

# Bundesarbeitsgericht

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 611 BGB; §§ 37 Abs 4 S 1, 78 S 2 BetrVG; §§ 256 Abs 1, 257, 259, 139 Abs 2 ZPO

- 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.**
- 2. 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.**
- 3. Ein Anspruch eines Betriebsratsmitglieds auf Zahlung einer höheren Vergütung kann aus § 78 Satz 2 BetrVG folgen, wenn dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrats inzwischen mit einer Aufgabe betraut worden wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde.**
- 4. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gelangt mit der zulässigen Berufung der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff des ersten Rechtszugs auch dann in die Berufungsinstanz, wenn ihn das erstinstanzliche Gericht als unerheblich angesehen und es daher keine Feststellungen getroffen hat.**

BAG, Urteil vom 22.01.2020 Az. 7 AZR 222/19

#### **Tenor:**

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 29. November 2018 - 5 Sa 49/18 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

#### **Tatbestand:**

1

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche.

2

Der Kläger ist bei der beklagten Gewerkschaft und ihrer Rechtsvorgängerin seit dem 1. Oktober 1990 als Gewerkschaftssekretär beschäftigt. Nach der Gründung der Beklagten im März 2001 wurde der Kläger zum Mitglied des Betriebsrats des Landesbezirks Nord gewählt. Seit den Betriebsratswahlen im Mai 2006 ist der Kläger Betriebsratsvorsitzender und von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt.

3

Der Landesbezirk Nord der Beklagten gliedert sich in neun Bezirke und zwölf Fachbereiche. Jeder Bezirk wird von einem sog. Bezirksgeschäftsführer geleitet. Im Jahr 2006 gab es für jeden Bezirksgeschäftsführer jeweils vier stellvertretende Bezirksgeschäftsführer mit einem Stellenanteil von 0,2, insgesamt also 36 stellvertretende Bezirksgeschäftsführer. Diese Anzahl der Stellvertreterpositionen sollte dazu dienen, alle Gründungsgewerkschaften angemessen in Führungspositionen zu repräsentieren. Seit dem Jahr 2008 gibt es für jeden Bezirksgeschäftsführer nur noch einen Stellvertreter mit einem Stellenanteil von 1,0. Bei den stellvertretenden Bezirksgeschäftsführern handelt es sich um Gewerkschaftssekretäre. Die Führungsfunktionen werden aus dem Kreis der Gewerkschaftssekretäre besetzt.

4

Das bei der Beklagten angewendete Vergütungssystem ergibt sich aus der Gesamtbetriebsvereinbarung Entgelt (im Folgenden GBV-Entgelt) aus dem Jahr 2012. Diese lautet auszugsweise wie folgt:

„Entgeltgruppe 8 ...

Tätigkeitsbeispiele:

Funktionsstufe 1 ...

8.1.1

Gewerkschaftssekretär/in mit Betreuungsbereich, denen als zusätzliche Aufgabe überbezirkliche und/oder landesbezirksübergreifende

Tarifarbeit

Betreuungsaufgaben von betrieblichen Mitbestimmungsgremien (z.B. GBR-, HPR, MAVen)

Koordination von Branchen- bzw. Teilbranchenarbeit nicht nur in Ausnahmefällen übertragen wurden

8.1.2

stellvertretende/r Bezirksgeschäftsführer/in in Bezirken bis 14.999 abgerechnete Mitglieder<sup>2</sup>

Funktionsstufe 2 ...

8.2.1

stellvertretende/r Bezirksgeschäftsführer/in in Bezirken ab 15.000 abgerechnete Mitglieder<sup>2</sup>

...

Entgeltgruppe 9 ...

Hierunter fallen abschließend folgende Funktionen:

Funktionsstufe 1 ...

9.1.1

Bezirksgeschäftsführer/in eines Bezirkes mit bis zu 14.999 abgerechneten Mitgliedern<sup>2</sup>

9.1.2

Landesfachbereichsleiter/in eines Landesfachbereiches mit bis zu 14.999 abgerechneten Mitgliedern<sup>2</sup>

...

Funktionsstufe 2 ...

9.2.1

Bezirksgeschäftsführer/in eines Bezirkes ab 15.000 abgerechneten Mitgliedern<sup>3</sup>

9.2.2

Landesfachbereichsleiter/in eines Landesfachbereiches ab 15.000 abgerechneten Mitgliedern<sup>3</sup>“

5

Die Fußnoten 2 und 3 lauten:

„Ist die Zahl der abgerechneten Mitglieder für die Eingruppierung erheblich, wird auf den Durchschnitt der letzten vier Quartale abgestellt.“

6

Der Kläger war vor seiner Freistellung mit einem Stellenanteil von 0,8 als Betreuungssekretär Handel und mit einem Stellenanteil von 0,2 als stellvertretender Bezirksgeschäftsführer im Bezirk K tätig und wurde dementsprechend - auch während seiner Freistellung - nach der Entgeltgruppe 8.2 GBV-Entgelt vergütet. Mit Schreiben vom 7. Juni 2016 beantragte der Kläger die Höhergruppierung in die Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt. Daraufhin gruppierte die Beklagte den Kläger mit Wirkung ab dem 1. August 2016 in die Entgeltgruppe 9.1 GBV-Entgelt ein. Zu diesem Zeitpunkt waren drei der neun Bezirksgeschäftsführer (K, R und L) und zwei Fachbereichsleiter (Fachbereiche 3 und 12) aufgrund der jeweiligen Mitgliederzahlen in die Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt eingruppiert. Aufgrund seiner Tätigkeit als Tarifkoordinator erhielt der Landesfachbereichsleiter des Fachbereichs 6 ebenfalls eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt.

7

Mit seiner bei dem Arbeitsgericht am 11. September 2017 eingegangenen und der Beklagten am 18. September 2017 zugestellten Klage hat der Kläger die Zahlung der Vergütungsdifferenz zwischen den Entgeltgruppen 9.1 und 9.2 GBV-Entgelt für den Zeitraum von August 2016 bis einschließlich Oktober 2017 verlangt sowie die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm ab November 2017 eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt zu zahlen. Er hat geltend

gemacht, nach der betriebsüblichen Entwicklung wäre er - was sich auch aus seiner Eingruppierung ergebe - spätestens mit Wirkung ab dem 1. August 2016 mit den Aufgaben eines Bezirksgeschäftsführers betraut worden. Er sei unter Berücksichtigung seiner Leistungsstärke nur mit der Bezirksgeschäftsführerin im Bezirk Nord/Ost D, dem Bezirksgeschäftsführer im Bezirk L W, dem Bezirksgeschäftsführer im Bezirk R F sowie mit dem Landesbezirksleiter Handel B vergleichbar. Die Beklagte besetze ihre Führungspositionen in der Regel aus dem Kreis der im Bezirk beschäftigten Gewerkschaftssekretäre; dies sei in sieben von neun Bezirken praktiziert worden. Daher sei zu erwarten gewesen, dass er im Bezirk K mit derzeit mehr als 15.000 zahlenden Mitgliedern eingesetzt worden wäre oder im Bezirk L, da er dort seine Betriebsratsarbeit leiste. Im Übrigen hätten sich der im Jahr 2009 altersbedingt ausgeschiedene Bezirksgeschäftsführer des Bezirks K, Herr M, sowie der Bezirksvorstand seinerzeit dafür ausgesprochen, dass er - der Kläger - Nachfolger von Herrn M werden solle. Er habe aber aufgrund seiner Betriebsratsstätigkeit von einer Bewerbung abgesehen.

8

Der Kläger hat beantragt,

1.

die Beklagte zu verurteilen, an ihn ab 1. November 2016 3.433,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. September 2017 zu zahlen,

2.

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn ab November 2017 Vergütung nach Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt zu zahlen.

9

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei mit sämtlichen im Zeitpunkt seiner Freistellung vorhandenen 36 stellvertretenden Bezirksgeschäftsführern vergleichbar. Eine Entwicklung vom stellvertretenden Bezirksgeschäftsführer zum Bezirksgeschäftsführer eines Bezirks mit mehr als 15.000 abgerechneten Mitgliedern (sog. großer Bezirk) sei nicht betriebsüblich, ebenso wenig eine Beförderung innerhalb desselben Bezirks. Von den derzeit neun Bezirksgeschäftsführern seien lediglich zwei zuvor stellvertretende Bezirksgeschäftsführer gewesen, nämlich Frau D und Herr F; nur Frau D sei zuvor in demselben Bezirk stellvertretende Bezirksgeschäftsführerin gewesen. Der Umstand, dass der Kläger im Jahr 2009 als Nachfolger des damaligen Bezirksgeschäftsführers M gehandelt worden sei, bedeute nicht, dass er sich im Fall einer Bewerbung in dem Auswahlverfahren durchgesetzt hätte. Dagegen spreche insbesondere die vorgegebene Förderung von Frauen.

10

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden. Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen

Tatsachenfeststellungen nicht abschließend beurteilen, ob der Kläger seit dem 1. August 2016 nach der Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt zu vergüten ist.

12

I. Die Klage ist insgesamt zulässig. Entgegen der Ansicht der Beklagten erfüllt der Feststellungsantrag die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO.

13

1. Der Klageantrag zu 2. ist auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses iSd. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet. Eine Feststellungsklage muss sich nicht auf ein Rechtsverhältnis im Ganzen beziehen, sondern kann sich auch auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen sowie auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (st. Rspr., zB BAG 25. April 2018 - 7 AZR 520/16 - Rn. 17 mwN). So liegt der Fall hier. Die Parteien streiten über den Umfang der Zahlungsverpflichtung der Beklagten.

14

2. Für den Feststellungsantrag, der sich nicht mit dem Leistungsantrag zeitlich überschneidet, besteht auch das erforderliche Feststellungsinteresse.

15

a) Die Beklagte stellt die Verpflichtung, den Kläger nach der Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt zu vergüten, in Abrede, so dass ein rechtliches Interesse des Klägers an der Klärung seiner zutreffenden Eingruppierung vorliegt.

16

b) Der Vorrang der Leistungsklage steht der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht entgegen. Eine Feststellungsklage ist trotz der Möglichkeit einer bezifferten Leistungsklage zulässig, wenn mit ihr eine sachgerechte, einfache Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte zu erreichen ist und prozesswirtschaftliche Überlegungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen. (BAG 27. Februar 2014 - 6 AZR 988/11 - Rn. 44). Zudem gilt der Vorrang der Leistungsklage vor der Feststellungsklage nicht für Klagen auf künftige Leistung nach §§ 257 bis 259 ZPO; zwischen diesen Klagen und einer Feststellungsklage kann der Gläubiger vielmehr wählen. Er muss bei teils fälligen, teils noch nicht fälligen Ansprüchen auch keine Aufteilung in einen Leistungs- und einen Feststellungsantrag vornehmen (BAG 13. März 2007 - 1 AZR 232/06 - Rn. 18). Danach kann der Kläger im Wege einer Feststellungsklage klären lassen, ob die Beklagte verpflichtet ist, ihm ab dem 1. November 2017 Vergütung nach der Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt zu zahlen. Mit der Entscheidung wird die Höhe der Vergütungsansprüche des Klägers auch für die Zukunft dem Streit der Parteien entzogen.

17

c) Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb geboten, weil sich die Eingruppierung der Bezirksgeschäftsführer und Landesfachbereichsleiter, die der Kläger zur Begründung seiner Klage heranzieht, nach der GBV-Entgelt infolge des Absinkens der Zahl der abgerechneten Mitglieder ihres Bezirks bzw. Fachbereichs ändern könnte. Eine mögliche Änderung der Sachlage nach Abschluss des Rechtsstreits steht dem Feststellungsinteresse nicht entgegen. Soweit sich in der Zukunft die für die Vergütung des Klägers maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ändern sollten, entfiele die Rechtskraftwirkung des Feststellungsausspruchs (vgl. BAG 15. Januar 2013 - 3 AZR 169/10 - Rn. 24, BAGE 144, 160).

18

II. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann nicht angenommen werden, dass dem Kläger kein Anspruch auf Vergütung nach der Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt zusteht.

19

1. Das Landesarbeitsgericht hat mit einer rechtsfehlerhaften Begründung einen Anspruch nach § 37 Abs. 4 BetrVG verneint.

20

a) Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Diese Vorschrift soll sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden (BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 496/16 - Rn. 16; 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). Die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds darf daher während der Dauer seiner Amtszeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer nicht zurückbleiben (BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 15; 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu I 2 a der Gründe).

21

aa) 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 21. Februar 2018 - 7 AZR 496/16 - Rn. 17; 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 1 der Gründe).

22

bb) Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben (BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 496/16 - Rn. 17; 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 16). Eine Üblichkeit entsteht aufgrund gleichförmigen Verhaltens des Arbeitgebers und einer von ihm aufgestellten Regel. Dabei muss der Geschehensablauf so typisch sein, dass aufgrund der Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zumindest in der überwiegenden Anzahl der vergleichbaren Fälle mit der jeweiligen Entwicklung gerechnet werden kann. 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. Nicht ausreichend ist es deshalb, dass das Betriebsratsmitglied bei der Amtsübernahme in seiner bisherigen beruflichen Entwicklung einem vergleichbaren Arbeitnehmer vollkommen gleichgestanden hat oder die Besserstellung eines oder mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer auf individuellen, nur auf diese bzw. diesen Arbeitnehmer persönlich zugeschnittenen Gründen beruht (vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 16; 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 22; 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 30).

23

cc) Geht es - wie hier - zunächst darum, eine betriebsübliche Beförderungspraxis als Voraussetzung einer entsprechenden Gehaltssteigerung darzulegen, hat das Mitglied des Betriebsrats unter Berücksichtigung der ihm zugänglichen Tatsachen vorzutragen, mit welchen Arbeitnehmern es aus seiner Sicht vergleichbar ist und aus welchen Umständen auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit zu schließen ist, dass die Mehrzahl der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer die behauptete Gehaltsentwicklung genommen hat (BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 24).

24

b) Von diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht zwar im Ansatz ausgegangen. Es hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, dass für die Bestimmung des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer vorliegend ausnahmsweise nicht der Zeitpunkt der Amtsübernahme, sondern der Zeitpunkt der Freistellung maßgebend sei.

25

aa) Eine solche Ausnahme kann - anders als vom Landesarbeitsgericht angenommen - nicht damit begründet werden, dass § 37 Abs. 4 BetrVG vor allem bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern zum Zuge komme. Der Schutz vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratsstätigkeit 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 21. Februar 2018 - 7 AZR 587/16 - Rn. 24; 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).

26

bb) Auf den Zeitpunkt der Freistellung kann entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts auch dann nicht abgestellt werden, wenn zwischen den Parteien unstrittig ist, dass das Betriebsratsmitglied vor seiner Freistellung aufgrund der betriebsüblich durchlaufenen beruflichen Entwicklung und der konkret ausgeübten Tätigkeit zutreffend vergütet wurde. Ein nach § 38 BetrVG freigestelltes Betriebsratsmitglied würde gegenüber einem nicht freigestellten Betriebsratsmitglied ungleich behandelt, wenn anlässlich seiner Freistellung ohne sachlichen Grund der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer neu bestimmt werden könnte (vgl. Happe Die persönliche Rechtsstellung von Betriebsräten S. 38 f.).

27

2. Das Landesarbeitsgericht hat auch mit einer rechtsfehlerhaften Begründung einen Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG verneint.

28

a) Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kann ein Anspruch eines Betriebsratsmitglieds auf Zahlung einer höheren Vergütung aus § 78 Satz 2 BetrVG folgen.

29

aa) § 37 Abs. 4 BetrVG ist keine abschließende Regelung über die Höhe des Arbeitsentgelts des Amtsträgers. Die Vorschrift soll nur die Durchsetzung des Benachteiligungsverbots durch einfach nachzuweisende Anspruchsvoraussetzungen erleichtern. Daneben kann sich ein unmittelbarer Anspruch des

Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung aus § 611a Abs. 2 BGB (bis zum 31. März 2017: § 611 Abs. 1 BGB) iVm. § 78 Satz 2 BetrVG ergeben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellt. Die Vorschrift enthält ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, ein Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Entwicklung zu benachteiligen. Der Arbeitgeber muss den Mitgliedern der in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen (BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 30; 17. August 2005 - 7 AZR 528/04 - zu 2 a der Gründe mwN).

30

bb) Ein Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG setzt allerdings voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrats inzwischen mit einer Aufgabe betraut worden wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde. Es bedarf daher der wenn auch auf Hilfsstatsachen beruhenden Feststellung des Tatrichters, dass das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte (BAG 17. August 2005 - 7 AZR 528/04 - zu 2 b der Gründe).

31

cc) 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 (BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 31; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b der Gründe, BAGE 98, 164). Er kann vortragen, dass seine Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen seiner Freistellung und/oder seiner Betriebsratstätigkeit erfolglos geblieben ist (BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 31; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b aa der Gründe mwN, aaO). Hat sich ein freigestellter Amtsträger - wie im Streitfall der Kläger - 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 erfolgreich gewesen wäre. 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 Amtsträgers 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 Arbeitgebers für den als qualifizierter erachteten Bewerber nicht zu beanstanden. Gleichwohl kann in einem solchen Fall ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsträgers bestehen, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellen Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist (vgl. BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 31; 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 20 mwN).

32

b) Das Landesarbeitsgericht hat zudem verfahrensfehlerhaft angenommen, der Kläger habe zweitinstanzlich nicht an seiner Behauptung festgehalten, dass er im Jahr 2009 Bezirksgeschäftsführer im Bezirk K geworden wäre, wenn er von der

Bewerbung nicht im Hinblick auf sein Betriebsratsamt abgesehen hätte. Dies rügt der Kläger zu Recht.

33

aa) Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gelangt mit der zulässigen Berufung der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff des ersten Rechtszugs in die Berufungsinstanz. Das gilt auch dann, wenn ihn das erstinstanzliche Gericht als unerheblich angesehen und es daher keine Feststellungen getroffen hat (st. Rspr., vgl. BGH 13. Januar 2012 - V ZR 183/10 - Rn. 11 mwN; 13. April 2011 - XII ZR 110/09 - Rn. 35, BGHZ 189, 182). Das Berufungsgericht hat deshalb auch schriftsätzlich angekündigtes, entscheidungserhebliches Parteivorbringen zu berücksichtigen, das von dem erstinstanzlichen Gericht für unerheblich erachtet worden ist, selbst wenn es im Urteilstatbestand des Erstgerichts keine Erwähnung gefunden hat (st. Rspr., vgl. BAG 18. September 2019 - 5 AZR 240/18 - Rn. 27; BGH 13. Januar 2012 - V ZR 183/10 - Rn. 11 mwN; 13. April 2011 - XII ZR 110/09 - Rn. 35, aaO). Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine Partei den im ersten Rechtszug gehaltenen Vortrag in der Berufung nicht weiterverfolgt, also „fallen lässt“. Dies kann ausdrücklich, aber auch konkludent erfolgen. Insoweit ist zu beachten, dass ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, so dass deren Aufgabe nur unter strengen Voraussetzungen, nämlich bei einem dahingehenden unzweideutigen Verhalten oder sonst eindeutigen Anhaltspunkten angenommen werden kann. Das gilt in gleicher Weise für prozessuales Vorbringen, bei dem hinzukommt, dass etwaige Zweifel über seinen Fortbestand eine Aufklärung nach § 139 Abs. 1 ZPO gebieten (BAG 18. September 2019 - 5 AZR 240/18 - Rn. 27; BGH 14. November 2017 - VIII ZR 101/17 - Rn. 17).

34

bb) Hiernach durfte das Landesarbeitsgericht nicht davon ausgehen, dass der Kläger seine Behauptung, er wäre im Jahre 2009 Bezirksgeschäftsführer im Bezirk K geworden, wenn er von der Bewerbung nicht im Hinblick auf sein Betriebsratsamt abgesehen hätte, im zweiten Rechtszug nicht weiterverfolgt hat. Einen ausdrücklichen Verzicht hat der Kläger nicht erklärt. Allein der Umstand, dass der Kläger seine Behauptung auf das Bestreiten der Beklagten nicht substantiiert hat, rechtfertigt nicht die Annahme, er habe dieses Vorbringen fallen lassen.

35

III. Die Rechtsfehler führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Dem Senat ist eine abschließende Sachentscheidung nicht möglich.

36

1. Die auf § 37 Abs. 4 und § 78 Satz 2 BetrVG gestützte Klage ist allerdings derzeit nicht schlüssig.

37

a) Soweit der Kläger seinen Anspruch auf § 37 Abs. 4 BetrVG stützt, hat er bislang nicht schlüssig dargelegt, dass die Mehrzahl der im Zeitpunkt seiner Amtsübernahme vergleichbaren Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung inzwischen nach der Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt vergütet werden.

38

aa) Der Kläger hat nicht vorgetragen, welche Tätigkeit er bei der Übernahme des Betriebsratsamts ausgeübt hat und mit welchen Arbeitnehmern er zu diesem Zeitpunkt vergleichbar gewesen sein soll. Sollte der Kläger bereits bei der Amtsübernahme stellvertretender Bezirksgeschäftsführer im Bezirk K und

Betreuungssekretär im Fachbereich 12 (Handel) gewesen sein, könnte er sein Begehren nur dann auf § 37 Abs. 4 BetrVG stützen, wenn die Mehrzahl der im Zeitpunkt der Amtsübernahme mit ihm vergleichbaren stellvertretenden Bezirksgeschäftsführer und Betreuungssekretäre zum Bezirksgeschäftsführer eines Bezirks mit mindestens 15.000 abgerechneten Mitgliedern oder zum Landesfachbereichsleiter eines Landesfachbereichs mit mindestens 15.000 abgerechneten Mitgliedern aufgestiegen und deshalb in die Entgeltgruppe 9.2 GBV-Entgelt eingruppiert wäre. Dies hat der Kläger bisher nicht dargelegt. Seine Behauptung, er gehöre zu den „leistungsstarken Personen“, rechtfertigt daher nicht die Annahme, er sei nur mit Frau D (inzwischen Bezirksgeschäftsführerin Nord/Ost), Herrn W (inzwischen Bezirksgeschäftsführer L), Herrn F (inzwischen Bezirksgeschäftsführer R) sowie Herrn B (inzwischen Leiter des Fachbereichs 12) vergleichbar.

39

bb) Der Kläger hat einen Anspruch aus § 37 Abs. 4 BetrVG auch unter Berücksichtigung seiner früheren Tätigkeit im Bezirk K und seiner zum 1. August 2016 erfolgten Höhergruppierung in die Entgeltgruppe 9.1 GBV-Entgelt nicht mit der Behauptung dargelegt, dass die Beklagte Bezirksgeschäftsführer regelmäßig aus dem Kreis der örtlichen stellvertretenden Geschäftsführer des jeweiligen Bezirks rekrutiere. Dies gilt schon deshalb, weil die Höhergruppierung des Klägers nicht auf die Betriebsüblichkeit einer Entwicklung vom stellvertretenden Bezirksgeschäftsführer zum Bezirksgeschäftsführer schließen lässt. Zudem ist die Behauptung des Klägers zur Üblichkeit einer regionalen Beförderung unsubstantiiert. Der Kläger hat nicht konkret vorgetragen, in welchen Bezirken ein stellvertretender Bezirksgeschäftsführer zum Bezirksgeschäftsführer aufgestiegen sein soll.

40

b) Der Kläger hat bislang auch einen Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG nicht schlüssig dargelegt. Voraussetzung für einen solchen Anspruch wäre, dass der Kläger ohne Ausübung seines Amtes oder ohne die Freistellung durch Beförderungen zum Bezirksgeschäftsführer eines Bezirks mit mindestens 15.000 abgerechneten Mitgliedern oder zum Landesfachbereichsleiter eines Landesfachbereichs mit mindestens 15.000 abgerechneten Mitgliedern aufgestiegen wäre. Der Kläger hat zwar insoweit behauptet, er wäre im Fall einer Bewerbung, von der er wegen seines Betriebsratsamts abgesehen habe, im Jahr 2009 Bezirksgeschäftsführer des Bezirks K geworden, da der ausscheidende Bezirksgeschäftsführer M und der Bezirksvorstand sich hierfür ausgesprochen hätten. Daraus allein kann jedoch nicht geschlossen werden, dass eine Bewerbung des Klägers erfolgreich gewesen wäre. Der Kläger hätte hierzu im Einzelnen unter Darstellung des Auswahlverfahrens und der Auswahlkriterien darlegen müssen, aus welchem Grund er sich gegen den oder die erfolgreiche Bewerber/in durchgesetzt hätte.

41

2. Da der Kläger erkennbar die Unschlüssigkeit seines Begehrens übersehen hat und ihm in den Vorinstanzen kein entsprechender Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO erteilt wurde, muss ihm nach Zurückverweisung Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag gegeben werden, da es nicht ausgeschlossen ist, dass der Kläger auf einen entsprechenden Hinweis einen Anspruch schlüssig dargelegt hätte.