sind. Damit verkennt der Kläger, dass § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG als Entgeltschutzvorschrift (nur) einen Anspruch auf die Mindestvergütung in Höhe des Arbeitsentgelts (ursprünglich) vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung gewährt. Dem Arbeitgeber ist es untersagt, das Arbeitsentgelt des Betriebsratsmitglieds „geringer“ zu bemessen als das eines vergleichbaren Arbeitnehmers mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Maßstab sind nicht die „an sich“ vergleichbaren Arbeitnehmer, sondern solche „mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung“. In diesem Zusammenhang kann für ein (auch) künftiges Anpassungsverlangen wie das vorliegende nicht allein die berufliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer in der Vergangenheit maßgeblich sein. Anderenfalls bliebe das Merkmal der Betriebsüblichkeit in § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ohne eigenständige Bedeutung (vgl. BAG 17. August 2005 – 7 AZR 528/04 – zu 1 b bb (1) der Gründe). Einen (beschränkenden) Vorbehalt, wonach die genannten Arbeitnehmer nur insoweit für die begehrte Zahlungsverpflichtung relevant sein sollen, wie die Höhe ihres Arbeitsentgelts auf einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung beruht, kann dem Feststellungsbegehren nicht entnommen werden. Er bedingte im Übrigen auch dessen Unbestimmtheit.

### Nicht dargelegt, dass die Entwicklung der Jahresgehälter auf einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung beruht

(2) Des Weiteren hat der Kläger nicht dargetan, dass die Jahresgehälter 32 der Arbeitnehmer der von ihm gebildeten Vergleichsgruppe (sämtlich) auf einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung beruhen.

### Herangezogene Arbeitnehmer der Beklagten

(a) Der Kläger hat vorgebracht, zwei der im Jahr 2010 als Teamleiter be- 33 schäftigten Arbeitnehmer seien im Jahr 2018 als Projektleitung tätig, drei als Teamleitung, drei als Abteilungsleiter und einer als Senior Fachreferent. Damit hat er keine betriebliche Gepflogenheit der beruflichen Entwicklung von Teamleitern – und vor allem keine zum Projekt- und Abteilungsleiter sowie zum Senior Fachreferent – aufgezeigt. Er hat insoweit auch nicht behauptet, dass die Projekt- und Abteilungsleitungstätigkeiten sowie die Stellung eines Senior Fachreferenten gleichwertig sind, sondern – im Gegenteil – auf deren Entgelte in unterschiedlicher Höhe verwiesen. Nach seinen eigenen Angaben erzielten im Jahr 2018 die beiden Arbeitnehmer mit den Personalnummern 52773 und 32835 als Projektleiter ein Jahresgehalt i.Hv. 91.150,00 Euro und 95.788,00 Euro, während die Arbeitnehmer mit den Personalnummern 32907, 33280 und 54855 als Abteilungsleiter Jahresgehälter i.Hv. 115.000,00 Euro, 104.500,00 Euro und 106.500,00 Euro bezogen. Insgesamt ist keine berufliche Entwicklung da-

hingehend ersichtlich, dass Teamleiter regelhaft oder typischerweise im Betrieb der Beklagten später eine Position als Projektleiter, als Abteilungsleiter oder als Senior Fachreferent erlangen.

### **Anspruch kann nicht mit den Maßgaben der Senatsrechtsprechung zu unterschiedlichen Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe begründet werden**

- 34 (b) Die beanspruchte Verpflichtung zur Zahlung der durchschnittlichen Gehaltssteigerung der benannten Arbeitnehmer vermag nicht mit den Maßgaben der Senatsrechtsprechung zu unterschiedlichen Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe begründet zu werden. Nach diesen kommt es hinsichtlich der anzupassenden Vergütungshöhe darauf an, in welchem Umfang die Gehälter der Mehrzahl der der Vergleichsgruppe angehörenden Arbeitnehmer angehoben worden sind. 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 (vgl. BAG 21. Februar 2018 – 7 AZR 587/16 – Rn. 27; 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16 – Rn. 29). Das setzt aber (zunächst) voraus, dass die Vergleichspersonen einschließlich einer Betriebsüblichkeit deren beruflicher Entwicklung „an sich“ feststehen (vgl. dazu BAG 21. Februar 2018 – 7 AZR 587/16 – Rn. 19; 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16 – Rn. 20f.); selbst bei der Vergleichbarkeit des Amtsträgers mit nur einem Arbeitnehmer kann hierauf nicht verzichtet werden (vgl. BAG 17. August 2005 – 7 AZR 528/04 – zu 1 b bb (1) der Gründe; 13. November 1987 – 7 AZR 550/86 – zu IV der Gründe [BB 1988, 765 Ls.]). Der Kläger verkennt, dass die Durchschnittsbetrachtung bei einer sehr kleinen Vergleichsgruppe die Höhe der Entgeltanpassung betrifft und keine aus ihr zu schließende quantifizierbare Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung von Arbeitnehmern, die im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben und dafür in ähnlicher Art und Weise fachlich und persönlich qualifiziert waren (vgl. im Einzelnen auch ausf. BAG 19. Januar 2005 – 7 AZR 208/04 – zu II der Gründe).

### **Die von dem Kläger in die Berechnung eingestellten Arbeitnehmer bilden nicht die zutreffende Vergleichsgruppe i.S.d. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG**

- 35 cc) Ungeachtet dessen hat der Kläger keinen Anspruch auf die verlangte Feststellung der Zahlungsverpflichtung, weil die in deren Berechnung eingestellten Arbeitnehmer – welche im Zeitpunkt seiner Amtsübernahme ebenso wie er als Teamleiter tätig waren – nicht die zutreffende Vergleichsgruppe i.S.d. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG bilden. Dem steht seine mit der Beklagten am 26. Oktober 2012 getroffene Vereinbarung entgegen, wonach er ab dem 1. November 2012 nicht mehr als Teamleiter, sondern als Techniker eingesetzt wird und sich seine Vergütung entsprechend geringer bemisst.

### **Orientierung an dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung**

- 36 (1) Der Kläger verweist zwar zutreffend – auch unter Heranziehung des tätigkeitsbezogenen Sicherungsanspruchs von § 37 Abs. 5 BetrVG – darauf, dass sich das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern nach § 37 Abs. 4 BetrVG an dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit be-

triebsüblicher beruflicher Entwicklung zu orientieren hat. Maßgebender Zeitpunkt für den Vergleich ist zunächst der Zeitpunkt der Wahl des Betriebsratsmitglieds, also der Zeitpunkt, in dem sich dieses noch ausschließlich seiner beruflichen Tätigkeit gewidmet hat (vgl. BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 208/04 – Rn. 20f. mwN; ebenso zB DKW/Wedde 18. Aufl. § 37 Rn. 88; Weber GK-BetrVG 12. Aufl. § 37 Rn. 144 und 146; Fitting 31. Aufl. § 37 Rn. 119; Richardi/Thüsing BetrVG 17. Aufl. § 37 Rn. 71), sowie bei Ersatzmitgliedern des Betriebsrats der Zeitpunkt ihres Nachrückens in den Betriebsrat (BAG 15. Januar 1992 – 7 AZR 194/91 – zu II 1a der Gründe). Das gilt auch für freigestellte Betriebsratsmitglieder (vgl. BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 24f.).

### **Sicherstellung, dass keine wirtschaftlichen (oder beruflichen) Nachteile eintreten**

(2) Allerdings vernachlässigt der Kläger, dass mit dem Entgeltschutz nach § 37 Abs. 4 BetrVG (ebenso wie mit dem Tätigkeitsschutz nach § 37 Abs. 5 BetrVG) sichergestellt sein soll, dass Mitglieder des Betriebsrats gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit üblicher beruflicher Entwicklung keine wirtschaftlichen (oder beruflichen) Nachteile erleiden. Weil das Betriebsratsmitglied wegen der Übernahme des Amts nicht oder nicht in gleichem Umfang in den Arbeitsprozess eingegliedert ist (Richardi/Thüsing BetrVG 17. Aufl. § 37 Rn. 69), soll sein Arbeitsentgelt (seine Tätigkeit) grundsätzlich demjenigen (derjenigen) entsprechen, das es verdient haben (der er nachgehen) würde, wenn es das Betriebsratsamt nicht übernommen und deshalb eine bessere berufliche Entwicklung genommen hätte. Vor dem Hintergrund dieses Schutzzwecks ist nach der Regelungskonzeption von § 37 Abs. 4 und Abs. 5 BetrVG im Sinn eines Mindestschutzes keine Annahme über die individuelle berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds anzustellen, sondern bei der Bemessung des Arbeitsentgelts (bei der Zuweisung einer beruflichen Tätigkeit) das Arbeitsentgelt (die Tätigkeit) vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung heranzuziehen. Maßgeblich ist also schutzzweckbezogen nicht die hypothetische Entwicklung des Betriebsratsmitglieds selbst, sondern die betriebliche Weiterentwicklung, die ein vergleichbarer Arbeitnehmer nach den betriebsüblichen Umständen durchläuft.

### **Schutzzweck greift nicht, wenn das Betriebsratsmitglied mit dem Arbeitgeber dauerhaft eine andere, gegenüber der Tätigkeit bei seiner Amtsaufnahme geringerwertige Tätigkeit und Vergütung vereinbart**

(3) Dieser Schutzzweck greift grundsätzlich nicht, wenn das Betriebsratsmitglied mit dem Arbeitgeber dauerhaft eine andere, gegenüber der Tätigkeit bei seiner Amtsaufnahme geringerwertige Tätigkeit vereinbart und sich die Arbeitsvertragsparteien zugleich entsprechend dem im Betrieb zur Anwendung kommenden Vergütungssystem auf eine dieser Tätigkeit entsprechende, niedrigere Vergütung verständigen. Weder statuiert § 37 Abs. 4 BetrVG eine dahingehende prinzipielle „vertragliche Veränderungssperre“ noch ist in solch einem Fall der vom Betriebsratsmitglied erlittene „Nachteil“ typischerweise betriebsratsamtsbedingt. Dem steht nicht entgegen, dass § 37 Abs. 4 (und Abs. 5) BetrVG als Ausprägung des Benachteiligungsverbots des § 78 Satz 2 BetrVG und wesentlicher Teil des Regelungskomplexes in § 37 BetrVG zwingend ist (vgl. BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 – Rn. 22). Es geht in solch einer Konstellation nicht darum, dass die Arbeitsvertragsparteien die Rechtsfolgen des Anspruchs nach § 37 Abs. 4 (oder Abs. 5) BetrVG abbedingen, sondern dass sich die dem Anspruch zugrundeliegenden Tatsachen ändern. Als Ausprägung und Konkretisierung von § 78 Satz 2 BetrVG schützt § 37

Abs. 4 (ebenso wie Abs. 5) BetrVG das Betriebsratsmitglied vor Benachteiligungen; seine Maßgaben dürfen aber nicht ihrerseits zu einer über die konzeptionelle Normausgestaltung hinausgehenden Besserstellung des Betriebsratsmitglieds führen. Um eine solche handelte es sich aber, wenn ein (und sei es noch) nicht gemäß § 38 BetrVG von der beruflichen Tätigkeit freigestelltes Betriebsratsmitglied, das nach der Amtsübernahme mit dem Arbeitgeber eine geringerwertigere Tätigkeit und ein entsprechend abgesenktes Entgelt vereinbart, allein aufgrund seiner Stellung als Betriebsratsmitglied Anspruch auf eine Vergütung (und Vergütungsanpassung) entsprechend der ursprünglich vereinbarten höherwertigen Tätigkeit hätte.

### Vorliegend die Vergleichsgruppe der Teamleiter

39 (4) In diesem Sinn hat sich der Kläger aufgrund seiner Vereinbarung mit der Beklagten vom 26. Oktober 2012 der Vergleichsgruppe der Teamleiter begeben. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass hierin eine unzulässige Benachteiligung des Klägers als Betriebsratsmitglied iSd. § 78 Satz 2 BetrVG liegt. Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt werden. Eine Benachteiligung in diesem Sinn ist jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht (st. Rspr., vgl. BAG 18. Mai 2016 – 7 AZR 401/14 – Rn. 21 mwN). Daher kann sich etwa im Fall einer wegen der Betriebsratstätigkeit notwendigen Versetzung des Betriebsratsmitglieds sein Arbeitsentgelt gleichwohl nach dem Arbeitsentgelt der nach seinem bisherigen Arbeitsplatz vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung bemessen (vgl. Richardi/Thüsing BetrVG 17. Aufl. § 37 Rn. 77). Vorliegend beruht die Entkoppelung des Arbeitsentgelts des Klägers von der Vergütung der im Zeitpunkt seiner Amtsübernahme 2010 als Teamleiter beschäftigten Arbeitnehmer aber nicht auf seinem Betriebsratsamt, sondern auf der von ihm vereinbarten Ausübung der geringerwertigen Tätigkeit als Techniker und der entsprechend niedrigeren Vergütung. Es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit diese Vereinbarung zwingend erforderlich gewesen sein soll, damit dem zu dieser Zeit noch nicht als Betriebsratsmitglied freigestellten Kläger die Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben überhaupt möglich war. Der Kläger argumentiert insofern zwar mit einer grundsätzlich bestehenden zeitlichen Unvereinbarkeit der Tätigkeit als Teamleiter mit dem Betriebsratsamt, welche sich (auch) bei ihm in der Menge angefallener Mehrarbeitsstunden geäußert habe. Ohne revisiblen Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht diesbezüglich aber auf § 37 Abs. 2 BetrVG verwiesen. Danach sind Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Nach Sinn und Zweck der Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG können auch andere, die vertragliche Arbeitsleistung des Betriebsratsmitglieds betreffende Maßnahmen geboten sein, wenn nur so eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben sichergestellt werden kann. So kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, bereits bei der Zuteilung des Arbeitspensums auf die Inanspruchnahme des Betriebsratsmitglieds durch Betriebsratstätigkeit während der Arbeitszeit angemessen Rücksicht zu nehmen. Ggf. ist ein Betriebsratsmitglied von einer ganz bestimmten Arbeit unter Beschäftigung mit einer anderen Arbeit freizustellen, wenn gerade die Arbeit, die es nach seinem Arbeitsvertrag leisten müsste, dazu führen würde, dass es seine Betriebsratsaufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllen könnte, während eine andere Arbeit der Erledigung dieser Aufgaben nicht hindernd im Wege stünde

(vgl. zu all dem BAG 27. Juni 1990 – 7 ABR 43/89 – zu II 2 der Gründe, BAGE 65, 230 [BB 1991, 759]). Der Kläger hat weder aufgezeigt, warum nicht auch eine Freistellung von seiner beruflichen Tätigkeit als Teamleiter iSd. § 37 Abs. 2 BetrVG zu einem Abbau der Mehrarbeitsstunden hätte führen können, noch ist erkennbar, warum sich die Änderungsvereinbarung nicht auf die Zuweisung einer anderen Tätigkeit beschränkte, sondern – zudem dauerhaft und nicht auf seine Mitgliedschaft im Betriebsrat beschränkt – auch die Absenkung seiner Vergütung betrifft.

### Auch unbegründet, soweit der Kläger die Klage auf Stellen als Abteilungsleiter bezieht

b) Die Klage ist des Weiteren unbegründet, soweit der Kläger sie wegen 40 der Erfolglosigkeit seiner Bewerbungen im Juli 2016 und im März 2018 auf Stellen als Abteilungsleiter auf § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 78 Satz 2 BetrVG stützt.

### Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Zahlung einer höheren Vergütung kann auch aus § 78 S. 2 BetrVG folgen

aa) Zwar kann ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Zahlung einer 41 höheren Vergütung auch aus § 78 Satz 2 BetrVG folgen. § 37 Abs. 4 BetrVG ist keine abschließende Regelung über die Höhe des Arbeitsentgelts eines Betriebsratsmitglieds. Mit dieser Vorschrift ist lediglich die Durchsetzung des Benachteiligungsverbots durch einfacher nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen erleichtert; daneben kann aber ein unmittelbarer Anspruch auf eine bestimmte Vergütung aus § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 78 Satz 2 BetrVG bestehen, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellt. § 78 Satz 2 BetrVG enthält ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, das Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Entwicklung zu benachteiligen. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsratsmitglied daher eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die es ohne seine Amtstätigkeit durchlaufen hätte. Von dem Benachteiligungsverbot wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt erfasst (zu all dem BAG 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 29).

### Der vom Kläger vorgebrachte Sachverhalt ist jedoch nicht geeignet, die von seinem Feststellungsantrag umfasste Rechtsfolge auszulösen

bb) Jedoch ist der vom Kläger vorgebrachte Sachverhalt von vornherein 42 nicht geeignet, die von seinem Feststellungsantrag umfasste Rechtsfolge auszulösen. Sein Begehren richtet sich nicht auf eine Vergütung, die der eines Abteilungsleiters (oder dem Durchschnitt der drei im Klageantrag benannten Arbeitnehmer, die diese Position als vormalige Teamleiter nunmehr innehaben) entspricht. Das angebrachte Rechtsschutzziel umfasst vielmehr eine Entgeltanpassung auch unter Berücksichtigung der Vergütung der im Klageantrag bezeichneten Teamleiter, der in der Projektleitung Beschäftigten und des Senior Fachreferenten. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob die Nichtberücksichtigung der Bewerbungen des Klägers um die Position eines Abteilungsleiters auf seinem Betriebsratsamt beruhte.

### Kostenentscheidung

III. Nach § 97 Abs. 1 ZPO hat der Kläger die Kosten seiner erfolglosen Re- 43 vision zu tragen.

## BB-Kommentar

### Zur Vergütung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds

#### PROBLEM

Das BAG hatte mit Urteil vom 23.11.2022 (7 AZR 122/22) über den Anspruch eines freigestellten Betriebsratsmitglieds auf Feststellung einer Vergütungserhöhung zu entscheiden. Das BAG festigt in dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zu § 37 Abs. 4 BetrVG. Für die Vergleichsgruppenbildung kommt es auf den Zeitpunkt des Amtsantritts an. Der vorliegende Fall bekommt seine Besonderheit durch die eher ungewöhnliche Konstellation einer nach Amtsantritt erfolgten einvernehmlichen Vertragsänderung zu einer geringer wertigen Tätigkeit mit geringerer Vergütung. Der Kläger war seit dem Jahr 2010 Betriebsratsmitglied bei der Beklagten. Er war seit 2007 als Teamleiter tätig. Im März 2012 bewarb sich der Kläger erfolglos auf eine andere Teamleiterstelle. Im Oktober 2012 vereinbarten die Parteien, dass der Kläger ab November 2012 die Funktion als Teamleiter abgeben und in der geringwertigeren und niedriger vergüteten Position eines Technikers eingesetzt werden sollte. Seit 2014 war der Kläger für die Betriebsratsarbeit freigestellt. In 2016 und 2018 bewarb er sich ohne Erfolg auf Abteilungsleiterstellen. Im April 2019 verlangte er von der Beklagten die Anpassung seines Entgelts an die durchschnittliche Vergütungsentwicklung von Teamleitern seit 2010. Der Kläger hat vor Gericht die Auffassung vertreten, dass ihm eine Entgelterhöhung in Höhe der durchschnittlichen Vergütungsentwicklung der neun vergleichbaren Teamleiter zustehe. Diese bildeten die zutreffende Vergleichsgruppe, denn auch er sei vor Übernahme seines Betriebsratsamtes in der Teamleitung beschäftigt gewesen. Die benannten Teamleiter verfügten über im Wesentlichen gleiche fachliche und persönliche Qualifikationen wie der Kläger. Sein Jahreseinkommen vor Antritt seines Betriebsratsamtes habe ca. 76% des Durchschnitts dieser Vergleichsgruppe betragen. Die Teamleitung habe er damals allein aufgrund seiner Betriebsrats Tätigkeit aufgegeben. Die Beklagte wies die benannte Vergleichsgruppe als fehlerhaft zurück. Der Kläger sei nicht mit Teamleitern, sondern aufgrund der einvernehmlichen Tätigkeitsänderung mit Technikern zu vergleichen. Eine Entwicklung vom Techniker zum Teamleiter oder Abteilungsleiter sei nicht betriebsüblich. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht wiesen den Feststellungsantrag ab.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Die Revision des Klägers beim BAG blieb erfolglos. Nach Auffassung des BAG ergibt sich der Anspruch des Klägers weder aus § 37 IV BetrVG noch aus § 611a II BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG. Für § 37 IV BetrVG komme es auf die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer an. Mit der Vorschrift solle sichergestellt werden, dass Betriebsratsmitglieder weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden. Der Kläger verkenne vorliegend, dass § 37 IV BetrVG lediglich einen Anspruch auf die Mindestvergütung in Höhe des Arbeitsentgelts vergleichbarer Arbeitnehmer gewähre, nicht aber einen Anspruch auf Vergütung entsprechend einer Durchschnittsbetrachtung. Diese änderte sich nämlich sofort, wenn nur

einer der vergleichbaren Arbeitnehmer ein höheres Gehalt erhalte – gleich aus welchem Grund. Das BAG setzt die bisherige Linie in der Rechtsprechung fort und stellt auf die Entwicklung der Gehälter der Mehrzahl der Arbeitnehmer in der Vergleichsgruppe ab. Nur ausnahmsweise bei sehr kleinen Vergleichsgruppen sei die durchschnittlich gewährte Entgelterhöhung maßgeblich. Im Übrigen komme im entschiedenen Fall die Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien vor der Freistellung des Klägers zum Tragen, wonach der Kläger nicht mehr als Teamleiter, sondern als Techniker mit entsprechend niedrigerer tariflicher Vergütung eingesetzt wurde. Eine solche Vereinbarung sei vor dem Schutzzweck des § 37 IV BetrVG zulässig, da sich daraus keine „vertragliche Veränderungssperre“ ergebe. Die Vertragsparteien änderten mit der Vereinbarung nicht die Rechtsfolgen, sondern lediglich die Tatsachengrundlage. Weiter sei eine unzulässige Benachteiligung des Betriebsrats im Sinne des § 78 S. 2 BetrVG in der Vereinbarung nicht zu sehen. Es würde im Gegenteil zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds führen, würde dieses trotz der vereinbarten geringeren Vergütung aufgrund der Stellung als Betriebsrat und der Anwendung der Grundsätze des § 37 IV BetrVG im Ergebnis eine höhere Vergütung als die vertraglich vereinbarte erhalten. Auch bei einer späteren Freistellung komme es für die maßgebliche Vergleichsgruppenbildung auf den Zeitpunkt des Amtsantritts an. Aufgrund der getroffenen Vereinbarung habe sich der Kläger der Vergleichsgruppe der Teamleiter beigegeben. Die Grundsätze des § 37 IV BetrVG könnten in diesem Fall nicht mehr angewendet werden.

#### PRAXISFOLGEN

Die Entscheidung kommt zu einem Zeitpunkt, in der in vielen Unternehmen die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ohnehin auf dem Prüfstand steht oder stehen sollte. Nach der BGH Entscheidung zur Frage der Untreue-Strafbarkeit ehemaliger Volkswagen Manager im Zusammenhang mit der Erhöhung von Betriebsratsgehältern (6 StR 133/22) sieht sich jede Geschäftsführung dem Vorwurf der Untreue ausgesetzt, sollte die (hypothetische) Karriereentwicklung eines Betriebsrats großzügiger gehandhabt werden als im Betrieb üblich. Das BAG festigt in der vorliegenden Entscheidung die maßgeblichen Grundsätze zur Betriebsratsvergütung auf Basis des § 37 IV BetrVG. So kommt es für die Vergleichsgruppenbildung auf den Zeitpunkt der Amtsübernahme des Betriebsrats an, auch wenn eine spätere Freistellung erfolgt. Durch einvernehmliche Änderung der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit zu einer geringer vergüteten Position kann die Anwendung von § 37 IV BetrVG hingegen gänzlich ausgeschlossen werden. Ob diese Konstellation in der Praxis jedoch häufig vorkommen wird, darf bezweifelt werden.

**Dr. Johanna Gerstung**, RAin/FAinArbR, ist Senior Associate im Employment Team von Allen & Overy LLP. Sie berät nationale und internationale Unternehmen in allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts. Zu ihren Tätigkeitsschwerpunkten zählt die Ausgestaltung und Beendigung von Arbeits- und Dienstverhältnissen sowie die Beratung von Unternehmen der Finanzbranche einschließlich der Prozessführung in arbeitsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten.

