

Titel:

Erhöhung des Entgeltes – freigestelltes Betriebsratsmitglied

Normenketten:

BetrVG § 37 Abs. 4, § 78 Satz 2

ZPO § 533

Schlagworte:

Vergleichsgruppe, Betriebsübliche Entwicklung, Sekundäre Darlegungslast, Fiktiver Beförderungsanspruch, Klageerweiterung, Berufungszulässigkeit, Kostenentscheidung

Vorinstanz:

ArbG Nürnberg, Endurteil vom 10.06.2024 – 3 Ca 319/24

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 10.06.2024, Az.: 3 Ca 319/24, abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Die mit Schriftsatz vom 08.09.2025 erhobene Klageerweiterung wird als unzulässig zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die Vergütung des Klägers als freigestelltes Betriebsratsmitglied.

2

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 01.10.1992 beschäftigt. Nach einer Ausbildung zum Datenverarbeitungskaufmann arbeitete er in der Folge als Entwicklungsassistent und seit 2010 als Softwareentwickler mit einem Bruttomonatsgehalt von zuletzt 7.117,33 Euro.

3

Bei der Beklagten sind Softwareentwickler 1, 2 und 3 und Systemprogrammierer 1 und 2 beschäftigt. Es steht den Mitarbeitern frei, sich in einer sog. Jobrolle als Software Engineer eintragen zu lassen.

4

Die Beklagte organisiert ihr Personal in Verantwortungsebenen (VE), nämlich VE1 bis VE6, wobei unter VE5 Teamleitung und unter VE6 Mitarbeiter unterfallen. Außerdem existiert ein Vergütungssystem, welches aus den Vergütungsgruppen (VG) 1 bis 9 besteht. Der Kläger ist derzeit in VG8 eingruppiert. Mit der Ernennung von VE6 in VE5 ist eine Eingruppierung in VG9 verbunden, wobei auch einige Mitarbeiter in VE6 nach VG9 vergütet werden. Die Beklagte passt die Gehälter jährlich an, wobei kollektive Erhöhungen sowie individuelle Vergütungsmaßnahmen, welche aus individueller Leistungsanpassung (ILA) und einmaliger individueller Leistungsprämie bestehen (ILP), erfolgen.

5

Bei der Beklagten gilt eine Gesamtbetriebsvereinbarung über die Personalidentifikation und Entwicklung von Mitarbeitenden in eine höhere Vergütungsebene. Diese sieht u.a. Workshops vor, anlässlich derer für bestimmte Personen eine Einschätzung vorgenommen wird, ob das Potenzial für eine Entwicklung in die nächste VE besteht.

6

Abhängig von dieser Einschätzung kann der Bewerber sodann am Prozess „FührungskraftWerden“ teilnehmen, welcher in der Regel bis zu sechs Monate dauert und an dessen Ende ein sog. „Profil Canvas“

erstellt wird, mit dem sich – bei entsprechend festgestellter Eignung – die Person auf eine Stelle in der VE5 bewerben kann.

7

Seit dem Jahr 2010 ist der Kläger Mitglied des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats, seit Mai 2014 ist er gemäß § 38 BetrVG freigestellt. Zu diesem Zeitpunkt wurde er nach VG6 vergütet. Im Zuge der Freistellung vereinbarten die Parteien, dass sich die weitere Gehaltsentwicklung des Klägers nach einer Vergleichsgruppe mit vier weiteren Arbeitnehmern richten sollte, nämlich H. (Personalnummer M.), I. (Personalnummer M.), J. (Personalnummer N.) und K. (Personalnummer P.). Diese vier Arbeitnehmer waren in VG7 eingruppiert. Zum 01.04.2015 wurde auch der Kläger in VG7 eingruppiert. Seit 2015 wird bei der jährlichen individuellen Gehaltsanpassung des Klägers der Durchschnitt der Erhöhung der ILA und der ILP der Vergleichsmitarbeiter herangezogen.

8

Mit Wirkung ab 2019 wurde J. aus der Vergleichsgruppe herausgenommen, so dass die Vergleichsgruppe – wie auch bei den übrigen freigestellten Betriebsratsmitgliedern – nur noch aus drei Mitarbeitern bestand.

9

Im September 2021 schied K. aus dem Unternehmen aus. Einvernehmlich nahmen die Parteien J. wieder in die Vergleichsgruppe auf.

10

H. durchlief im Zeitraum 17.03.2021 bis 14.09.2021 den Prozess #FührungskraftWerden erfolgreich. Ihm wurde zum 01.04.2023 eine höherwertige Tätigkeit als „Product Owner“ übertragen mit der Ernennung in die VE5, wodurch sich seine Vergütung um 371,- Euro brutto pro Monat erhöhte. In der Folge entfernte die Beklagte ihn aus der Vergleichsgruppe des Klägers und ersetzte ihn durch L. (Personalnummer Q.).

11

Zum 01.12.2023 erhöhte die Beklagte die Vergütung des Klägers anhand der neuen Vergleichsgruppe.

12

Der Kläger trägt erstinstanzlich vor, die einvernehmlich festgelegte Vergleichsgruppe könne durch die Beklagte nicht einseitig geändert werden, weil dies den Sinn der Vergleichsgruppe aushebeln würde. Die Mitglieder seiner Vergleichsgruppe seien tatsächlich mit ihm vergleichbar, insbesondere habe sich auch H. – wie er selbst – von der Ausbildung zum Datenverarbeitungskaufmann zum Softwareentwickler „hochgearbeitet“.

13

Die Ernennung von H. in die VE5 habe auch deshalb nicht zur Herausnahme als Vergleichsperson führen dürfen, weil die Beklagte die Regelungen der Gesamtbetriebsvereinbarung „Potenzialidentifikation und Entwicklung“ selbst nicht stringent anwende, da mehrere Arbeitnehmer aus der VE6 in VG9 eingruppiert seien. Die Ernennung in eine höhere Vergütungsebene im Rahmen des Prozesses „FührungskraftWerden“ sei auch keine höchst individuelle berufliche Entwicklung. Es sei davon auszugehen, dass er, wäre er nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied gewesen, ebenfalls am Prozess hätte teilnehmen können und gegebenenfalls in VE5 ernannt worden wäre. Von einer Teilnahme am Prozess habe er aufgrund seiner Freistellung abgesehen.

14

Der Kläger beantragte erstinstanzlich:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, das monatliche Gehalt des Klägers ab Dezember 2023 um den Durchschnitt der Erhöhung der individuellen Leistungsanpassung (ILA) aller Vergleichsmitarbeiter aus der Vergleichsgruppe, bestehend aus den Arbeitnehmern mit den Personalnummern M., N. und O., zu erhöhen.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger ab Dezember 2023 jährlich eine individuelle Leistungsprämie (ILP) zu bezahlen, die sich aus dem Durchschnitt der den Vergleichsmitarbeitern aus der Vergleichsgruppe, bestehend aus den Arbeitnehmern mit den Personalnummern M., N. und O., tatsächlich gewährten individuellen Leistungsprämie (ILP) errechnet.

15

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich,
die Klage abzuweisen

16

Sie trägt erstinstanzlich hierzu vor, dass die Entwicklung von H. in die VE5 eine höchst individuelle berufliche, nur auf diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittene Entwicklung und damit nicht betriebsüblich sei. Herr H. sei aus der Vergleichsgruppe zurecht herausgenommen worden.

17

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat mit Endurteil vom 10.06.2024 der Klage stattgegeben.

18

Zur Begründung führt das Erstgericht aus, dass die zulässige Klage nach § 37 Abs. 4 BetrVG begründet sei, da die Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger eine Vergütung (ILA und ILP) zu zahlen, die dem Durchschnitt der Vergütung der Arbeitnehmer mit den Personalnummern M., N. und O. entspreche. § 37 Abs. 4 BetrVG solle sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden. § 37 Abs. 4 BetrVG garantiere dem Betriebsratsmitglied allerdings nicht die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Die Entgeltentwicklung des Betriebsratsmitglieds dürfe aber während der Dauer seiner Amtszeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung nicht zurückbleiben.

19

Vergleichbar im Sinne dieser Vorschrift seien 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 gewesen seien.

20

Üblich sei eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Eine Üblichkeit entstehe aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel. Dabei müsse 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 könne. Die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten sei 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 hätten. Eine Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung liege nicht vor, wenn die Besserstellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuellen, nur auf diese bzw. diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruhe.

21

Der Kläger habe Anspruch auf Vergütung entsprechend dem Durchschnitt der ursprünglich gebildeten Vergleichsgruppe unter Einbeziehung von H.. Es sei festzustellen, dass die Arbeitnehmer mit den Personalnummern M., N. und O. sowohl im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamtes im Jahr 2010 als auch im Zeitpunkt der Freistellung im Jahr 2014 mit dem Kläger vergleichbar gewesen seien.

22

Die Ernennung des Herrn H. in die VE5 und die damit einhergehende Vergütung nach VG9 sei nach Auffassung der Kammer nicht als atypische und rein individuelle Entwicklung zu sehen, welche der Einbeziehung als Vergleichsperson entgegenstünde. Dabei verkenne das Gericht nicht, dass die Ernennung des H. in die VE5 auf einem komplexen und zeitaufwendigen Auswahlverfahren beruhe, das weniger als die Hälfte erfolgreich durchlaufen hätten. Dennoch führe der Umstand, dass sich Herr H. auch nach seiner Ernennung in die VE5 weiterhin im Schema der Vergütungsgruppen 1 bis 9 bewege, nach Einschätzung der Kammer nicht zur Annahme einer atypischen und rein individuellen Entwicklung. Dies gelte umso mehr, als sich die Vergütung des Herrn H. mit 371,- Euro brutto im Zuge der Ernennung lediglich um ca. 5% (bezogen auf das Gehalt des Klägers) bzw. ca. 1,8% (bezogen auf die Erhöhung des Durchschnitts der dreiköpfigen Vergleichsgruppe) und somit nicht signifikant erhöht habe, zumal mehrere Beschäftigte auch ohne Ernennung in VE5 nach VG9 vergütet werden würden. Deshalb sei die ursprüngliche Vergleichsgruppenbildung mit Herrn H. trotz Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit und Ernennung zum

„Product Owner“ als im Sinne von § 37 Abs. 4 BetrVG weiterhin aussagekräftig anzusehen, womit sie durch die Beklagte nicht einseitig geändert hätte werden dürfen.

23

Das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 10.06.2024 wurde der Beklagten am 19.08.2024 zugestellt. Hiergegen legte die Beklagte am 02.09.2024 Berufung ein und begründete diese innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist am 19.12.2024.

24

Zur Begründung ihrer Berufung trägt die Beklagte vor, dass das Erstgericht die Rechtsprechung des BAG zum § 37 Abs. 4 BetrVG auf den streitgegenständlichen Sachverhalt nicht richtig angewendet habe. Die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten seien nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betrieblichen Gepflogenheiten hätte übertragen werden müssen oder die Mehrheit der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht hätten. Die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer habe jedoch den Aufstieg nicht erreicht, lediglich ein Arbeitnehmer aus der aus drei Arbeitnehmer bestehenden Vergleichsgruppe. Darüber hinaus sei die Übertragung der höherwertigen Tätigkeit auf Herrn H. nicht betriebsüblich. Deshalb habe Herr H. auch aus der ursprünglich gebildeten Vergleichsgruppe aus sachlichen Gründen herausgenommen werden können.

25

Betriebsüblichkeit läge vor, wenn der Geschehensablauf so typisch sei, dass aufgrund der betrieblichen Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl vergleichbarer Fälle mit dieser Entwicklung gerechnet werden könne. Das Erstgericht habe Kriterien, nämlich Verbleib im Vergütungssystem und signifikante Entgelterhöhungen, herangezogen, die der Rechtsprechung des BAG widersprächen.

26

Selbst nach dem klägerischen Sachvortrag habe sich ergeben, dass das geforderte Kriterium der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle, nicht vorgelegen habe. Der Aufstieg in die VE5 sei die Ausnahme. Lediglich sechs Arbeitnehmer der VE6 würden in VG9 vergütet. Bei ihr seien 7.686 Arbeitnehmer in VE6 und 953 in VE5 zugeordnet.

27

Die Bildung einer Vergleichsgruppe sei auch nicht verbindlich; vielmehr könne ein Mitarbeiter aus der Vergleichsgruppe durch den Arbeitgeber entfernt werden, wenn dieser eine berufliche Entwicklung durchlaufen habe, die nicht betriebsüblich sei. Der Kläger sei in der VE6 mit den Softwareentwicklern 1, die in VG8 eingestuft seien, vergleichbar. Von den 2.504 Softwareentwicklern seien im Jahr 2023 34 und im Jahr 2024 30 Softwareentwickler von der VE6 in die VE5 ernannt worden, von 82 Systemprogrammierern im Jahr 2023 zwei und im Jahr 2024 einer von VE6 in VE5 ernannt worden.

28

In den Jahren 2023 und 2024 hätten sich 143 Softwareentwickler aus der VE6 für den Prozess #FührungskraftWerden beworben. Bei 82 Bewerbern sei kurzfristiges Potenzial identifiziert worden. 57 Personen hätten teilgenommen, davon hätten 26 Personen den Prozess abgeschlossen. Selbst wenn man von 746 Softwareentwicklern 1, die wie der Kläger in VE8 eingruppiert seien, ausgehen würde, sei das Tatbestandsmerkmal der Mehrzahl vergleichbarer Arbeitnehmer nicht erreicht, da die 30 bzw. 34 Mitarbeiter/innen prozentual einen Wert von 4,02 bis 4,55 Prozent repräsentieren würden.

29

Freigestellte Betriebsratsmitglieder könnten an diesem Prozess teilnehmen. Bei diesem Prozess ginge es nicht um eine Bewertung der aktuellen Tätigkeit des Bewerbers, sondern um die Entwicklung und gegebenenfalls Förderung und Entwicklung bisher noch nicht genutzten Potenzials.

30

Auch die Frage, ob die Mehrzahl der technischen Softwareentwickler in VE6, VG8 seit Beginn des Prozesses #FührungskraftWerden die Entwicklung nach VE5 erreicht haben, auf die der Kläger zuletzt nunmehr abstellen möchte, sei eindeutig zu verneinen. Der Kläger habe bezüglich der vergleichbaren Arbeitnehmer im Rahmen der Betriebsüblichkeit verschiedenen Sachvortrag geleistet. Ob nun auf Softwareentwickler, Softwareprogrammierer oder Software Engineers abzustellen sei, sei

entscheidungsunerheblich. In allen Fällen habe keinesfalls die Mehrheit einen Aufstieg in VE5, VG9 genommen oder eine Bezahlung in VE6, VG9 erhalten.

31

Keinesfalls sei nur auf die Mitarbeiter abzustellen, die aufgrund persönlichen Ehrgeizes und Initiative sich auf das Programm beworben haben, sondern auf die betriebsübliche Entwicklung der zu vergleichenden Mitarbeiter. So seien unter Bildung von drei Vergleichsgruppen, einmal Softwareentwickler 1 und Systemprogrammierer 1, zuzuordnen einer technischen Jobrolle oder mit dem Tätigkeitsprofil und Jobrolle Software Engineer festzustellen, dass bei 679 Mitarbeitern der Stellenbeschreibung Softwareentwickler 1, 196 Mitarbeiter der Jobrolle Software Engineer zugeordnet gewesen und von diesen im Jahr 2022 zwei Mitarbeiter den Aufstieg von VE6, VG8 in VE5, VG9 erreicht hätten. Von den 42 Mitarbeitern Systemprogrammierer 1 sei niemand der Jobrolle Software Engineer zugeordnet gewesen. Im Jahr 2023 hätten zwei von 211 Mitarbeitern der Stellenbeschreibung Softwareentwickler 1/Systemprogrammierer 1, Jobrolle Software Engineer, den Prozess durchlaufen und den Aufstieg erreicht, im Jahr 2024 von 276 keiner und derzeit von 293 habe nur ein Mitarbeiter die Perspektive zum Aufstieg.

32

Auch wenn man auf die 315 Personen abstellen möchte, die sich einer technischen Jobrolle zugeordnet haben, hätten von 12 Mitarbeitern, die sich im Jahr 2022 auf das Programm beworben hätten, vier im Jahr 2022, fünf im Jahr 2023, zwei im Jahr 2025 den Aufstieg erreicht. Im Jahr 2023 haben von 338 Personen acht Mitarbeiter an dem Programm teilgenommen und sieben im Jahr 2024 den Aufstieg erreicht. Im Jahr 2024 haben von 412 vier Mitarbeiter teilgenommen und drei den Aufstieg 2025 erreicht. Im Jahr 2025 hätten von 449 Mitarbeitern drei Mitarbeiter die Perspektive zum Aufstieg.

33

Selbst wenn man eine dritte Vergleichsgruppe bilden würde mit allen Mitarbeitern, die im Zeitraum von 2021 bis 2024 zu irgendeinem Zeitpunkt sich in eine technische Jobrolle eingetragen hätten, seien im Jahr 2022 nur noch drei weitere Mitarbeiter mit dem Aufstieg in VE5 zu berücksichtigen, im Jahr 2023 einer und im Jahr 2024 vier.

34

Unzutreffend sei die Behauptung des Klägers, er sei mit den Senior Software Engineers vergleichbar. Hiervon gäbe es im ganzen Unternehmen der Beklagten nur sechs und diese seien Spezialisten.

35

Somit sei dargelegt, dass seit Beginn des Prozesses #FührungskraftWerden gerade nicht die Mehrzahl der technischen Softwareentwickler der VE6, VG8, die Entwicklung nach VE5, VG9 erreicht hätten.

36

Unzutreffend sei auch die unsubstantiierte Behauptung des Klägers, der Prozess „FührungskraftWerden richte sich faktisch nur an nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder.

37

Jedem Mitarbeiter stünde es frei, einen Mentor auszuwählen; unzutreffend sei auch die Behauptung, dass eine Bewertung der Betriebsratsarbeit stattfinden müsste.

38

Die Beklagte beantragt daher,

das Endurteil des Arbeitsgerichtes Nürnberg vom 10.06.2024 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

39

Der Kläger beantragt,

die Zurückweisung der Berufung.

und im Schriftsatz vom 08.09.2025 erstmalig hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag, die Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 10.06.2024, Az. 3 Ca 319/24, kostenpflichtig zurückzuweisen,

festzustellen, dass die Beklagte und Berufungsklägerin verpflichtet ist, den Kläger seit dem 01.04.2023, hilfsweise seit dem 01.07.2025, nach Vergütungsgruppe 9 zu vergüten und die Bruttonachzahlungsbeträge

ab dem auf den jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt folgenden Tag mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

40

Die Beklagte willigt in die Klageerweiterung nicht ein und bestreitet die vom Kläger im Schriftsatz vom 08.03.2025 aufgestellten Behauptungen.

41

Der Kläger trägt in der Berufung vor, dass die Ernennung des Herrn H. in die VE5 und in die Vergütung VG9 nicht als eine atypische und rein individuelle Entwicklung anzusehen sei. Herr H. hätte nicht aus der Vergleichsgruppe genommen werden dürfen. Eine betriebsübliche berufliche Entwicklung läge nur dann nicht vor, wenn die Besserstellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuelle, nur auf diese bzw. diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruhe. Betriebliche oder außerbetriebliche Maßnahmen der beruflichen Fortbildung, an denen generell vergleichbare Arbeitnehmer teilgenommen hätten und deshalb mit höher vergüteter Arbeit beschäftigt werden würden, seien im Sinne von § 37 Abs. 4 BetrVG zu berücksichtigen, wenn dem Betriebsratsmitglied wegen seiner Amtstätigkeit die Teilnahme nicht möglich gewesen sei. Herr H. habe das Programm über die Potenzialidentifikation und Entwicklung von Mitarbeitern in eine höhere Vergütungsebene durchlaufen und sei in der Folge in VE5, VG9 befördert worden. Es handele sich dabei um eine allgemein für Mitarbeiter der VE6 zur Verfügung stehende Entwicklungsmöglichkeit. Freigestellten Betriebsratsmitgliedern sei es jedoch praktisch nicht möglich, diesen Prozess „FührungskraftWerden erfolgreich zu durchlaufen bzw. überhaupt daran teilzunehmen.

42

Obwohl viele Arbeitnehmer an diesem Prozess teilnehmen würden und letztendlich im Ergebnis irgendwann deren überwiegende Mehrheit Führungskraft werde, habe der Kläger aufgrund seiner Freistellung nie diese Chance gehabt. Wäre er nicht freigestellt, wäre er als Teilnehmer in Frage gekommen und hätte sich sicher als Potenzialkandidat beworben.

43

Die Herausnahme des Herrn H. aus der Vergleichsgruppe stelle daher eine Benachteiligung im Sinne des § 78 BetrVG dar. Bei der Beklagten würden ca. 97 Prozent aller Führungskräfte über das Programm #FührungskraftWerden rekrutiert. Deshalb habe er ursprünglich von zehn Prozent aller Arbeitnehmer gesprochen. Die starre Bindung der Vergütungsgruppe an die Verantwortungsebene werde bei der Beklagten auch immer mehr aufgeweicht. So sei ein Pilotprogramm, Arbeitnehmer der VE6 in VG9 zu vergüten, verlängert worden.

44

Die individuell vereinbarte Vergleichsgruppe sei auch bindend und könne nicht einseitig vom Arbeitgeber geändert werden. Eine Herausnahme käme nur in Betracht, wenn der ursprünglich vergleichbare Mitarbeiter eine ganz außergewöhnliche, individuelle Entwicklung durchlaufen hätte, die offensichtlich nicht mehr betriebsüblich sei.

45

Er sei mit Softwareentwicklern 1 und Systemprogrammierern 1, die in VG8 eingruppiert seien, vergleichbar. Unter dem Begriff Softwareentwickler würden aber auch Mitarbeiter fallen mit einem betriebswirtschaftlichen Hintergrund, sodass die sog. Requirement Engineers als nicht vergleichbar hinsichtlich der Tätigkeit, des beruflichen Hintergrundes und der fachlichen Qualifikation anzusehen seien und damit unberücksichtigt bleiben müssten. Bei der Beklagten seien 1.182 Software Engineers, d. h. technische Softwareentwickler beschäftigt. Die übliche Laufbahn eines technischen Softwareentwicklers der VE6 laufe typischerweise wie folgt ab: Ausbildung zum BVKaufmann, Einstieg als Softwareentwicklungsassistent, Softwareentwicklungsassistent 1, Beförderung zum Softwareentwickler 3, Beförderung zum Softwareentwickler 2, Beförderung zum Softwareentwickler 1, Pilotprojekt von VE6 in VG9, Teilnahme am Prozess #FührungskraftWerden. Die Entwicklung zur VE5, VG9 würde dann im Wesentlichen von den Ambitionen des jeweiligen Mitarbeiters und dessen Initiative abhängen. Nicht jeder Software Engineer oder Softwareentwickler mit einer anderen Rollenbeschreibung hätte jedoch die Ambition, Führungskraft zu werden. Der Kläger sei unter den Software Engineers der Gruppe der „Ambitionierten“ zuzuordnen. Er hätte sich, wäre er nicht Betriebsratsmitglied geworden, wie sein Kollege H. für den Prozess

#FührungskraftWerden beworben. Er wäre geradezu prädestiniert dazu gewesen, an diesem Prozess teilzunehmen und diesen erfolgreich zu durchlaufen.

46

Aufgrund des Pilotprogramms sei es künftig auch nicht mehr die Regel, dass Mitarbeiter der VE6 nicht in VG9 eingruppiert werden können. Es entspreche zukünftig nicht mehr der Regel, dass der Aufstieg in die VE5 Voraussetzung für eine Eingruppierung in VG9 sei.

47

§ 37 Abs. 4 BetrVG sei nicht abschließend und schließe eine einvernehmliche Regelung der Beteiligten zu Beförderungen oder Vergütungsfragen nicht aus; diese seien am Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG zu messen. Das Begünstigungsverbot sei nur dann verletzt, wenn die Beförderung oder die Leistung einer Vergütung ohne das Betriebsratsamt nicht stattgefunden hätte, also bei einer Besserstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruhen. Damit sei die Bildung einer Vergleichsgruppe bindend. Eine Vergleichsgruppe sei nur dann nicht bindend, wenn ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot vorliegen würde.

48

Der Kläger mache keine Eingruppierung in die Vergütungsgruppe 9 geltend; er möchte eine Gehaltsanpassung nach dem Durchschnittsgehalt der vereinbarten Vergleichsmitarbeiter, d.h. unter Berücksichtigung des Herrn H.. Von allen 149 Softwareentwicklern, die sich beworben haben, sei bei 82, d.h. der Mehrheit, ein kurzfristiges Potenzial identifiziert worden. Damit würden Mitarbeiter, die sich als Potenzialkandidat beworben hätten, mit einer deutlich über 50 Prozent liegenden Wahrscheinlichkeit den Prozess #FührungskraftWerden durchlaufen und bei Freiwerden einer entsprechenden Stelle in VE5, VG9 wechseln. Der Verbleib des Herrn H. in der Vergleichsgruppe hätte daher der üblichen Laufbahn eines Softwareentwicklers mit Ambitionen entsprochen, wie sie auch der Kläger eingeschlagen hätte. Dieser geltend gemachte Anspruch stünde dem Kläger auch nach § 78 Satz 2 BetrVG zu. Bei § 78 Satz 2 BetrVG komme es, anders als bei § 37 Abs. 4, auf die hypothetische berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitgliedes selbst an. Der Kläger hätte sich als Potenzialkandidat gemeldet, wäre er nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied. Selbst wenn eine Teilnahme an dem Prozess erfolglos geblieben wäre, sei das Betriebsratsmitglied dem Mitarbeiter gleichzustellen, der nunmehr einen Anspruch auf eine höhere Vergütung hätte, da sich in der Regel nicht feststellen lasse, ob der Misserfolg durch die Amtstätigkeit bedingt sei oder nicht. Der Kläger könnte daher sogar die Höhergruppierung nach VG9 verlangen.

49

Mit Schriftsatz vom 08.09.2025 bestreitet der Kläger die von der Beklagten genannten Zahlen. Aber selbst diese als wahr unterstellt, würden sie – seiner Ansicht nach – ergeben, dass mindestens dreiviertel der Teilnehmer an diesem Programm grundsätzlich spätestens drei Jahre nach Teilnahme in die VG9 aufgestiegen seien. Nunmehr sei auch festzustellen, dass Herr L., der Herrn H. als Ersatz in die Vergleichsgruppe gefolgt sei, zum 01.07.2025 ebenfalls nach erfolgreichem Durchlaufen des Prozesses „FührungskraftWerden in die VE5, VG9 gewechselt habe. Von den insgesamt vier zu berücksichtigenden Vergleichsmitarbeitern hätten somit zwei den Aufstieg erreicht. Nunmehr müsste Herr L. ja – unter Zugrundelegung der Auffassung der Beklagten – ebenfalls aus der Vergleichsgruppe genommen werden. Damit sei eine vollständige Vergleichsgruppe mit drei Mitarbeitern nicht mehr vorhanden. Es müsste eine neue Vergleichsgruppe gebildet werden, bei der zu berücksichtigen sei, dass der Kläger als seit vielen Jahren freigestelltes Betriebsratsmitglied zwischenzeitlich berufliche Entwicklungen durchlaufen und weitere Kompetenzen sich angeeignet habe. Der Kläger sei Listenführer einer Minderheitenliste im Betriebsrat, Vorsitzender des Umwelt- und Nachhaltigkeitsausschusses und Ersatzmitglied in diversen weiteren Ausschüssen. Er nehme an zahlreichen Personalgesprächen teil und halte häufig Reden auf Betriebsversammlungen. Er habe Führungs- und Verhandlungsqualitäten erworben und weiter ausgebildet, die ihn geradezu prädestiniert für den Prozess #FührungskraftWerden machen würden. Bei der Frage der Vergleichbarkeit und Neubildung einer Vergleichsgruppe müssten diese im Rahmen der Betriebsratsaktivität erworbenen Fähigkeiten berücksichtigt werden. Die Wertung des § 37 Abs. 4 Satz 5 BetrVG neue Fassung, wonach eine durch Betriebsvereinbarung gebildete Vergleichsgruppe nur auf grobe Fahrlässigkeit hin überprüft werden könne, müsse bei einer nach § 37 Abs. 4 BetrVG gebildeten Vergleichsgruppe herangezogen werden.

Mit der Klageerweiterung mache er nunmehr hilfsweise einen Anspruch auf Eingruppierung in VG9 geltend. Er sei ebenso wie Herr H. und Herr L. ambitioniert, aufzusteigen. Er habe dieselbe Entwicklung wie Herr H. und Herr L. vom DV-Kaufmann zum Softwareentwickler 1 durchlaufen. Hätte der Kläger sich nicht als Betriebsratsmitglied freistellen lassen, hätte er sich ebenso für das Verfahren für die Potenzialidentifikation gemeldet und dieses durchlaufen. Er hätte sich aufgrund der bisherigen Laufbahn und der engen Zusammenarbeit mit Herrn H. zusammen mit diesem zu dem Programm gemeldet, spätestens jedoch zusammen mit Herrn L.. So wäre er wie Herr H. im April 2023 bzw. wie Herr L. spätestens im Juli 2025 nach der VG9 zu bezahlen. Nach dem Pilotprojekt „Förderung unternehmenskritischer Skills“ mit einer Bezahlung nach VG9 in VE6 seien zwischenzeitlich im Jahr 2024 fünf und im Jahr 2025 neun Softwareentwickler 1 in VG9 eingruppiert worden. Damit hätte die Mehrheit der mit dem Kläger vergleichbaren Mitarbeiter die Entwicklung von VG8 in VG9 erreicht.

51

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze und ihren Erklärungen in den mündlichen Verhandlungen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

52

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft und form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 64 Abs. 2b, § 66 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

53

Die Berufung ist auch begründet. Sie führt zur Aufhebung des Ersturteils und zur Klageabweisung. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrten Erhöhungen seines Gehaltes und der individuellen Leistungsprämie nach § 37 Abs. 4 BetrVG. Die Herausnahme des Mitarbeiters H. aus der ursprünglich gebildeten Vergleichsgruppe war nicht zu beanstanden, da dieser mit der Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit keine betriebsübliche Entwicklung im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG durchlaufen hat.

54

1. Nach § 37 Abs. 4 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dadurch soll sichergestellt werden, dass Mitglieder des Betriebsrates weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher Entwicklung Nachteile erleiden (BAG, Urteil vom 23.11.2022, Az. 7 AZR 122/22, m.w.H.; in juris recherchiert).

55

a. § 37 Abs. 4 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied nicht die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Das Betriebsratsmitglied hat während der Dauer seiner Amtszeit Anspruch auf Gehaltserhöhung in dem Umfang, in dem die Gehälter vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung erhöht werden. Die Entgeltentwicklung des Betriebsratsmitglieds darf während der Dauer seiner Amtszeit in Relation den vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher Entwicklung nicht zurückbleiben.

56

b. Betriebsüblich im Sinne von § 37 Abs. 4 BetrVG ist die Entwicklung, die bei objektiv vergleichbarer Tätigkeit Arbeitnehmer mit vergleichbarer fachlicher und persönlicher Qualifikation bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben (BAG, Urteil vom 17.08.2005, Az. 7 AZR 528/04 m.w.H., in juris recherchiert). Dabei muss der Geschehensablauf so typisch sein, dass aufgrund der betrieblichen Gepflogenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit dieser Entwicklung gerechnet werden kann. Deshalb ist die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten nur dann betriebsüblich im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG, wenn nach den betrieblichen Gepflogenheiten auch dem Betriebsratsmitglied die höherwertige Tätigkeit hätte übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht. Nicht ausreichend ist deshalb, dass das Betriebsratsmitglied bei der Amtsübernahme in seiner bisherigen beruflichen Entwicklung einem vergleichbaren Arbeitnehmer vollkommen gleichgestanden hat.

Die bloße Vergleichbarkeit der beruflichen Entwicklung der Arbeitnehmer in der Vergangenheit ist ebenfalls nicht ausreichend (BAG, Urteil vom 23.11.2022, Az. 7 AZR 122/22; Urteil vom 13.11.1987, Az. 7 AZR 550/86, in juris recherchiert).

57

Eine Betriebsüblichkeit der beruflichen Entwicklung liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn die Besserstellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuellen, nur auf diese Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruht (BAG, Urteil vom 15.08.2024, Az. 6 AZR 799/23; Urteil vom 22.01.2020, Az. 7 AZR 222/19, in juris recherchiert). Aber dies ist nur ein Grund, der die Betriebsüblichkeit ausschließt, nicht jedoch der einzige. Eine Betriebsüblichkeit ist auch dann zu verneinen, wenn die berufliche Entwicklung nicht regelhaft oder typischerweise erfolgt. Vor dem Hintergrund des Schutzzweckes des § 37 Abs. 4 BetrVG im Sinne eines Mindestschutzes ist auf keine individuelle berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitgliedes abzustellen, sondern das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung heranzuziehen.

58

Maßgeblich ist also schutzzweckbezogen nicht die hypothetische Entwicklung des Betriebsratsmitgliedes selbst, sondern die betriebliche Weiterentwicklung, die ein vergleichbarer Arbeitnehmer nach den betriebsüblichen Umständen durchläuft. Der Geschehensablauf muss 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, Urteil vom 15.08.2024, a.a.O.).

59

c. Nach § 37 Abs. 4 Satz 3 BetrVG neue Fassung ist die Vergleichsgruppe auf den Zeitpunkt der erstmaligen Amtsübernahme zu bilden, soweit nicht ein sachlicher Grund für eine spätere Neubestimmung vorliegt. Die erst mit Wirkung vom 25.07.2024 geltende Vorschrift entspricht im Wesentlichen jedoch der Rechtsprechung des BAG vor Inkrafttreten der Reform. Auch schon vor der Reform hat das BAG anerkannt, dass die Vergleichsgruppe in bestimmten Fällen auf einen späteren Zeitraum als die Amtsübernahme neu zu bilden sein kann (so auch Dzida/Castrup in Betriebsberater 2024, 1844 ff.; NZA 2025, 953 ff., m.w.H.).

60

Es stellt sich die Frage, wann ein sachlicher Grund für eine Neubildung der Vergleichsgruppe vorliegt. § 37 Abs. 4 BetrVG soll nicht die individuelle Entwicklung des Betriebsratsmitgliedes sicherstellen (BAG, Urteil vom 23.11.2022, Az. 7 AZR 122/22, in juris recherchiert). Der Mindestentgeltanspruch des § 37 Abs. 4 BetrVG erfasst nach seiner Konzeption keine hypothetischen Verläufe beruflichen Aufstiegs. Diese sind Gegenstand eines Anspruchs nach § 611 BGB in Verbindung mit § 78 Satz 2 BetrVG (BTdrucksache 20/9469,10).

61

Ändern sich die Rahmenbedingungen für die Vergleichbarkeit – vornehmlich also Tätigkeit und Qualifikation – in einem so erheblichen Maße, dass sie diesen Zweck nicht mehr erfüllen können, ist die Vergleichsgruppe neu zu bilden.

62

Daraus folgt, dass sich die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds am Durchschnitt der Gehaltserhöhung der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer zu orientieren hat, sofern deren weitere berufliche Entwicklung betriebsüblich verlaufen ist.

63

d. Die Tatsachen zur Darlegung einer betriebsüblichen Praxis hat das Betriebsratsmitglied vorzutragen, unter Berücksichtigung der ihm zugänglichen Tatsachen, d.h. er hat darzulegen, aus welchen Umständen auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit zu schließen ist, dass die Mehrzahl der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer die behauptete Gehaltsentwicklung genommen hat (BAG, Urteil vom 04.11.2015, Az. 7 AZR 972/13; Urteil vom 15.08.2024, Az. 6 Sa 799/23, in juris recherchiert).

64

Verfügt das Betriebsratsmitglied wegen der Größe des Betriebes nicht über ausreichende Erkenntnismöglichkeiten kann es genügen, wenn das Betriebsratsmitglied Referenzfälle schlüssig darlegt, aus denen sich auf die betriebsübliche Beförderungspraxis in dem Zeitraum seiner Zugehörigkeit zum Betriebsrat schließen lässt (BAG, Urteil vom 15.08.2024, a.a.O.).

65

Insoweit ist unter Anwendung des im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren geltenden Beibringungsgrundsatzes davon auszugehen, dass das Gericht seiner Entscheidung nur die Tatsachen zugrunde legen darf, die die Parteien vorgetragen haben. Übereinstimmend Vorgetragenes und Zugestandenes ist grundsätzlich ohne Beweisaufnahme zu übernehmen, §§ 138 Abs. 3, 288 ZPO. Zudem sind die Grundsätze der sekundären Darlegungslast zu berücksichtigen. Ist der darlegungspflichtigen Partei ein näheres Vorbringen zu den erforderlichen Tatsachen nicht möglich oder zumutbar, während der bestreitende Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und diesem nähere Angaben zumutbar sind, kann von diesem nach dem Grundsatz der sekundären Darlegungslast das substantiierte Bestreiten einer durch die darlegungspflichtige Partei behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechende Tatsachenumstände und damit der Vortrag positiver Gegenangaben verlangt werden. Kommt der sekundär Darlegungspflichtige seiner Vortragslast nicht nach, gilt die Behauptung des primär Darlegungspflichtigen im Sinne von § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BAG, Urteil vom 20.03.2024, Az. 4 AZR 142/23, in juris recherchiert).

66

2. Diese Grundsätze ergeben für den vorliegenden Fall, dass der Mitarbeiter H. zwar zur Zeit der Übernahme des Betriebsratsamtes durch den Kläger unstreitig mit diesem vergleichbar war. Jedoch hat die Beklagte diesen Mitarbeiter aus dem Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer aufgrund der Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit als Teamleiter seit April 2023 zu Recht im Jahr 2023 herausgenommen.

67

a. Die Übereinkunft der vergleichbaren Arbeitnehmer zwischen dem Kläger und der Beklagten ist entgegen der Ansicht des Klägers keine Eingehung einer Verbindlichkeit dahingehend, dass das Gehalt des Klägers unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 37 Abs. 4 BetrVG an die Gehaltsentwicklung dieser Vergleichsgruppe anzupassen ist (BAG, Urteil vom 19.01.2005, Az. 7 AZR 208/04, in juris recherchiert). Eine Bindung an eine erfolgte Festlegung einer Vergleichsgruppe besteht somit gerade nicht. Nimmt ein oder mehrere Arbeitnehmer der Vergleichsgruppe – jedenfalls aber nicht die Mehrheit – an einer nicht betriebsüblichen beruflichen Entwicklung teil, so besteht kein Anspruch des freigestellten Betriebsratsmitgliedes auf eine Anpassung an die Gehaltsentwicklung unter Berücksichtigung der zu Recht aus der Vergleichsgruppe entnommenen Kollegen.

68

b. Vielmehr ist ein Arbeitnehmer somit aus der Vergleichsgruppe zu entfernen, wenn diesem eine höherwertige Tätigkeit übertragen worden ist und diese Übertragung der höherwertigen Tätigkeit nicht betriebsüblich ist. Dies hat die Beklagte getan und aufgrund eines sachlichen Grundes den Arbeitnehmer H. aus der Vergleichsgruppe genommen.

69

Zunächst ist klarzustellen, dass bereits nicht die Mehrheit der Arbeitnehmer aus der Vergleichsgruppe einen Aufstieg von VG8 in VG9 erreicht haben. Selbst unter Berücksichtigung des auf Herrn H. in die Vergleichsgruppe nachfolgenden Herrn L. haben von vier Arbeitnehmern der Vergleichsgruppe zwei den Aufstieg geschafft und damit eben gerade nicht die Mehrzahl. Aber auch die Übertragung der höherwertigen Tätigkeiten und der Aufstieg von Vergütungsgruppe 8 in Vergütungsgruppe 9 ist nicht betriebsüblich.

70

c. Die Beklagte ist bezüglich der Betriebsüblichkeit ihrer sekundären Darlegungslast in vollem Umfang nachgekommen. Insoweit hat sie die Behauptungen des Klägers, dass zu den vergleichbaren Arbeitnehmern die Softwareentwickler 1 und die Systemprogrammierer 1 im technischen Bereich und mit einer Jobrolle Software Engineers zählen, ihrer Darlegung zugrunde gelegt und insoweit konkret unter Angabe der Anzahl der unter die jeweiligen Gruppen fallenden Arbeitnehmer und der Arbeitnehmer, die sich auf das Programm #FührungskraftWerden beworben haben, insbesondere auch unter Nennung der Namen aufgezeigt. Hieraus ergibt sich unter Zugrundelegung aller Vergleichsgruppen jedoch eindeutig, dass insoweit jeweils nur ein ganz geringer Prozentsatz tatsächlich eine Gehaltsentwicklung von VG8 in VG9 durchlaufen hat.

71

Entgegen der Ansicht des Klägers ist im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG gerade nicht auf den Kreis der Arbeitnehmer abzustellen, die sich auf das Programm beworben und dieses durchlaufen haben, da er sich

ebenfalls als für entsprechend ambitioniert, ehrgeizig und führungsgeeignet hält. Auf diese subjektiven Komponenten in der Person des Betriebsratsmitgliedes kommt es aber im Rahmen des § 37 Abs. 4 BetrVG gerade nicht an, sondern es ist objektiv auf die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer abzustellen, d.h. auf die Softwareentwickler 1 und Systemprogrammierer 1 im technischen Bereich, die sich alle auf das Programm #FührungskraftWerden hätten bewerben können. Die Frage, warum dies die Mehrzahl dieser Mitarbeiter nicht gemacht habe, spielt keine Rolle. Jedenfalls liegt insoweit gerade keine betriebsübliche Entwicklung dieses Personenkreises vor. Es ist aber auf die übliche Entwicklung der Mehrheit der vergleichbaren Arbeitnehmer nach objektiven Maßstäben abzustellen.

72

§ 37 Abs. 4 BetrVG nimmt die bei Amtsübernahme existierende Vergleichsgruppe in Bezug, ein Anspruch nach § 78 Satz 2 BetrVG die Situation bei der Amtsausübung. Vergütungserhöhungen bei Kollegen, die nicht mit dem Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 4 BetrVG vergleichbar waren und bei denen dies gegenwärtig ebenfalls nicht mehr gegeben ist, dürfen zugunsten des Betriebsratsmitgliedes aber nicht berücksichtigt werden. Allein die Möglichkeit oder eine Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Entwicklung genügt nicht im Sinne des § 37 Abs. 4 BetrVG.

73

Die Frage, ob und wie die Vergleichsgruppe wieder mit drei zum Zeitpunkt der Amtsübernahme vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher Entwicklung zukünftig neu zu bilden ist, ist vorliegend nicht zu entscheiden.

III.

74

Der erstmalig mit Schriftsatz vom 08.09.2025 hilfsweise für den Fall der Stattgabe der Berufung gemäß § 78 BetrVG gestellte Antrag auf Zahlung einer Vergütung nach VG9 ab 01.04.2023 bzw. 01.07.2025, ist zur Entscheidung angefallen, aber als unzulässig zurückzuweisen. Die Voraussetzungen des § 533 ZPO liegen nicht vor.

75

1. Für die Zulässigkeit einer Klageerweiterung im Berufungsverfahren gelten aufgrund des Verweises in § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Grundsätze des § 533 ZPO. Danach ist eine Klageerweiterung in der Berufungsinstanz zulässig, wenn entweder der Gegner einwilligt oder das Gericht die Klageerweiterung für sachdienlich hält und diese auf Tatsachen gestützt ist, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde zu legen hat (BAG, Urteil vom 14.12.2017, Az. 2 AZR 86/17; LAG Berlin, Urteil vom 12.02.2021, Az. 9 Sa 926/19, in juris recherchiert).

76

2. Bei den Ansprüchen eines freigestellten Betriebsratsmitgliedes auf eine bestimmte Vergütung – im Sinne deren Erhöhung – aus § 37 Abs. 4 BetrVG und aus § 78 Satz 2 BetrVG in Verbindung mit § 611a Abs. 2 BGB (hypothetische Karriere bzw. fiktiver Beförderungsanspruch) handelt es sich um unterschiedliche Streitgegenstände (Anspruchshäufung und keine Anspruchskonkurrenz). Die – gegebenenfalls einheitliche – Rechtsfolge (Zahlung der Vergütung in einer bestimmten Höhe) leitet sich aus verschiedenen Lebenssachverhalten ab. Während die Erhöhung der Vergütung eines Betriebsratsmitgliedes nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG unter dem Gesichtspunkt der betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer geboten ist, knüpft § 78 Satz 2 BetrVG in Verbindung mit § 611a Abs. 2 BGB daran an, dass dem Betriebsratsmitglied eine berufliche Entwicklung zu gewährleisten ist, die derjenigen entspricht, die es ohne Amtstätigkeit durchlaufen hätte. Es bedarf hierzu unterschiedlichen Sachvortrags und unterschiedlichen Feststellungen (BAG, Urteil vom 22.01.2020, Az. 7 AZR 222/19, in juris recherchiert).

77

3. Die Beklagte hat der Klageerweiterung ausdrücklich widersprochen. Die Sachdienlichkeit kann zwar nicht verneint werden. Dieser steht grundsätzlich nicht entgegen, dass aufgrund der Klageerweiterung neues Parteivorbringen und gegebenenfalls Beweiserhebungen notwendig werden und der Gegenpartei eine Instanz genommen wird. Die Klageerweiterung kann vorliegend jedoch nicht gemäß § 533 Abs. 2 Nr. 2 ZPO in Verbindung mit § 67 Abs. 4 ArbGG auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht ohnehin zugrunde zu legen hätte. Vielmehr sind neue Feststellungen erforderlich. Der Sachvortrag des Klägers bezüglich des nunmehr gestellten Antrages nach § 78 Abs. 2 BetrVG wirft neue Fragen auf. Nachdem die

Beklagte den nunmehr neu vorgebrachten Sachvortrag des Klägers auch bestritten hat, wäre eine Fortsetzung der mündlichen Verhandlung erforderlich gewesen und der Rechtsstreit hätte sich verzögert, da er im Hinblick auf § 37 Abs. 4 BetrVG entscheidungsreif war.

78

a. Der fiktive Beförderungsanspruch aus § 78 Satz 2, 3 BetrVG erlaubt es dem Betriebsratsmitglied, eine höhere Vergütung zu verlangen, wenn er ohne Amtsübernahme in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen wäre. Ein Betriebsratsmitglied hat mehrere Möglichkeiten, einen solchen höheren Vergütungsanspruch zu begründen. So kann das Betriebsratsmitglied vortragen, dass seine Bewerbung auf eine konkrete Stelle gerade deshalb erfolglos geblieben ist, weil es freigestellt bzw. weil es Mitglied des Betriebsrates ist. Wenn sich ein Betriebsratsmitglied dagegen auf eine konkrete Stelle tatsächlich nicht beworben hat, muss zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs dargelegt werden, dass die Bewerbung gerade wegen der Freistellung unterlassen wurde und eine Bewerbung ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre. Als dritte Möglichkeit kann ein freigestelltes Betriebsratsmitglied argumentieren, dass eine tatsächliche oder fiktive Bewerbung zwar erfolglos geblieben wäre, dies aber gerade an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen gelegen habe oder der Arbeitgeber die fachliche und berufliche Qualifikation wegen der Freistellung nicht mehr beurteilen können und das Fehlen von feststellbarem aktuellen Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist (so Dzida/Castrup, BB 2024, 1844 ff.).

79

b. Der Anspruch nach § 78 Satz 2 BetrVG setzt allerdings voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass er ohne seine Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrates inzwischen mit einer Aufgabe betraut wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde (BAG, Urteil vom 17.08.2005, Az. 7 AZR 528/04). Es bedarf daher der Feststellung, dass das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte und er ohne seine Tätigkeit als Mitglied der Betriebsvertretung inzwischen mit einer Aufgabe betraut wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde (BAG, Urteil vom 17.08.2005, a.a.O.).

80

Der fiktive Beförderungsanspruch muss sich auf eine Stelle beziehen, die zum Zeitpunkt der verlangten fiktiven Beförderung frei war. Dies folgt daraus, dass der Amtsträger darlegen muss, dass ihm eine bestimmte Stelle nur wegen seiner Freistellung nicht übertragen worden ist. Als frei sind regelmäßig nur solche Arbeitsplätze anzusehen, die in dem Zeitpunkt, zu dem der fiktive Beförderungsanspruch geltend gemacht wird, noch unbesetzt waren (BAG, Urteil vom 25.02.2025, Az. 9 AZR 5/24, in juris recherchiert).

81

c. Die Frage, ob dem Kläger tatsächlich die Stelle des Herrn H. oder die Stelle des Herrn L. hätte – auch fiktiv – übertragen werden müssen, ist jedoch vorliegend offen und müsste vom Kläger nachgewiesen werden. Ohne zu prüfen, ob der Kläger besser als Herr H. oder Herr L. qualifiziert für die Beförderungsstellen war, lässt sich nicht feststellen, ob eine fiktive Bewerbung des Klägers auch Erfolgsaussichten gehabt hätte.

82

Den Klageantrag nach § 78 BetrVG hat der Kläger erstmals in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 08.09.2025 gestellt. Zuvor hat er ausdrücklich klargestellt, dass er einen Anspruch nach § 78 BetrVG nicht geltend machen will. Insoweit waren seitens der Beklagten auch keine Erwiderungen bis zu diesem Zeitpunkt notwendig oder erforderlich.

83

Nach §§ 533, 529 ZPO, 67 Abs. 4 ArbGG sind neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel jedenfalls in der Berufungsbegründung bzw. Berufungsbeantwortung vorzubringen. Werden sie später vorgebracht, sind sie nur zuzulassen, wenn sie erst später entstanden sind oder das verspätete Vorbringen nach der freien Überzeugung des Berufungsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder nicht auf Verschulden der Partei beruht.

84

Diese Voraussetzungen sind aber nicht gegeben. Die Zulassung der Klageerweiterung hätte gerade zur Verzögerung des Rechtsstreits geführt. Dieser war im Hinblick auf den ursprünglichen Streitgegenstand nach drei mündlichen Verhandlungen entscheidungsreif.

85

Nach alledem war das Endurteil des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klageerweiterung in der Berufungsinstanz abzuweisen.

IV.

86

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

V.

87

Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.