

## Mandanteninfo August 2018

### Wirtschaftliche Anpassung nach § 37 Abs. 4 BetrVG – gegebenenfalls auch für Ersatzmitglieder

*War ein Betriebsratsmitglied vor seiner Wahl in den Betriebsrat Ersatzmitglied und hat es während der Zeit der Ersatzmitgliedschaft zeitweise verhinderte Betriebsratsmitglieder vertreten, kommt es für die Ermittlung seines Anspruchs auf Anpassung des Arbeitsentgelts nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG auf die Entwicklung des Arbeitsentgelts der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Vertretung eines Betriebsratsmitglieds an, wenn nach Beendigung des jeweiligen Vertretungsfalls unter Einbeziehung des nachwirkenden einjährigen Schutzes nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ein durchgehender Schutzzeitraum bestand.*

BAG 21.02.2018 – 7 AZR 4496/16 – Leitsatz der Verf.

Der Kläger war ab 2000 Ersatzmitglied des Betriebsrats im Betrieb der Beklagten. Erstmals am 04.07.2000 und danach in regelmäßiger Folge nahm er an Sitzungen des Betriebsrats teil. Im März 2002 wurde er in den Betriebsrat gewählt. Mit seiner Klage forderte er die **Anpassung seines Arbeitsentgelts nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG** ab dem 01.01.2014 in Höhe von 353,69 Euro monatlich. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Arbeitnehmer J, P und R die maßgeblichen Vergleichspersonen sind.

Der Kläger und R wurden im Juli 2000 noch tariflich nach der höchsten Vergütungsgruppe VIII vergütet. Später rückten beide in den außertariflichen Bereich (sog. OT-Bereich) auf. J und P waren schon im Juli 2000 OT-Angestellte. Bei der Beklagten werden Tarifierhöhungen an die OT-Angestellten weitergegeben. Das geschah bis 2003 durch Weitergabe des Prozentsatzes. Seit 2004 wird der nominelle Erhöhungsbetrag der höchsten Tarifgruppe VIII zuzüglich der Verantwortungszulage weitergegeben. Zusätzlich erhalten die OT-Angestellten gegebenenfalls individuelle Erhöhungen ihres Arbeitsentgelts.

Im Anschluss an eine Auskunft seitens der Beklagten errechnete der Kläger, dass die durchschnittliche Steigerung des Arbeitsentgelts der Vergleichspersonen zwischen Juli 2000 und Januar 2014 1.714,78 Euro betrug, während seine Vergütung in diesem Zeitraum um 1.362,00 Euro erhöht war. Vor dem LAG Düsseldorf hatte er mit seiner Klage in Höhe von 83,75 Euro monatlich Erfolg. Auf die Revision beider Parteien hat das BAG die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

Im Wesentlichen war über zwei Fragestellungen zu entscheiden:

- Inwieweit sind für den Anpassungsanspruch nach § 37 Abs. 1 S. 1 BetrVG **Zeiten der Vertretung von Betriebsratsmitgliedern während einer Ersatzmitgliedschaft** zu berücksichtigen?
- Wie ist der Anpassungsanspruch von OT-Angestellten **mit unterschiedlichen Vergütungen** bei einer **Weitergabe von Tarifierhöhungen und individuellen Erhöhungen** des Arbeitsentgelts zu berechnen?

Stefan Bell  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Regine Windirsch  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Fachanwältin für Sozialrecht

Sigrid Britschgi  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Fachanwältin für Familienrecht

Christopher Koll  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Wiebke Haverkamp  
Rechtsanwältin

Stefanie Dach  
Rechtsanwältin

Ingrid Heinlein  
Vorsitzende Richter  
am LAG a.D.

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Tel. (02 11) 863 20 20  
Fax (02 11) 863 20 222  
info@fachanwaeltInnen.de

www.fachanwaeltInnen.de

Deutsche Bank, Ratingen  
BLZ 300 700 24  
Konto 477 455 005  
IBAN:  
DE27 300700240477455005  
BIC: DEUTDE33330333

St.-Nr. 5103/5013/0229

**Kooperation in  
Zivil- und Strafrecht**  
mit Kanzlei Tim Engels,  
Düsseldorf

Zu a): Der Schutz des Betriebsratsmitglieds nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG beginnt mit der Übernahme des Betriebsratsamts. Demgemäß kommt es auch zur Bestimmung, welche Personen Vergleichspersonen sind, auf diesen Zeitpunkt an. Für den Fall eines dauerhaften Nachrückens eines Ersatzmitglieds (§ 25 Abs. 1 S. 1 BetrVG) hat das BAG entschieden, dass der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn des Anpassungsanspruchs der Zeitpunkt des Nachrückens in den Betriebsrat ist (BAG 15.1.1992 7 AZR 194/91).

Vom BAG nicht entschieden war bisher, wie Fälle der zeitweiligen Vertretung zu behandeln sind (§ 25 Abs. 1 S. 2 BetrVG). In einem solchen Fall – so nun das BAG – kommt es jedenfalls dann auf das erstmalige Nachrücken des Ersatzmitglieds an, wenn **nach Beendigung des jeweiligen Verhinderungsfalls unter Einbeziehung des nachwirkenden jeweiligen Schutzes von einem Jahr nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG ein durchgehender Schutzzeitraum** bestand. Damit ist im vorliegenden Streitfall auf den Zeitraum ab 04.07.2000 bis zum geltend gemachten Anpassungszeitpunkt (01.01.2014) abzustellen, da von der ersten Vertretung am 04.07.2014 bis zur Wahl des Klägers als Betriebsratsmitglied im März 2002 kein Zeitraum vorlag, in dem er nicht unter den nachwirkenden Schutz nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG fiel.

Zu b): § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied nicht die der Höhe nach gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Vergütungsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Amtszeit in Relation zur Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung zurückgeblieben ist. Handelt es sich um eine kleine Vergleichsgruppe und sind die Erhöhungen unterschiedlich, kann nach der Rechtsprechung des BAG der Durchschnitt der den Angehörigen der Vergleichsgruppe gewährten Erhöhungen maßgebend sein.

Demgemäß hat das LAG ermittelt, in welchem prozentualen Verhältnis die Vergütung des Klägers im Juli 2000 zur Durchschnittsvergütung der Vergleichspersonen stand und angenommen, der Kläger habe am 01.01.2014 Anspruch auf eine Vergütung in Höhe des für Juli 2000 errechneten Prozentsatzes der Durchschnittsvergütung der Vergleichspersonen am 01.01.2014. Dabei hat das LAG jedoch übersehen, dass der Kläger, soweit es um die **anlässlich der Tarifierhöhungen erfolgten Vergütungssteigerungen** geht, **nicht ungünstiger behandelt wurde als die Vergleichspersonen**. Einen Anpassungsanspruch nach § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG hat er daher nur, soweit er bei den individuellen Erhöhungen der Vergütung benachteiligt wurde.

Das LAG muss nunmehr für jede Vergleichsperson errechnen, in welchem prozentualen Umfang ihre Vergütung außerhalb der regelmäßigen Tarifsteigerungen – ausgehend von der Vergütung im Juli 2000 – bis zum 01.01.2014 angehoben wurde. Sodann ist die Ausgangsvergütung des Klägers im Juli 2000 um den durchschnittlichen Prozentsatz der den Vergleichspersonen außerhalb der Tarifierhöhungen geleisteten Erhöhungen anzuheben.

#### **FAZIT:**

Da ein Ersatzmitglied im Vertretungsfall für die Dauer der Vertretung Mitglied des Betriebsrats ist, ist es nur konsequent, dass der nachwirkende Schutzzeitraum von einem Jahr nach einem Vertretungsfall hinzugerechnet wird. Offen bleibt, was bei einer Unterbrechung des Schutzzeitraums gilt. Die Berechnung des Anpassungsanspruchs bei unterschiedlich hohen Vergütungen auf der Basis der Durchschnittsvergütung der Vergleichspersonen hat das BAG bisher für möglich gehalten, wenn die Vergleichsgruppe klein ist. Offen ist, wann von einer „kleinen“ Vergleichsgruppe ausgegangen werden kann und wie die Berechnung bei größeren Vergleichsgruppen mit unterschiedlicher Vergütung zu erfolgen hat. Auch insoweit besteht daher weiterer Klärungsbedarf.

**Ingrid Heinlein, Vorsitzende Richterin am LAG a.D., Rechtsanwältin**