

# BUNDEARBEITSGERICHT



7 AZR 359/09  
2 Sa 17/08  
Landesarbeitsgericht  
Bremen

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
14. Juli 2010

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie den ehrenamtlichen Richter Hoffmann und die ehrenamtliche Richterin Holzhausen für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 11. März 2009 - 2 Sa 17/08 - aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 6. November 2007 - 3 Ca 3181/07 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger als Mitglied des Personalrats unter Berücksichtigung der beruflichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer oder seines fiktiven beruflichen Werdegangs eine höhere Vergütung zusteht. 1

Der Kläger war seit dem 1. August 1989 bei der Beklagten als 1. Tontechniker beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis, auf das der für Radio Bremen abgeschlossene Rundfunktarifvertrag (RTV) Anwendung fand, wurde vom 1. Juli 2005 bis zum 28. Februar 2010 als Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell geführt. Die aktive Phase endete am 31. Oktober 2007. Der Kläger war seit dem 1. Juli 1992 in die Vergütungsgruppe VI des RTV eingruppiert. Der Tarifvertrag sieht ua. folgende Vergütungsgruppen vor: 2

Gruppe IV:

*„Tontechniker/in*

*mit Abschlußzeugnis der Schule für Rundfunktechnik  
oder gleichwertigen Kenntnissen“*

Gruppe V:

*„1. Tontechniker/in*

*wie IV, mit langjähriger Berufserfahrung, selbständi-*

*ger Einsatz bei Produktionen, Tonaußendienst (Fernsehen/Hörfunk) oder Sendungsdienst (einschl. Abspielen und kleine Aufnahmen am Mischpult)“*

Gruppe VI:

*„1. Tontechniker/in*

*wie V, der/die sich durch seine/ihre Leistungen und Fähigkeiten bei schwierigen Produktionen, im Sendungsdienst oder vielseitig eingesetzt im Außendienst (HF/FS), deutlich aus der Vergütungsgruppe V heraushebt. Langjähriger Einsatz ist erforderlich“*

Gruppe VII:

*„Toningenieur/in*

*(graduierte/r Ingenieur/in oder mit vergleichbaren Kenntnissen), der/die eingesetzt wird bei Außenübertragungen und Außenaufnahmen und/oder im Schalt-raumdienst)*

*Toningenieur/in (HF)*

*wie 1. Tontechniker/in in der Gruppe VI im Hörfunkbereich mit langjähriger Tätigkeit in dieser Gruppe, der/die aufgrund besonderer Kenntnisse für die Weiterentwicklung fachübergreifender Arbeitsprozesse eingesetzt wird oder im Außendienst für die Beschallung verantwortlich ist*

*Toningenieur/in (FS)*

*wie 1. Tontechniker/in in der Gruppe VI im Fernsehbereich, mit langjähriger Tätigkeit in Gruppe VI, der/die sowohl als EB-Techniker/in mit den Teilaufgaben eines Kamera-Assistenten/einer Kamera-Assistentin als auch zur Bedienung des Mischpults für Aufgaben der Beschallung und/oder EB-Nachvertonung eingesetzt wird.“*

Gruppe VIII:

*„1. Toningenieur/in*

*wie VII, mit langjähriger Berufserfahrung, der/die sich durch seine/ihre Leistungen und Fähigkeiten deutlich aus der Gruppe VII heraushebt und/oder technisch schwierige Außenübertragungen und -aufnahmen verantwortlich abwickelt“*

Seit dem Jahr 1992 gehörte der Kläger dem bei der Beklagten bestehenden Personalrat an. In dieser Funktion wurde er zunächst in den Jahren von 1999 bis 2006 mit der Hälfte und anschließend zu 80 vH seiner Arbeitszeit freigestellt. Bis zum Jahr 2006 wurde der Kläger noch in geringem Umfang als Tontechniker eingesetzt. Nach der erweiterten Freistellung erfüllte er ausschließlich Personalratsaufgaben. 3

Im Sommer 2004 schrieb die Beklagte Stellen als 1. Toningenieur aus, auf die sich die Mitarbeiter H und L bewarben. Sie führten seit 1998 teilweise Toningenieursaufgaben aus und bezogen Vergütung nach Vergütungsgruppe VII RTV. Auf eine außerdem ausgeschriebene Stelle als Toningenieur bewarben sich Herr B sowie zwei weitere Tontechniker der Vergütungsgruppe VI RTV. Der Kläger gab keine Bewerbung ab. 4

Mit Schreiben vom 22. Februar 2006 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie habe sich entschlossen, den Bereich Tontechnik zum 1. April 2006 auf die B GmbH auszugliedern. Mit Schreiben vom 20. März 2006 teilte sie ihm mit, er werde zum 1. April 2006 zu den bisherigen vertraglichen Bedingungen in die Kopfstelle Produktion bei der Beklagten umgesetzt. Der Kläger unterzeichnete eine von der Beklagten auf dem Schreiben vorformulierte Erklärung „zum Zeichen seines Einverständnisses“. 5

Die Mitarbeiter L und H wurden bei der B GmbH zum 1. Toningenieur (*Vergütungsgruppe VIII RTV*) befördert. Der Mitarbeiter B rückte am 1. August 2006 für den Mitarbeiter H in die Funktion des Toningenieurs nach und wurde in die Vergütungsgruppe VII RTV höhergruppiert. 6

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er könne ab dem 1. August 2006 gemäß § 39 Abs. 3 Satz 1 BremPersVG Vergütung nach Vergütungsgruppe VII RTV beanspruchen. Am Beispiel der Mitarbeiter H, L und B zeige sich, dass die berufliche Entwicklung vom 1. Tontechniker zum Toningenieur bei der Beklagten üblich sei. Jedenfalls könne er bei einer Nachzeichnung seines fiktiven beruflichen Werdegangs ohne Wahrnehmung des Personalratsamts nach § 39 Abs. 1 Satz 2, Abs. 9 Satz 2 BremPersVG die Vergütung eines Toningenieurs verlangen. Wäre er wie Herr B im Bereich 7

Nachvertonung und Beschallung geschult worden, hätte er die Qualifikation für die im Sommer 2004 ausgeschriebene Toningenieurstelle erworben. Einem Anspruch gegen die Beklagte stehe nicht entgegen, dass die Beförderungen der Mitarbeiter H und L nach Vergütungsgruppe VIII RTV sowie des Mitarbeiters B nach Vergütungsgruppe VII RTV erst nach dem Übergang des Betriebsteils Tontechnik auf die B GmbH erfolgten. Nach § 613a Abs. 1 BGB hätte auch sein Arbeitsverhältnis auf die B GmbH übergehen müssen. Die Versetzung in die „Kopfstelle Produktion“, für die keine Aufgabenbeschreibung existiere, ziele allein auf die Umgehung der gesetzlichen Rechtsfolge und sei deshalb unwirksam.

Der Kläger hat beantragt 8  
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn seit dem 1. August 2006 nach der Vergütungsgruppe VII des Rundfunktarifvertrags zu vergüten.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne eine Höhergruppierung nicht beanspruchen. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr auf die Berufung des Klägers entsprochen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 10

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zwar zu Recht als zulässig erachtet, ihr aber in der Sache zu Unrecht stattgegeben. Der Kläger kann ab dem 1. August 2006 keine Vergütung nach der Vergütungsgruppe VII RTV verlangen. 11

I. Die Feststellungsklage ist zulässig, obwohl sie auf die Erfüllung von Vergütungsansprüchen aus einem abgeschlossenen, in der Vergangenheit 12

liegenden Zeitraum gerichtet ist. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an alsbaldiger gerichtlicher Feststellung ist gegeben. Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht die Möglichkeit einer Leistungsklage nicht entgegen. Das begehrte Feststellungsurteil ist geeignet, den Konflikt der Parteien endgültig beizulegen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu vermeiden. Es kann von der Beklagten als öffentlicher Arbeitgeberin erwartet werden, dass sie einem gegen sie ergehenden Feststellungsurteil nachkommen wird (vgl. BAG 17. Dezember 2009 - 6 AZR 665/08 - Rn. 11 mwN, AP TVÜ § 4 Nr. 1).

II. Die Klage ist entgegen der Beurteilung des Landesarbeitsgerichts unbegründet. Dabei konnte der Senat dahinstehen lassen, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 1. April 2006 gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die B GmbH übergegangen und die Beklagte demzufolge schon nicht passivlegitimiert ist. Denn auch wenn der Kläger Arbeitnehmer der Beklagten geblieben sein sollte, kann er von dieser ab dem 1. August 2006 keine Vergütung nach der Vergütungsgruppe VII RTV verlangen. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dem Kläger stehe die beanspruchte Vergütung im Wege des Schadensersatzes über § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 39 Abs. 1, Abs. 9 BremPersVG zu, hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend. 13

1. Der Senat konnte dahinstehen lassen, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die B GmbH übergegangen ist. 14

a) Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Arbeitgeber über, so tritt dieser nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Hingegen ist der Arbeitnehmer von einem Betriebsteilübergang nicht betroffen, wenn der Arbeitgeber ihn zuvor wirksam in eine andere Abteilung versetzt hatte. Allerdings spricht vieles dafür, dass eine gegen den Willen des Arbeitnehmers erfolgende Versetzung, die allein darauf abzielt, 15

den Eintritt der Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zu verhindern, unbeachtlich wäre. Hierauf kam es jedoch im Streitfall im Ergebnis nicht an.

b) Vorliegend kommt aufgrund des Vortrags des Klägers ein Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die B GmbH, dem das Landesarbeitsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus hätte nachgehen müssen, ernsthaft in Betracht. Der Senat konnte allerdings dahinstehen lassen, ob die Versetzung in eine tatsächlich bei der Beklagten gar nicht existierende „Kopfstelle Produktion“ allein dem Zweck gedient hat, die Rechtsfolgen eines Betriebsteilübergangs zu umgehen. Denn der Kläger hat, auch wenn er Arbeitnehmer der Beklagten geblieben ist, gegen diese keinen Anspruch auf eine Vergütung nach der Vergütungsgruppe VII RTV. 16

2. Der Kläger kann die begehrte Vergütung weder unmittelbar nach § 39 Abs. 1 Satz 2, Abs. 9 Satz 2 BremPersVG verlangen noch steht ihm ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des in diesen Vorschriften normierten Benachteiligungsverbots zu. Das Landesarbeitsgericht hat keine Tatsachen festgestellt, die den Schluss rechtfertigen würden, dem Kläger wären ohne Tätigkeit als Personalrat Aufgaben übertragen worden, die einer Eingruppierung in der Vergütungsgruppe VII RTV entsprechen. 17

a) Nach § 39 Abs. 1 Satz 2 BremPersVG darf eine Tätigkeit als Personalrat zu keiner Benachteiligung im beruflichen Aufstieg führen. § 39 Abs. 9 Satz 2 BremPersVG ergänzt diese Vorschrift durch das Verbot, Personalratsmitglieder wegen einer Freistellung im beruflichen Aufstieg zu benachteiligen. 18

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats zu den vergleichbaren Regelungen in § 8 BPersVG und in § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG sowie in § 78 Satz 2 BetrVG folgt aus diesen Vorgaben über das Benachteiligungsverbot hinaus das an den Arbeitgeber gerichtete Gebot, dem Amtsträger die berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, die er ohne die Amtstätigkeit genommen hätte. Das Personalratsmitglied kann den Arbeitgeber daher unabhängig von dessen Verschulden auf die Zahlung der Vergütung aus einer höheren Vergütungsgruppe in Anspruch nehmen, wenn es ohne die Freistellung mit Aufgaben 19

betrachtet worden wäre, die die Eingruppierung in der höheren Vergütungsgruppe rechtfertigen (vgl. BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 der Gründe mwN, BAGE 98, 164; 17. August 2005 - 7 AZR 528/04 - Rn. 18, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 142 = EzA BetrVG 2001 § 37 Nr. 5). Dieser Anspruch kommt insbesondere bei einer Freistellung für Personalratstätigkeiten in Betracht. Um zu ermitteln, ob der Amtsträger dadurch in seinem beruflichen Aufstieg benachteiligt wurde, muss sein beruflicher Werdegang ohne die Freistellung nachgezeichnet werden. Durch eine solche fiktive Nachzeichnung darf er weder besser noch schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer Arbeitnehmer ohne Personalratsamt (vgl. BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 a der Gründe mwN, aaO).

bb) Will der Amtsträger geltend machen, dass er ohne Ausübung seines Amtes oder ohne die Freistellung durch Beförderungen einen beruflichen Aufstieg genommen hätte, hat er hierzu mehrere Möglichkeiten (vgl. BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b der Gründe, BAGE 98, 164). Er kann zum einen dartun, dass seine Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen seiner Freistellung und/oder seiner Personalratstätigkeit erfolglos geblieben ist (vgl. BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b aa der Gründe mwN, aaO). Hat sich der Amtsträger auf eine bestimmte Stelle tatsächlich nicht beworben, kann und muss er zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs darlegen, dass er die Bewerbung gerade wegen seiner Freistellung unterlassen hat und eine Bewerbung ohne die Freistellung entweder erfolgreich gewesen wäre oder bei einer Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG, die nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber vorzunehmen ist, erfolgreich hätte sein müssen (vgl. BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b bb der Gründe, aaO). Aber auch wenn eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung danach keinen Erfolg gehabt hätte oder hätte haben müssen, steht dies einem Anspruch nicht zwingend entgegen. Scheitert nämlich eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung des freigestellten Personalratsmitglieds an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran, dass der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außerstande gesehen hat, so ist zwar die Entscheidung des

20



Arbeitgebers für den als qualifizierter erachteten Bewerber nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu beanstanden. Gleichwohl kann in einem solchen Fall ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsinhabers bestehen, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellem Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist (vgl. BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b aa der Gründe mwN, aaO).

b) Hiernach rechtfertigt das tatsächliche Vorbringen des Klägers entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts den Höhergruppierungsanspruch nicht. 21

aa) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei bei einer fiktiven Nachzeichnung seiner beruflichen Entwicklung mit Herrn B vergleichbar, hält auch einer revisionsrechtlich auf den Verstoß gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze beschränkten Überprüfung (vgl. BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - zu B I 3 a der Gründe, BAGE 105, 356) nicht Stand. Seit dem Übergang des Bereichs Tontechnik auf die B GmbH zum 1. April 2006 verfügte die Beklagte nicht mehr über den Dienstposten eines Toningenieurs und konnte folglich die mit einer Höhergruppierung in die Vergütungsgruppe VII RTV verbundenen Aufgaben zum 1. August 2006 tatsächlich nicht an Herrn B und damit auch fiktiv nicht dem Kläger übertragen. 22

bb) Zu keinem anderen Ergebnis führt die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, Herr B habe die Voraussetzungen für die Höhergruppierung bereits vor dem 1. April 2006 erfüllt. 23

(1) Das Landesarbeitsgericht hat hierzu ausgeführt, die Beklagte habe nicht erklärt, warum die Höhergruppierungen auf die bereits im Jahr 2004 ausgeschriebenen Stellen erst nach dem Übergang der beförderten Mitarbeiter auf die B GmbH vollzogen worden seien. An dem Tarifmerkmal der langjährigen Tätigkeit könne dies nicht liegen, weil alle Bewerber langjährig in diesem Bereich tätig geworden seien. Das Landesarbeitsgericht habe daher davon ausgehen müssen, dass der Mitarbeiter B schon vor dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses Anspruch auf die Vergütungsgruppe VII RTV gehabt habe. Im 24

Wege der fiktiven Nachzeichnung seines beruflichen Werdegangs habe der Kläger eine Chance gehabt, den entsprechenden Vergütungsanspruch zu erwerben.

(2) Diese Erwägung des Landesarbeitsgerichts hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Sie wäre nur dann schlüssig, wenn das Landesarbeitsgericht darüber hinaus festgestellt hätte, dass eine hypothetische Bewerbung des Klägers auf die im Jahr 2004 ausgeschriebenen Toningenieursstellen ohne sein Personalratsamt nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG erfolgreich hätte sein müssen. Dies ist aber weder nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nach dem Vortrag des Klägers der Fall. Soweit das Landesarbeitsgericht meint, der Kläger habe bei einer fiktiven Nachzeichnung seiner beruflichen Entwicklung eine Beförderungschance erlangt, genügt dies nicht. Das Landesarbeitsgericht hätte vielmehr feststellen müssen, dass der Kläger gegenüber den übrigen fünf Bewerbern als der nach Art. 33 Abs. 2 GG geeignetste Kandidat anzusehen gewesen wäre. Solches ergibt sich auch aus dem Vortrag des Klägers nicht. Dieser hat nicht behauptet, er wäre für die im Jahr 2004 ausgeschriebene Stelle eines Toningenieurs qualifizierter gewesen als der Mitarbeiter B, wenn er nur die erforderlichen Schulungsmaßnahmen absolviert hätte und auch in seiner sonstigen beruflichen Entwicklung nicht durch Personalratstätigkeit beeinträchtigt gewesen wäre. Er hat sich vielmehr nur darauf berufen, mit dem Mitarbeiter B vergleichbar zu sein. Dies genügt nicht, um darzulegen, dass er ohne sein Personalratsamt die ausgeschriebene Stelle erhalten hätte oder hätte erhalten müssen.

3. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend. Der Kläger verrichtete weder Tätigkeiten, die eine Eingruppierung als Toningenieur in der Vergütungsgruppe VII RTV rechtfertigen, noch war die Beförderung vom 1. Tontechniker zum Toningenieur eine iSd. § 39 Abs. 3 BremPersVG übliche berufliche Entwicklung bei der Beklagten.

a) Der Kläger verrichtete im streitbefangenen Zeitraum keine Tätigkeiten, die die Eingruppierungsmerkmale der Vergütungsgruppe VII RTV erfüllen. Auch

vor seiner Freistellung war dies nicht der Fall. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war er weder aufgrund besonderer Kenntnisse für die Weiterentwicklung fachübergreifender Arbeitsprozesse eingesetzt noch im Außendienst für die Beschallung verantwortlich. Auch ist weder festgestellt noch vom Kläger vorgetragen, er sei im Fernsbereich als EB-Techniker mit Teilaufgaben eines Kamera-Assistenten oder zur Bedienung des Mischpults für Aufgaben der Beschallung und/oder EB-Nachvertonung eingesetzt worden.

b) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht einen Anspruch des Klägers nach § 39 Abs. 3 Satz 1 BremPersVG verneint. Der Kläger hat nicht dargetan, dass er ein geringeres Arbeitsentgelt erhält als vergleichbare Arbeitnehmer nach der bei der Beklagten üblichen beruflichen Entwicklung. Er hat seinen Anspruch im Revisionsverfahren auch nicht mehr auf § 39 Abs. 3 Satz 1 BremPersVG gestützt. 28

aa) Nach § 39 Abs. 3 Satz 1 BremPersVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Personalrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit üblicher beruflicher Entwicklung. 29

(1) § 39 Abs. 3 Satz 1 BremPersVG entspricht im Wesentlichen § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG, der allerdings nicht auf die „übliche“, sondern auf die „betriebsübliche“ berufliche Entwicklung abstellt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats soll § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit üblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden (vgl. BAG 16. Januar 2008 - 7 AZR 887/06 - Rn. 15 mwN, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 144 = EZA BetrVG 2001 § 37 Nr. 6). 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 (BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu II 1 der Gründe mwN). Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen 30

haben. Eine Übunglichkeit entsteht aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel. Dabei muss der Geschehensablauf so typisch sein, dass aufgrund der Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit der jeweiligen Entwicklung gerechnet werden kann. Da § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG konkretisiert, darf die Anwendung der Vorschrift auch nicht zu einer Begünstigung des Betriebsratsmitglieds gegenüber anderen Arbeitnehmern führen. Deshalb ist die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht. Steht lediglich eine derartige Stelle zur Verfügung, besteht ein Anspruch nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG nur dann, wenn diese nach den betrieblichen Auswahlkriterien gerade dem Betriebsratsmitglied hätte übertragen werden müssen (*BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu II 1 der Gründe mwN*). Nicht ausreichend ist es deshalb, dass das Betriebsratsmitglied bei der Amtsübernahme in seiner bisherigen beruflichen Entwicklung einem vergleichbaren Arbeitnehmer vollkommen gleich gestanden hat oder die Beststellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuellen, nur auf diese bzw. diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruht (*BAG 17. August 2005 - 7 AZR 528/04 - Rn. 13 mwN, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 142 = EzA BetrVG 2001 § 37 Nr. 5*).

(2) Diese Grundsätze gelten entsprechend für § 39 Abs. 3 Satz 1 BremPersVG. Dabei konnte der Senat dahinstehen lassen, ob etwa bei Anwendung dieser Vorschrift, die auf die „übliche“ berufliche Entwicklung vergleichbarer Bediensteter abstellt, eine andere - größere - Vergleichsgruppe maßgeblich ist als nach der Bestimmung in § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG, nach der es auf die „betriebsübliche“ Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer ankommt. Jedenfalls kommen auch für § 39 Abs. 3 Satz 1 BremPersVG nur berufliche Entwicklungen vergleichbarer Arbeitnehmer in Betracht, die bei demselben öffentlichen Arbeitgeber beschäftigt sind. Dagegen sind berufliche

31

Entwicklungen, die bei anderen Arbeitgebern stattfinden, für die Bemessung des Arbeitsentgelts von Personalratsmitgliedern unbeachtlich.

bb) Hiernach rechtfertigen weder die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch das Vorbringen des Klägers die Würdigung, die Beförderung vom 1. Tontechniker zum Toningenieur sei bei der Beklagten die übliche berufliche Entwicklung der Arbeitnehmer gewesen, die mit dem Kläger bei seiner Amtsübernahme vergleichbar waren. Der Kläger hätte hierzu darlegen müssen, dass die Mehrheit der mit ihm zur Zeit seines Amtsantritts vergleichbaren Arbeitnehmer typischerweise eine solche berufliche Entwicklung genommen haben. Dies hat er nicht getan. Der Umstand, dass die Arbeitnehmer H und L bereits seit 1998 Vergütung nach Vergütungsgruppe VII RTV bezogen, genügt hierfür ebenso wenig wie die Tatsache, dass diese beiden Arbeitnehmer nach dem Betriebsteilübergang auf die B GmbH von dieser nach der Vergütungsgruppe VII RTV und der Mitarbeiter B nach der Vergütungsgruppe VII RTV höhergruppiert wurden. Hieraus ergibt sich nicht, dass die Mehrzahl der bei seiner Amtsübernahme mit ihm vergleichbaren Tontechniker eine Entwicklung zum Toningenieur genommen haben. Der Kläger hat die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, wonach er eine betriebsübliche Entwicklung vom 1. Tontechniker zum Toningenieur, von der er ausgeschlossen worden sei, nicht dargetan habe, mit der Revisionserwiderung auch nicht angegriffen.

32

Linsenmaier

Schmidt

Kiel

Hoffmann

Holzhausen