

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Urteil vom 21. Februar 2018  
- 7 AZR 496/16 -  
ECLI:DE:BAG:2018:210218.U.7AZR496.16.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 25. Juni 2015  
- 7 Ca 7700/14 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 18. März 2016  
- 10 Sa 929/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsratsmitglied - Vergütungsanpassung

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer teilweisen Parallelsache

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 496/16  
10 Sa 929/15  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
21. Februar 2018

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Revisionskläger und Revisionsbeklagter,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Februar 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Deinert und Meißner für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des  
Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. März 2016

- 10 Sa 929/15 - teilweise aufgehoben, soweit es der Feststellungsklage in Höhe von Euro 83,75 stattgegeben hat.

Auf die Revision des Klägers wird das genannte Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf teilweise aufgehoben, soweit es die Feststellungsklage in Höhe von weiteren Euro 149,15 abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionen - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche. 1

Der Kläger ist seit Oktober 1995 bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin beschäftigt. Seit März 2002 gehört er dem in deren Betrieb gebildeten Betriebsrat als ordentliches Mitglied an. Zuvor hatte er erstmals am 4. Juli 2000 und sodann in regelmäßiger Folge als Ersatzmitglied für verhinderte Betriebsratsmitglieder an Sitzungen des Betriebsrats teilgenommen. 2

Bis zum Jahr 2014 wurde das Gehalt von Betriebsratsmitgliedern von der Beklagten nach § 37 Abs. 4 BetrVG jährlich an den Durchschnittswert der Gehaltssteigerungen von drei einvernehmlich bestimmten Vergleichspersonen angepasst. Dieses Verfahren änderte die Beklagte im Jahr 2014 dergestalt, dass eine Anpassung des Gehalts des Betriebsratsmitglieds nur erfolgt, wenn die Mehrzahl der Vergleichspersonen eine Gehaltssteigerung erhält. Bei einer der Höhe nach unterschiedlichen Gehaltssteigerung der Mehrheit der Vergleichspersonen erfolgt nunmehr die Anpassung in Höhe des Durchschnittswerts der begünstigten Vergleichspersonen. 3

Zur Ermittlung des Anpassungsbedarfs beim Arbeitsentgelt des Klägers wurden von den Parteien als Vergleichspersonen einvernehmlich J, P und R bestimmt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 5. März 2015 haben die Parteien übereinstimmend zu Protokoll erklärt, dass diese Personen im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts durch den Kläger ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie dieser ausführten und dafür in gleicher Weise wie er fachlich und persönlich qualifiziert waren. Ferner haben die Parteien übereinstimmend erklärt, dass diese Arbeitnehmer bei objektiv vergleichbarer Tätigkeit mit vergleichbarer fachlicher und persönlicher Qualifikation bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und persönlichen Entwicklung in beruflicher Hinsicht eine betriebsübliche Entwicklung genommen haben. 4

Die drei Vergleichspersonen bezogen - wie zuletzt auch der Kläger - am 1. Januar 2014 ein übertarifliches Gehalt. Herr J und Herr P erhielten bereits im Juli 2000 eine übertarifliche Vergütung. Herr R wurde zu diesem Zeitpunkt - ebenso wie der Kläger - noch tariflich nach der höchsten Tarifgruppe VIII vergütet. Herr R und der Kläger rückten zu späteren Zeitpunkten in den außertariflichen Bereich (sog. OT-Bereich) auf. Den Vergleichspersonen und dem Kläger wurden in der Zeit zwischen Juli 2000 und dem 1. Januar 2014 regelmäßig anlässlich von Tarifierhöhungen Gehaltssteigerungen gewährt, daneben erfolgten auch unregelmäßige individuelle Gehaltserhöhungen. 5

Der Kläger hat im Berufungsverfahren zuletzt die Erhöhung seiner Vergütung ab dem 1. Januar 2014 um 353,69 Euro brutto monatlich geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, die von der Beklagten zuletzt geübte Praxis entspreche nicht den Vorgaben des § 37 Abs. 4 BetrVG. Da die Vergleichsgruppe nur aus drei Personen bestehe, müsse die durchschnittliche Gehaltsentwicklung aller drei Personen im gesamten Zeitraum seiner Betriebsratstätigkeit ab Juli 2000 bis zum 1. Januar 2014 an ihn weitergegeben werden. Die durchschnittliche Gehaltssteigerung bei den drei Vergleichspersonen in der Zeit von Juli 2000 bis Januar 2014 betrage - unter Berücksichtigung der anlässlich von Tarifsteigerungen und außerhalb der Tarifrunden gewährten Vergü- 6

tungssteigerungen - 1.714,78 Euro. Dahinter bleibe die ihm in dieser Zeit gewährte Erhöhung von 1.361,09 Euro um 353,69 Euro zurück.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

7

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, seine monatliche Vergütung rückwirkend ab dem 1. Januar 2014 um 353,69 Euro brutto zu erhöhen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat den Standpunkt eingenommen, zur Berechnung der Anpassung der Vergütung des Klägers nach § 37 Abs. 4 BetrVG sei nicht auf die durchschnittliche Vergütungserhöhung der Vergleichspersonen im gesamten Zeitraum der Mandatstätigkeit abzustellen. Vielmehr seien die den vergleichbaren Arbeitnehmern gewährten Gehaltserhöhungen nur dann an das Betriebsratsmitglied weiterzugeben, wenn der Mehrheit der Vergleichspersonen in einem Jahr eine Erhöhung gewährt worden sei. Allerdings sei in regelmäßigen Abständen eine „normative Ergebniskontrolle“ erforderlich, um zu verhindern, dass das Betriebsratsmitglied stets leer ausgehe, wenn in mehreren aufeinanderfolgenden Jahren jeweils eine andere Vergleichsperson im Rotationsprinzip eine Gehaltserhöhung erhalte. Die Zeit bis März 2002, bevor der Kläger ordentliches Betriebsratsmitglied geworden sei, könne ohnehin nicht in die Vergleichsbetrachtung einbezogen werden. Vorsorglich hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben und sich auf Verwirkung berufen.

8

Das Arbeitsgericht hat die erstinstanzlich noch auf eine Erhöhung der monatlichen Vergütung des Klägers ab dem 1. Januar 2014 um 33,33 Euro brutto gerichtete Feststellungsklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger rückwirkend ab dem 1. Januar 2014 eine um 83,75 Euro brutto erhöhte Vergütung zu zahlen; im Übrigen hat es die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Der Kläger begehrt mit seiner Revision - zusätzlich zu der vom Landesarbeitsgericht zuerkannten - lediglich noch eine weitere monatliche Vergütungserhöhung iHv. 149,15 Euro. Die Beklagte begehrt mit ihrer Revision die

9

vollständige Abweisung der Klage. Beide Parteien beantragen, die Revision der Gegenseite zurückzuweisen.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revisionen beider Parteien sind begründet und führen jeweils zur teilweisen Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, soweit das Landesarbeitsgericht der Klage in Höhe von 83,75 Euro brutto stattgegeben und sie in Höhe von weiteren 149,15 Euro brutto abgewiesen hat. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe Anspruch auf eine Vergütungserhöhung in Höhe von 83,75 Euro brutto monatlich ab dem 1. Januar 2014, ihm stehe aber keine weitere Erhöhung von 149,15 Euro brutto monatlich zu, hält mit der gegebenen Begründung einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob die Klage in dem noch anhängigen Umfang einer Vergütungserhöhung von insgesamt 232,90 Euro brutto monatlich ab dem 1. Januar 2014 begründet ist. 10

I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass die auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Erhöhung der Vergütung ab dem 1. Januar 2014 gerichtete Klage zulässig ist. 11

1. Der Klageantrag ist dahin zu verstehen, dass der Kläger die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten begehrt, das am 1. Januar 2014 von ihr gewährte Monatsgehalt zu diesem Zeitpunkt um 232,90 Euro brutto zu erhöhen. Dem Kläger geht es in dem vorliegenden Rechtsstreit nur um den Umfang des Erhöhungsanspruchs zum 1. Januar 2014, nicht aber um spätere etwaige weitere Erhöhungsverpflichtungen aufgrund der weiteren Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen. 12

2. Mit diesem Inhalt ist der Antrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Antrag ist auch auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses iSd. § 256 ZPO gerichtet. Zwar können nach dieser Vorschrift nur Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht hingegen bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses. Eine Feststellungsklage muss sich allerdings nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken. Sie kann sich vielmehr auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen sowie auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (*vgl. BAG 17. April 2012 - 3 AZR 481/10 - Rn. 16*). Vorliegend geht es um die Frage, ob und ggf. in welcher Höhe der Kläger einen Anspruch auf Anhebung seiner Vergütung zum 1. Januar 2014 aufgrund einer zum 1. Januar 2014 nach § 37 Abs. 4 BetrVG bestehenden Anpassungspflicht hatte und damit um die Klärung des Umfangs der Leistungspflicht der Beklagten. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Die Beklagte stellt eine Verpflichtung zur Vergütungserhöhung in Abrede. Der Vorrang der Leistungsklage greift nicht, da die begehrte Feststellung geeignet ist, den Streit der Parteien über die Durchführung und Berechnung der Gehaltsanpassung nach § 37 Abs. 4 BetrVG endgültig beizulegen (*vgl. zum Feststellungsinteresse: BAG 12. Februar 2013 - 3 AZR 100/11 - Rn. 13, BAGE 144, 231; 17. April 2012 - 3 AZR 481/10 - Rn. 17; 15. November 2011 - 3 AZR 113/10 - Rn. 18*). 13
- II. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte sei nach § 37 Abs. 4 BetrVG verpflichtet, die Vergütung des Klägers ab dem 1. Januar 2014 um 83,75 Euro brutto zu erhöhen, hält mit der gegebenen Begründung einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 14
1. 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. 15
- a) § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG soll sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber ver- 16

gleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden (*BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 15; 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 30; 16. Januar 2008 - 7 AZR 887/06 - Rn. 15; 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu I 2 a der Gründe*). § 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 Betriebsrats Tätigkeit zu schützen, kommt es vielmehr darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Amtszeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist (*BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - aaO; 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - aaO*).

b) Vergleichbar iSv. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren (*vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 16; 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu II 1 der Gründe; 15. Januar 1992 - 7 AZR 194/91 - zu II 1 a der Gründe; 11. Dezember 1991 - 7 AZR 75/91 - zu II der Gründe*). Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben (*BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - aaO*).

17

c) Das Betriebsratsmitglied hat 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 (*BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 17*). 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

18



werden. Handelt es sich um eine sehr kleine Vergleichsgruppe und lässt sich deshalb nicht feststellen, dass die Gehälter der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer in gleichem Umfang erhöht wurden, kann für den Gehaltsanpassungsanspruch des Betriebsratsmitglieds der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Gehaltserhöhungen maßgebend sein, wenn nur auf diese Weise eine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden kann (*BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - aaO; 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu I 2 a der Gründe*). Vergütungserhöhungen, auf die das Betriebsratsmitglied vor seiner Amtsübernahme keinen Anspruch hatte oder, wenn es arbeitete, nicht hätte, haben bei der Bemessung seines Arbeitsentgelts nach der Wahl zum Betriebsratsmitglied außer Betracht zu bleiben. Anderenfalls erhielte das freigestellte Betriebsratsmitglied unter Umständen einen mit § 78 Satz 2 BetrVG nicht zu vereinbarenden Vorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern (*vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 25; 17. Mai 1977 - 1 AZR 458/74 - zu 2 der Gründe*).

2. Danach hat das Landesarbeitsgericht mit einer rechtsfehlerhaften Begründung angenommen, die monatliche Vergütung des Klägers sei ab dem 1. Januar 2014 um 83,75 Euro brutto anzuheben. 19

a) Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Gehaltsentwicklung des Klägers habe sich an der Gehaltsentwicklung der einvernehmlich als Vergleichspersonen bestimmten J, P und R zu orientieren. 20

Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass J, P und R im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts durch den Kläger ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie der Kläger ausübt haben und dafür in gleicher Weise wie der Kläger fachlich und persönlich qualifiziert waren. Weiter hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass diese Arbeitnehmer bei objektiv vergleichbarer Tätigkeit mit vergleichbarer fachlicher und persönlicher Qualifikation bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht eine betriebsübliche Entwicklung genommen haben. 21

Diese Feststellungen des Landesarbeitsgerichts beruhen auf dem übereinstimmenden entsprechenden Vortrag der Parteien, die die Vergleichbarkeit der drei genannten Arbeitnehmer in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht mit den entsprechenden Protokollerklärungen unstreitig gestellt haben.

b) Das Landesarbeitsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass für die Ermittlung des Anpassungsanspruchs des Klägers nach § 37 Abs. 4 BetrVG auf die Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen im Zeitraum von der erstmaligen Heranziehung des Klägers als Ersatzmitglied am 4. Juli 2000 bis zum geltend gemachten Anpassungszeitpunkt am 1. Januar 2014 abzustellen ist. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist nicht erst der Zeitraum ab dem Beginn der Vollmitgliedschaft des Klägers im Betriebsrat im März 2002 in die Betrachtung der Gehaltsentwicklung einzubeziehen. 22

aa) Der Schutz vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit nach § 37 Abs. 4 BetrVG steht einem Betriebsratsmitglied für die Dauer seiner Mitgliedschaft im Betriebsrat und einen Zeitraum von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit zu. Deshalb kommt es darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der gesamten Dauer seiner Amtsausübung in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist (*vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 15; 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu I 2 a der Gründe; 17. Mai 1977 - 1 AZR 458/74 - zu 3 der Gründe*). Für Ersatzmitglieder ist dabei grundsätzlich der Zeitraum ab dem erstmaligen Nachrücken in den Betriebsrat maßgeblich (*BAG 15. Januar 1992 - 7 AZR 194/91 - zu II 1 a der Gründe*). Soweit das Ersatzmitglied nicht endgültig für ein dauerhaft verhandeltes Betriebsratsmitglied nachrückt, sondern zeitweise verhandeltes Betriebsratsmitglieder vertritt, ist jedenfalls dann auf die durchgehende Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen im gesamten Zeitraum ab dem erstmaligen Nachrücken des Ersatzmitglieds abzustellen, wenn nach Beendigung des jeweiligen Verhandelnsfalls unter Einbeziehung des nachwirkenden einjährigen Schutzes nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ein durchgehender Schutzzeitraum bestand. 23

bb) Danach hat das Landesarbeitsgericht zur Ermittlung des Gehaltsanpassungsanspruchs des Klägers zu Recht auf die Gehaltsentwicklung der Vergleichspersonen im Zeitraum vom 4. Juli 2000 bis zum geltend gemachten Anpassungszeitpunkt am 1. Januar 2014 abgestellt. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass der Kläger als Ersatzmitglied erstmals am 4. Juli 2000 und sodann in regelmäßiger Folge an Sitzungen des Betriebsrats teilnahm und dem Gremium seit März 2002 als ordentliches Mitglied angehört. Aus den vom Kläger vorgelegten und von der Beklagten nicht bestrittenen Protokollen über die vor März 2002 stattgefundenen Betriebsratssitzungen ergibt sich, dass seit seinem ersten Einsatz als Ersatzmitglied am 4. Juli 2000 bis zur Wahl des Klägers zum Betriebsratsmitglied im März 2002 kein Zeitraum vorlag, in dem der Kläger nicht jedenfalls unter den einjährigen nachwirkenden Schutz nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG fiel. 24

c) Das Landesarbeitsgericht hat allerdings die nach § 37 Abs. 4 BetrVG erforderliche Vergleichsberechnung im Zeitraum von Juli 2000 bis zum 1. Januar 2014 nicht zutreffend vorgenommen und ist daher mit einer rechtsfehlerhaften Begründung zu dem Ergebnis gelangt, dem Kläger stehe ab 1. Januar 2014 eine um 83,75 Euro brutto erhöhte Vergütung zu. 25

aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, nach § 37 Abs. 4 BetrVG sei maßgeblich, ob die Gehaltsentwicklung des Klägers während seiner Amtszeit von Juli 2000 bis zum 1. Januar 2014 in Relation zu derjenigen der Vergleichspersonen zurückgeblieben sei. Dabei hat es ermittelt, in welchem prozentualen Verhältnis die Vergütung des Klägers im Juli 2000 zur Durchschnittsvergütung der drei Vergleichspersonen stand und angenommen, der Kläger habe zum geltend gemachten Anpassungszeitpunkt 1. Januar 2014 Anspruch auf eine Vergütung in Höhe des für Juli 2000 errechneten Prozentsatzes der Durchschnittsvergütung der Vergleichspersonen am 1. Januar 2014. Der Kläger habe zu Beginn des Vergleichszeitraums im Juli 2000 eine Vergütung iHv. 3.572,91 Euro erhalten. Die damalige Durchschnittsvergütung der drei Vergleichspersonen habe 3.941,68 Euro betragen. Die Vergütung des Klägers habe sich daher auf 90,644 % der Durchschnittsvergütung der Vergleichsperso- 26

nen belaufen. Dementsprechend habe der Kläger im Januar 2014 Anspruch auf Vergütung iHv. 90,644 % der Durchschnittsvergütung der Vergleichspersonen im Januar 2014. Diese betrage 5.535,68 Euro. Danach habe der Kläger im Januar 2014 Anspruch auf Vergütung in Höhe von 5.017,75 Euro brutto. Erhalten habe der Kläger nur 4.934,00 Euro. Deshalb sei die Vergütung des Klägers zum 1. Januar 2014 um 83,75 Euro brutto monatlich zu erhöhen.

bb) Diese vom Landesarbeitsgericht gewählte Vorgehensweise ist nicht frei von Rechtsfehlern. 27

(1) Das Landesarbeitsgericht hat bei der von ihm vorgenommenen Durchschnittsberechnung der Gehaltssteigerung der Vergleichspersonen nicht berücksichtigt, dass der Kläger - soweit es um die anlässlich von regelmäßigen Tarifierhöhungen erfolgten Vergütungssteigerungen geht - nicht ungünstiger behandelt wurde als die drei Vergleichspersonen. Da die Beklagte die Tarifsteigerungen an übertariflich vergütete (sog. OT-)Angestellte in der Zeit von Juli 2000 bis 1. Januar 2014 nicht durchgängig prozentual auf ihr jeweiliges Festgehalt weitergab und zur Vergleichsgruppe zwei Personen (Herr J und Herr P) zählen, die bereits im Juli 2000 übertariflich vergütet wurden, die dritte Vergleichsperson (Herr R) hingegen - wie der Kläger - seinerzeit noch tariflich vergütet wurde und während des Betrachtungszeitraums in den OT-Bereich aufrückte, führt die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Durchschnittsberechnung zu einer ohne Mandat in der konkret ermittelten Höhe nicht erreichbaren Vergütungsanpassung. Die Beklagte gewährt Betriebsratsmitgliedern, die Tarifangestellte sind, die Tarifierhöhungen ebenso wie anderen Tarifangestellten. Bis zum Jahr 2003 erfolgte auch bei übertariflich vergüteten (OT-)Angestellten eine Weitergabe der prozentualen Tarifierhöhung auf ihr übertarifliches Gehalt. Seit dem Jahr 2004 gewährt die Beklagte den OT-Angestellten allerdings nicht mehr den Prozentsatz der Tarifierhöhung auf ihr übertarifliches Festgehalt, sondern sie erhöht deren Gehalt seither um den nominellen Erhöhungsbetrag der höchsten Tarifgruppe VIII zuzüglich der Verantwortungszulage (sog. „TG VIII max.“). Das bedeutet, dass die aus Anlass von Tarifierhöhungen vorgenommenen Gehaltsanhebungen innerhalb der Gruppe der OT-

28

Angestellten einerseits und der Tarifangestellten andererseits seit dem Jahr 2004 prozentual unterschiedlich ausfielen. Dies hat das Landesarbeitsgericht nicht berücksichtigt. Durch die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Durchschnittsberechnung ergibt sich folglich insgesamt ein Betrag, den weder ein Tarifangestellter noch ein OT-Angestellter erhalten hätte und der ohne Mandat auch vom Kläger nicht hätte beansprucht werden können. Sowohl der Kläger als auch die Vergleichspersonen haben - je nach Status als Tarifangestellter oder OT-Angestellter - anlässlich der Tarifierhöhungen die im Betrieb übliche Gehaltsanhebung erhalten. Insoweit ist daher die Gehaltsentwicklung des Klägers nicht hinter derjenigen der vergleichbaren Arbeitnehmer zurückgeblieben. Aus den anlässlich der Tarifierhöhungen gewährten Vergütungssteigerungen kann der Kläger daher keine Anpassungsansprüche nach § 37 Abs. 4 BetrVG herleiten.

(2) Da die tarifgehaltsunabhängig gewährten Gehaltserhöhungen bei den Vergleichspersonen im Betrachtungszeitraum unregelmäßig und nicht nach einem bestimmten System erfolgten und die Vergleichsgruppe nur aus drei Personen besteht, muss insoweit das Gehalt des Klägers in dem durchschnittlichen prozentualen Umfang der bei den Vergleichspersonen in der Zeit von Juli 2000 bis zum 1. Januar 2014 vorgenommenen individuellen Erhöhungen angepasst werden. Nur auf diese Weise kann eine Benachteiligung des Klägers aufgrund seiner Amtsausübung ausgeschlossen werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind Gehaltserhöhungen der Vergleichspersonen nicht nur dann berücksichtigungsfähig, wenn die Mehrheit der Vergleichspersonen in einem bestimmten Zeitraum - etwa in einem Kalenderjahr - eine Gehaltserhöhung erhalten hat. Zwar hat der Senat für große Vergleichsgruppen mit gleichförmigen Gehaltserhöhungen angenommen, es komme darauf an, in welchem Umfang die Gehälter der Mehrzahl der der Vergleichsgruppe angehörenden Arbeitnehmer angehoben werden (*BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu I 2 a der Gründe*). Der Senat hat aber auch für größere Vergleichsgruppen nicht verlangt, die Mehrheit der Vergleichspersonen müsse Gehaltserhöhungen in einem bestimmten Zeitraum erfahren haben. Eine solche Vorgabe würde es - wie die Beklagte letztlich selbst einräumt - ermöglichen, durch innerhalb der Ver-

29

gleichsgruppe zeitlich verschobene Gehaltsanhebungen eine Anpassungspflicht nach § 37 Abs. 4 BetrVG zu umgehen. Zudem hat der Senat eine Durchschnittsberechnung für zulässig gehalten, wenn es sich - wie im Streitfall - um eine kleine Vergleichsgruppe handelt und die Gehaltserhöhungen der Vergleichspersonen unterschiedlich ausgefallen sind (vgl. BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - aaO).

cc) Für die Ermittlung des Anpassungsanspruchs des Klägers muss somit für jede Vergleichsperson errechnet werden, in welchem prozentualen Umfang ihr Gehalt - ausgehend von dem Gehalt im Juli 2000 - außerhalb der regelmäßigen Tarifsteigerungen bis zum 1. Januar 2014 angehoben wurde. Das Ausgangsgehalt des Klägers im Juli 2000 ist sodann um den durchschnittlichen Prozentsatz der den Vergleichspersonen außerhalb von Tariferhöhungen gewährten Gehaltssteigerungen anzuheben. 30

III. Der Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit das Landesarbeitsgericht dem Feststellungsantrag in Höhe von 83,75 Euro stattgegeben und ihn iHv. 149,15 Euro abgewiesen hat. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, da der Senat nicht beurteilen kann, ob die Gehaltsentwicklung des Klägers den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Dazu fehlt es an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen. Diese wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben. 31

IV. Die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht erübrigt sich nicht deshalb, weil ein etwaiger Anspruch des Klägers nach § 37 Abs. 4 BetrVG auf Erhöhung seiner Vergütung ab 1. Januar 2014 verjährt oder verwirkt wäre. Das ist - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat - nicht der Fall. 32

1. Der etwaige Anspruch des Klägers ist nicht verjährt. 33

a) Aus § 37 Abs. 4 BetrVG resultierende Ansprüche auf Gehaltsanpassung beruhen auf § 611 BGB (seit dem 1. April 2017 § 611a Abs. 2 BGB) und 34

dem Arbeitsvertrag (*BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu IV 1 a der Gründe*). Es handelt sich daher um Vergütungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Mangels Eingreifens der besonderen Tatbestände der §§ 196, 197 BGB unterliegen diese der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB. Die Verjährungsfrist beginnt in Bezug auf die für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2014 geltend gemachten Vergütungsansprüche nach § 199 Abs. 1 BGB frühestens mit dem Schluss des Jahres 2014. Diese Frist war weder im Zeitpunkt des Eingangs der Klageschrift beim Arbeitsgericht am 18. Dezember 2014 oder der Zustellung der Klage an die Beklagte am 29. Dezember 2014 noch bei der am 27. Oktober 2015 beim Landesarbeitsgericht im Rahmen des Berufungsverfahrens eingegangenen Klageerweiterung abgelaufen.

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten spielt es für die Frage der Verjährung von Vergütungserhöhungsansprüchen des Klägers ab dem 1. Januar 2014 keine Rolle, dass deren Grundlagen durch eine ggf. bereits in verjährter Zeit erfolgte Erhöhung der Vergütung der Vergleichspersonen gelegt wurden, ohne dass der Kläger für vergangene Zeiträume entsprechende Anpassungsansprüche geltend gemacht hat. Streitgegenständlich sind vorliegend arbeitsvertragliche Vergütungsansprüche ab dem 1. Januar 2014. Diese entstehen jeweils monatlich. Deshalb ist der von der Beklagten angestellte Vergleich mit der Verjährung von Schadensersatzansprüchen aus Rechtsgutsverletzungen aus verjährter Zeit nicht tragfähig. 35

2. Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend erkannt, dass der Anspruch des Klägers auf Erhöhung seiner Vergütung zum 1. Januar 2014 nicht verwirkt ist. 36

a) Verwirkung (§ 242 BGB) setzt voraus, dass der Gläubiger mit der Geltendmachung seines Rechts längere Zeit zugewartet hat (Zeitmoment) und er unter Umständen untätig geblieben ist, die bei dem Schuldner den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Schuldner sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Es müssen Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glau- 37

ben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (vgl. etwa BAG 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 37 mwN).

b) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht bereits das Vorliegen des Zeitmoments verneint und angenommen, der Kläger mache entgegen der Auffassung der Beklagten nicht nach Ablauf von mehr als zehn Jahren eine Benachteiligung bei der Bemessung seiner Vergütung geltend, sondern eine aktuell bestehende Benachteiligung am 1. Januar 2014. Es fehlt zudem an Anhaltspunkten für das Umstandsmoment. Allein daraus, dass der Kläger in der Vergangenheit keine Anpassung seiner Vergütung an die Gehaltsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer verlangt hat, durfte die Beklagte nicht schließen, dass der Kläger auch künftig derartige Ansprüche nicht geltend machen würde, zumal dem Kläger erst während des vorliegenden Verfahrens Auskunft über die Zusammensetzung und Höhe der Vergütung der Vergleichspersonen erteilt wurde. Da für die Ermittlung des Anpassungsanspruchs die Gehaltsentwicklung des Klägers und der Vergleichspersonen seit der Übernahme des Betriebsratsamts durch den Kläger maßgeblich ist, musste sich die Beklagte auch darauf einstellen, diese Gehaltsentwicklung ggf. darlegen zu können.

38

Gräfl

Kiel

Waskow

Deinert

Meißner