

---

**Datum:** 22.04.2005  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 10. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 10 Sa 2183/04  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2005:0422.10SA2183.04.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Hagen, 1 Ca 1698/04  
**Schlagworte:** Arbeitsentgelt eines freigestellten Betriebsratsmitglieds  
Verrechnung einer übertariflichen Zulage mit Tariflohnerhöhungen  
vergleichbare betriebsübliche Entwicklung Verbot der  
Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern Pauschalvergütung für  
Mehrarbeit Subsidiarität einer betrieblichen Übung  
**Normen:** § 611 BGB§ 4 TVG übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung§§  
37 Abs. 4, 78 S. 2 BetrVG  
**Rechtskraft:** Die Revision wird nicht zugelassen

---

**Tenor:**  
Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts  
Hagen vom 12.10.2004 - 1 Ca 1698/04 - wird auf Kosten des  
Klägers zurückgewiesen.

---

**Tatbestand:** 1  
Die Parteien streiten um die Höhe der dem Kläger zustehenden Arbeitsvergütung. 2  
Der am 12.12.1956 geborene Kläger ist verheiratet. Seit dem 01.01.1976 ist er bei der 3  
Beklagten - ursprünglich als Elektriker - beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien  
finden kraft beiderseitiger Tarifbindung die Tarifverträge der Eisen-, Metall-, Elektro- und  
Zentralheizungsindustrie NRW Anwendung.  
Seit 1990 ist der Kläger Mitglied des im Betrieb der Beklagten gewählten Betriebsrates, seit 4  
1994 ist er Betriebsratsvorsitzender und als solcher freigestellt.

Die Beklagte gehörte seinerzeit zum H5xxxx-K4xxx-Konzern. Nach der Freistellung des Klägers im Jahre 1994 trat dieser an die damalige Geschäftsleitung der Beklagten heran und verlangte unter Hinweis auf die Bezüge anderer freigestellter Betriebsratsmitglieder innerhalb des Konzerns eine Anhebung seiner Vergütung. Die tarifliche Vergütung des Klägers lag damals bei einem Stundenlohn von 18,95 DM zuzüglich einer tariflichen Leistungszulage von 2,56 DM. Hierbei handelte es sich um eine Vergütung nach dem damaligen Lohnabkommen der Lohngruppe 8 des einschlägigen Tarifvertrages (Bl. 25 d.A.). Der Monatslohn des Klägers betrug seinerzeit ab Februar 1994 3.309,00 DM brutto, später 3.960,00 DM brutto (Bl. 32 ff., 136 d.A.). Der Kläger verlangte eine Lohnanhebung auf mindestens 5.000,00 DM. Die Geschäftsleitung der Beklagten lehnte dies ab und begründete dies damit, dass auch freigestellte Betriebsratsmitglieder nach dem Lohnausfallprinzip zu vergüten seien. Der Kläger wies anschließend darauf hin, er werde seine Forderungen "eine Etage höher" weiterverfolgen. Dies veranlasste die Beklagte schließlich dazu, dem Klä-

ger ab dem 01.01.1995 eine Vergütung von 5.000,00 DM brutto und ab dem 01.05.1995 eine solche von 5.170,00 DM brutto zu zahlen. In einer an den Kläger gerichteten Mitteilung vom 01.06.1995 (Bl. 9 d.A.), die der Kläger unterschrieben zurückgereicht hat, heißt es u.a. wie folgt:

"2. Das tariffähige Entgelt für die Tätigkeit als freigestelltes Betriebsratsmitglied wird

- ab 01.01.1995 auf 5.000,00 DM
- ab 01.05.2005 auf 5.170,00 DM

festgelegt.

Auf dieser Basis erfolgen die entsprechenden Vergütungen für

- Urlaubsgeld/Urlaubslohn
- tarifliche Sonderzahlungen
- Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

Eine Anrechnung der tariflichen Lohn- und Gehaltserhöhung auf bestehende übertarifliche Entgeltbestandteile zum 01.11.1995 steht unter Vorbehalt.

Im Falle einer Anrechnung wird zum 01.11.1995 die durchschnittliche prozentuale Lohn- und Gehaltserhöhung für das Unternehmen weitergegeben."

Aufgrund dieser Mitteilung verfuhr die Beklagte sodann bis einschließlich Februar 2004 und zahlte an den Kläger bis einschließlich Februar 2004 eine monatliche Vergütung in Höhe von zuletzt 3.081,45 € brutto.

Die zum 01.03.2004 vereinbarte Lohnerhöhung von 1,5 % aufgrund einer tariflichen Neuregelung gab die Beklagte dem Kläger jedoch nicht weiter, sondern zahlte an den Kläger ab März 2004 weiter monatlich 3.081,45 € brutto (Bl. 11 ff.d.A.).

Neben dem Kläger waren im Jahre 1994 zahlreiche weitere Mitarbeiter in der Lohngruppe 8 LRA beschäftigt (vgl. Liste Bl. 21 d.A.). Sämtliche Mitarbeiter, die in dieser Liste enthalten sind, wurden auch im Jahre 2004 nach der tariflichen Lohngruppe 8 LRA vergütet. Ausgenommen hiervon sind die Mitarbeiter K3xxxxxx, U1xxx und R3xxx. Der Mitarbeiter K3xxxxxx war zum Zeitpunkt, als der Kläger erstmals im Jahre 1990 in den Betriebsrat gewählt wurde, noch nicht bei der Beklagten beschäftigt. Seit seinem Eintritt zum 01.08.1990 absolvierte er bis Januar 1994 eine Ausbildung zum Energieelektroniker, Fachrichtung Betriebstechnik; mittlerweile wird er in der Qualitätssicherung unter Eingruppierung in die tarifliche Vergütungsgruppe KT 4 beschäftigt. Der Mitarbeiter U1xxx, der bereits vor seinem Eintritt bei der Beklagten im Jahre 1983 die Prüfung zum staatlich geprüften Techniker, Fachrichtung

Elektrotechnik, Schwerpunkt Elektronik, abgelegt hatte, ist mittlerweile als Meister unter Eingruppierung in die Vergütungsgruppe KT 5 vergütet. Der Mitarbeiter R3xxx ist mittlerweile als Vorarbeiter unter Eingruppierung in die Lohngruppe 9 tätig. 24

Nachdem der Kläger gegenüber der Beklagten den Differenzbetrag in Höhe der 1,5%igen Tariflohnerhöhung für die Monate März bis Mai 2004 mit Schreiben vom 06.05.2004 (Bl. 8 d.A.) geltend gemacht und am 25.06.2004 die vorliegende Klage zum Arbeitsgericht erhoben hatte, zahlte die Beklagte an den Kläger ab Juli 2004 lediglich eine monatliche Bruttovergütung von 2.236,10 €. Hierbei handelt es sich um die tarifliche Vergütung des Klägers als Elektriker unter Eingruppierung in die Lohngruppe 8 LRA unter Einbeziehung der 1,5%igen Lohnerhöhung seit März 2004 (Bl. 37, 47 d.A.). Klageerweiternd machte der Kläger daraufhin die monatlichen Lohndifferenzen für Juli und August 2004 geltend. 25

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei verpflichtet, die bisher gezahlte Vergütung an ihn weiter zu zahlen und auch die tarifliche Lohnerhöhung in Höhe von 1,5 % ab März 2004 zu gewähren. Dies ergebe sich durch die zum 01.06.1995 getroffene Vereinbarung. Die Beklagte könne sich heute nicht mehr darauf berufen, dass sie ab Juni 1995 an ihn zu viel Entgelt gezahlt habe. Ebenso wenig könne sie sich darauf berufen, dass sie den Kläger unzulässigerweise als Betriebsratsmitglied begünstigt habe. 26

Sein Anspruch ergebe sich auch aus dem Rechtsinstitut der betrieblichen Übung, da die Beklagte gleichförmig und ohne jeden Vorbehalt die entsprechenden Zahlungen erbracht habe. Auch die Tariflohnerhöhung seien immer weiter gegeben worden. 27

Schließlich ergebe sich der Anspruch des Klägers auch daraus, dass die Beklagte den Kläger so zu entlohnen habe, wie es ihm nach einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung zustehe. Der Kläger habe vor Beginn seiner Betriebsratsstätigkeit an Zusatzlehrgängen teilgenommen, er verfüge über zusätzliche Qualifikationen. Insoweit sei er im Hinblick auf die Prüfung der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung mit den Mitarbeitern K3xxxxxx, U1xxx und R3xxx vergleichbar. Es dürfe ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er seit der Betriebsratswahl 1994 als Betriebsratsvorsitzender freigestellt sei. 28

Der Kläger hat beantragt, 29

1. die Beklagte zu verurteilen, 138,66 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem 30 jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.07.2004 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 937,79 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.08.2004 zu zahlen, 30

3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 891,57 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.09.2004 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 33

die Klage abzuweisen. 34

Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe als freigestelltes Betriebsratsmitglied lediglich einen Anspruch auf die Vergütung, die ihm zustehen würde, wenn er nicht freigestellt wäre. Dies sei die einem Elektriker zustehende Vergütung nach der Lohngruppe 8 des Lohnrahmenabkommens, welches die Beklagte zumindest ab Juli 2004 in korrekter Höhe an den Kläger zahle. 35

Darüber hinausgehende Ansprüche bestünden nicht, da der Kläger andernfalls in unzulässiger Weise begünstigt werde. Soweit die Beklagte in der Vergangenheit ein höheres Entgelt an den Kläger gezahlt habe, stelle dies einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG dar und sei nichtig. 36

Der Kläger könne die geltend gemachten Zahlungen auch nicht nach § 37 Abs. 4 BetrVG verlangen. Insoweit seien nach dem Grundsatz der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung nur solche Mitarbeiter zu berücksichtigen, die mit dem Kläger vergleichbar seien. Die überwiegende Mehrheit der Mitarbeiter, mit denen der Kläger bei seiner Freistellung als Betriebsratsvorsitzender 1994 vergleichbar sei, seien nach wie vor in die Lohngruppe 8 LRA eingruppiert. Mit den Mitarbeitern K3xxxxxx, U1xxx und R3xxx sei der Kläger nicht vergleichbar. Der Mitarbeiter K3xxxxxx sei zum Zeitpunkt der erstmaligen Wahl des Klägers in den Betriebsrat überhaupt noch nicht beschäftigt worden. Darüber hinaus verfüge er über eine spezielle Ausbildung, die es ermöglicht habe, ihn als Vorarbeiter einzusetzen. Der Mitarbeiter U1xxx verfüge ebenfalls über eine andere grundlegende Qualifikation, er sei staatlich geprüfter Techniker. Bei dem Mitarbeiter R3xxx handele es sich um einen absoluten Einzelfall, die Beklagte habe ihn zum Vorarbeiter ernannt. Auf einen einzelnen Arbeitnehmer 37

könne der Kläger aber eine vergleichbare betriebsübliche berufliche Entwicklung nicht stützen. 38

Durch Urteil vom 12.10.2004 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die geltend gemachten Zahlungsansprüche ergäben sich weder aus dem Rechtsinstitut der betrieblichen Übung noch aus § 37 Abs. 4 BetrVG oder aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG. Der Kläger werde durch die derzeit gezahlte Vergütung nicht benachteiligt. Soweit der Kläger in der Vergangenheit eine höhere Vergütung erhalten habe, stelle dies einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot nach § 78 Satz 2 BetrVG dar, der zur Nichtigkeit nach § 134 BGB führe. Mit den Mitarbeitern K3xxxxxx und U1xxx sei der Kläger nicht vergleichbar. Bei der Beschäftigung des Mitarbeiters R3xxx handele es sich um einen Einzelfall. Die überwiegende Mehrheit der mit dem Kläger vergleichbaren Mitarbeiter erhielten nach wie vor einen Lohn nach der Lohngruppe 8 LRA. 39

Gegen das dem Kläger am 29.10.2004 zugestellte Urteil, auf dessen Gründe ergänzend Bezug genommen wird, hat der Kläger am 23.11.2004 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese mit dem am 27.12.2004 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 40

Der Kläger ist nach wie vor der Auffassung, er habe einen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Differenzlohnansprüche. 41

Die monatliche Vergütung von 5.170,00 DM, die aufgrund der Vereinbarung vom 01.06.1995 gezahlt worden sei, stelle eine angemessene Pauschalierung für die in der Vergangenheit geleistete Mehrarbeit dar. Gerade aufgrund der vom Kläger in der Vergangenheit geleistete erhebliche Mehrarbeit sei man seinerzeit übereingekommen, monatlich pauschal 5.170,00 DM brutto zu zahlen. Dies wird im Einzelnen durch weitergehenden Vortrag in der Berufungsbegründung vom 27.12.2004, auf die Bezug genommen wird, begründet. 42

Der Kläger beantragt, 43

das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 12.10.2004 - 1 Ca 1698/04 - abzuändern und die 44  
Beklagte zu verurteilen, an den Kläger

1. 138,66 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen 45  
Basiszinssatz seit dem 01.07.2004,

2. weitere 937,79 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen 46  
Basiszinssatz seit dem 27.08.2004,

3. weitere 891,57 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen 47  
Basiszinssatz seit dem 22.09.2004 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 48

die Berufung zurückzuweisen. 49

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und ist nach wie vor der Auffassung, der Kläger sei 50  
mit der Zahlung der monatlichen Vergütung in unzulässiger Weise begünstigt worden. Dass der Kläger in der Vergangenheit in erheblichem Umfang die vorgetragene Mehrarbeit geleistet habe, müsse bestritten werden. Selbst wenn zu Gunsten des Klägers als richtig unterstellt würde, er hätte ohne seine Freistellung ab Mai 1994 regelmäßig 35 Mehrarbeitsstunden im Monat geleistet, könne der erhebliche Unterschiedsbetrag zwischen der von ihm durchgesetzten Vergütung von 5.170,00 DM und der tariflichen Vergütung in Höhe von 3.302,85 DM nicht erklärt werden. Der Differenzbetrag übersteige eine mögliche Pauschalierung für 35 Mehrarbeitsstunden pro Monat um mehr als das Doppelte. Selbst bei Annahme von 35 Mehrarbeitsstunden monatlich und unter Berücksichtigung der tariflichen Lohnerhöhungen hätte die Vergütung des Klägers im Höchsthalle 4.317,85 DM betragen können. Die vom Kläger vorgenommenen Berechnungen hielten einer tarifrechtlichen Überprüfung in keiner Weise Stand.

Im Übrigen verstoße die behauptete Pauschalierung auch gegen § 6 Ziffer 4 MTV. Eine 51  
Vereinbarung einer Pauschalvergütung müsse schriftlich erfolgen, sie solle in der Höhe dem Entgelt für die durchschnittlich anfallenden zuschlagspflichtigen Stunden entsprechen, sie sei in der Lohnabrechnung gesondert auszuweisen. All diesen Anforderungen genüge die vom Kläger behauptete Pauschalierung nicht.

Im Übrigen sei auch nach dem klägerischen Vorbringen unstrittig, dass es ab 1997 keine 52  
Mehrarbeitsstunden mehr gegeben habe.

Im Übrigen wird auf den weiteren Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze 53  
ergänzend Bezug genommen.

**Entscheidungsgründe:** 54

55

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet.

I	56
Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung der monatlichen Tariflohnerhöhung für die Monate März 2004 bis Mai 2004. Eine Anspruchsgrundlage hierfür ist nicht ersichtlich. Sie ergibt sich weder aus der Vereinbarung vom 01.06.1995 noch aus einer betrieblichen Übung.	57
Ob ein Arbeitgeber eine Tariflohnerhöhung mit einer übertariflichen Zulage verrechnen darf, hängt individualrechtlich von der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages bzw. der Regelung der Zulagenzusage ab. Insoweit kann ein Arbeitgeber auch ohne ausdrücklichen Widerrufs- oder Anrechnungsvorbehalt allgemeine Zulagen mit Tariflohnerhöhungen im Zeitpunkt der Anhebung des Tariflohnes verrechnen, wenn im Arbeitsvertrag oder in der Zusage der Zulage keine gegenteilige Regelung getroffen worden ist. Allein in der tatsächlichen Zahlung einer übertariflichen Zulage kann noch keine vertragliche Abrede des Inhalts, dass eine Anrechenbarkeit ausgeschlossen ist, erblickt werden. Die Anrechnung von übertariflichen Zulagen auf Tariflohnerhöhungen ist nur dann ausgeschlossen, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund einer vertraglichen Abrede die Zulage als selbständiger Lohnbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn zustehen soll. Dies kann dann angenommen werden, wenn die Zulage für einen vom Tariflohn nicht erfassten Zweck, z.B. als Leistungszulage, gewährt wird. Stimmen Zweck der Zulage und der Zweck des erhöhten Tarifentgelts nicht überein, findet keine Anrechnung statt (BAG, Urteil vom 23.01.1980 - AP TVG § 4 Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung Nr. 12; BAG, Urteil vom 04.06.1980 - AP TVG § 4 übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung Nr. 13; BAG, Urteil vom 03.06.1998 - AP TVG § 4 Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung Nr. 34; Wiedemann/Wank, TVG, 6. Aufl., § 4 Rz. 508 ff., 512; Hoß, NZA 1997, 1229).	58
Allein der Umstand, dass ein Arbeitgeber in der Vergangenheit Löhne und Gehälter entsprechend einer Tarifentwicklung erhöht hat, begründet auch keine betriebliche Übung der Erhöhung der Arbeitsentgelte entsprechend der Tarifentwicklung (BAG, Urteil vom 16.01.2002 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 56 m.w.N.).	59
Die Anrechenbarkeit der Tariflohnerhöhung zum 01.03.2004 mit der übertariflichen Vergütung des Klägers ist schon nicht aufgrund der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien vom 01.06.1995 ausgeschlossen. In dieser Vereinbarung ist nämlich ausdrücklich festgelegt worden, dass eine Anrechnung der tariflichen Lohn- und Gehaltserhöhungen auf bestehende übertarifliche Entgeltbestandteile unter Vorbehalt steht.	60
Darüber hinaus ist die Anrechenbarkeit von übertariflichen Zulagen auf Tariflohnerhöhungen nicht deshalb ausgeschlossen, weil dem Kläger aufgrund einer vertraglichen Abrede die übertarifliche Zulage als selbständiger Lohnbestandteil neben dem jeweiligen Tariflohn zustehen soll. Derartiges ergibt sich aus dem klägerischen Vorbringen nicht. Die übertarifliche Zahlung stellte keinen selbständigen Lohnbestandteil mit besonderem Zweck dar. Dies ergibt sich aus den folgenden Ausführungen.	61
II	62
1. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Zahlung der monatlichen Differenzen zwischen der bisher gezahlten Vergütung in Höhe von 3.081,45 € brutto und der ab Juli 2004 gezahlten Vergütung von monatlich 2.236,10 € brutto.	63
	64

a) Soweit aufgrund der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 01.06.1995 ab diesem Zeitpunkt monatlich 5.170,00 DM brutto an den Kläger gezahlt worden sind, ist diese Vereinbarung nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG nichtig. Dies hat das Arbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil zutreffend erkannt. Die Vereinbarung der Zahlung eines monatlichen Lohnes von 5.170,00 DM ab Mai 1995 stellt eine unzulässige Begünstigung des Klägers dar. Insoweit erhielt der Kläger nämlich einen übertariflichen Lohn, der den tariflichen Lohn, den der Kläger nach der Lohngruppe 8 LRA zu beanspruchen hatte, bei weitem überstieg. Selbst unter Einbeziehung von durchschnittlich monatlich 35 Mehrarbeitsstunden hätte der Kläger nach den zutreffenden Berechnungen der Beklagten seinerzeit im Höchstfall allenfalls einen Monatslohn von 4.317,85 DM brutto erzielen können. Insoweit ergab sich eine verbleibende Differenz von 852,15 DM, die auch nicht mehr mit Mehrarbeitsstunden, die vom Kläger in der Vergangenheit geleistet sein mögen, zu erklären sind. Der vom Kläger in der Berufungsbegründung angestellten Berechnung der Mehrarbeit kann nicht gefolgt werden. Auch bei Ableistung von

durchschnittlich monatlich 35 Mehrarbeitsstunden ergibt sich kein pauschalierter Lohn in Höhe von monatlich 5.170,00 DM. 65

b) Die Vereinbarung vom 01.06.1995 über die Zahlung eines Monatslohnes von 5.170,00 DM brutto verstößt zudem gegen § 6 Ziffer 4 MTV. Hiernach kann zwar für die Vergütung von Mehrarbeit eine Pauschalvergütung vereinbart werden. Diese hat jedoch schriftlich zu erfolgen. Die Pauschalvergütung soll in der Höhe dem Entgelt für die durchschnittlich anfallenden zuschlagspflichtigen Stunden entsprechen. Sie ist bei der Lohn- bzw. Gehaltsabrechnung gesondert auszuweisen. 66

Auch diesen tariflichen Anforderungen entspricht die Vereinbarung vom 01.06.1995 nicht. Aus der Vereinbarung vom 01.06.1995 geht schon nicht hervor, dass in der monatlichen Vergütung von 5.170,00 DM eine Pauschalvergütung für Mehrarbeit enthalten ist. Insbesondere ist aus der Vereinbarung nicht erkennbar, in welcher Höhe Mehrarbeit abgegolten werden sollte. Die Höhe der Pauschalvergütung für die Mehrarbeit ist auch nicht in den monatlichen Lohn- oder Gehaltsabrechnungen gesondert ausgewiesen worden. 67

Nach alledem erweist sich die Vergütungsabrede vom 01.06.1995 in Höhe von 5.170,00 DM wegen Verstoßes gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot nach § 78 Satz 2 BetrVG sowie wegen Verstoßes gegen zwingendes Tarifrecht (§ 6 Ziffer 4 MTV) als unwirksam. Die Vereinbarung vom 01.06.1995 ist nach § 134 BGB nichtig (vgl. Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier, BetrVG, 22. Aufl., § 78 Rz. 23; DKK/B4xx, BetrVG, 9. Aufl., § 78 Rz. 27; ErfK/Kania, 5. Aufl., § 78 BetrVG Rz. 9). Eine unter Verstoß gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG zustande gekommene Vergütungsvereinbarung ist nicht einklagbar. 68

2. Der Kläger kann den geltend gemachten Differenzlohnanspruch ab Juli 2004 auch nicht auf eine betriebliche Übung stützen. Eine derartige betriebliche Übung wäre, sollte sie zustande gekommen sein, ebenso wie die Lohnvereinbarung vom 01.06.1995 nach § 134 BGB unwirksam. 69

Darüber hinaus kann zugunsten des Klägers nicht angenommen werden, dass er aufgrund einer betrieblichen Übung einen Anspruch auf Zahlung einer monatlichen Vergütung von 3.081,45 € besitzt. Eine betriebliche Übung kann nur dann entstehen, wenn es an einer entsprechenden Rechtsgrundlage fehlt. Die betriebliche Übung ergänzt lediglich die vertraglichen Bestimmungen. Ansprüche von Arbeitsvertragsparteien aufgrund betrieblicher Übung 70

könne nur entstehen, wenn dafür keine andere Anspruchsgrundlage besteht. Durch eine betriebliche Übung können keine weitergehenden Verpflichtungen erwachsen als durch eine ausdrückliche vertragliche Verpflichtung. Die Betriebsübung dient lediglich der Vertragsergänzung und hat sich naturgemäß im Rahmen des jeweiligen Arbeitsvertrages zu halten; sie ist subsidiärer Natur (BAG, Urteil vom 27.06.1985 - AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 14; BAG, Urteil vom 22.01.2002 - AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 4; BAG, Urteil vom 20.08.2002 - AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 27; BAG, Urteil vom 10.12.2002 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 252 m.w.N.). Aufgrund der ausdrücklichen Vereinbarung vom 01.06.1995 über die Zahlung einer monatlichen Vergütung von 5.170,00 DM brutto war das Entstehen eines entsprechenden Vergütungsanspruches aufgrund betrieblicher Übung schon ausgeschlossen.

3. Das Arbeitsgericht hat schließlich zutreffend erkannt, dass der Kläger den Zahlungsanspruch auch nicht auf § 37 Abs. 4 BetrVG stützen kann. 72

Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrates nicht geringer bemessen werden, als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. 73

a) Vergleichbar sind die Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamtes eine im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeit wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben (BAG, Urteil vom 13.11.1987 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 61; BAG, Urteil vom 15.01.1992 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84; BAG, Urteil vom 11.12.1991 - NZA 1993, 909; Fitting, a.a.O., § 37 Rz. 118; ErfK/Eisemann, a.a.O., § 37 Rz. 13; Richardi/Thüsing, BetrVG, 9. Aufl., § 37 Rz. 65 m.w.N.). 74

Der Kläger war vor seiner Wahl in den Betriebsrat und vor seiner Freistellung als Betriebsratsvorsitzender im Jahre 1994 in die Lohngruppe 8 LRA eingruppiert. Vergleichbar mit ihm waren danach alle diejenigen Mitarbeiter, die seinerzeit ebenfalls in der Lohngruppe 8 eingruppiert waren. Dies sind unstreitig die Mitarbeiter, die die Beklagte in der Liste (Bl. 21 d.A.) aufgeführt hat. 75

b) Das Vorbringen des Klägers rechtfertigt aber nicht die Annahme, aufgrund betriebsüblicher beruflicher Entwicklung im Betrieb der Beklagten stehe ihm, dem Kläger, eine höhere Vergütung als eine Vergütung nach der Lohngruppe 8 LRA zu. 76

Betriebsüblich 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 13.11.1987 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 61; BAG, Urteil vom 15.01.1992 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84; Fitting, a.a.O., § 37 Rz. 123; Richardi/Thüsing, a.a.O., § 37 Rz. 66). Eine Üblichkeit in diesem Sinne entsteht aus einem gleichförmigen Verhalten des Arbeitgebers und einer bestimmten Regel. Der Geschehensablauf muss so typisch sein, dass aufgrund der betrieblichen Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten grundsätzlich, d.h. wenigstens in der überwiegenden Mehrzahl der vergleichbaren Fälle damit gerechnet werden kann. Beförderungen sind demnach nur dann betriebsüblich, wenn nach den betrieblichen Gepflogenheiten das Betriebsratsmitglied zur Beförderung angestanden hätte oder wenn wenigstens die überwiegende Mehrheit der vergleichbaren Arbeitnehmer des Betriebes einen derartigen Aufstieg erreichte. Nicht ausreichend für die Betriebsüblichkeit ist, dass einige andere Arbeitnehmer einen entsprechenden beruflichen Aufstieg genommen haben. Der Geschehensablauf muss vielmehr so typisch sein, dass aufgrund der betrieblichen Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten grundsätzlich, d.h. wenigstens in der überwiegenden 77

Mehrheit der vergleichbaren Fälle damit gerechnet werden kann (BAG, Urteil vom 15.01.1992 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84; BAG, Urteil vom 27.06.2001 - AP BPersVG § 46 Nr. 23 = NZA 2002, 106; Fitting, a.a.O., § 37 Rz. 123).

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Aus dem Vorbringen des Klägers geht nicht hervor, dass die überwiegende Mehrheit der mit ihm vergleichbaren Mitarbeiter der Lohngruppe 8 LRA einen Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe erreicht hätte. 78

Auf den Mitarbeiter K3xxxxxx kann der Kläger sich insoweit schon deshalb nicht berufen, weil dieser zum Zeitpunkt der Freistellung des Klägers nach der Betriebsratswahl im Jahre 1994 noch nicht im Betrieb der Beklagten beschäftigt gewesen ist. Dieser Mitarbeiter ist darüber hinaus mit dem Kläger schon deshalb nicht vergleichbar, weil er über eine Ausbildung zum Energieelektroniker, Fachrichtung Betriebstechnik, verfügt. Eine derartige Ausbildung hat der Kläger nicht. 79

Auch der Mitarbeiter U1xxx hat aufgrund seiner weitergehenden Ausbildung ein anderes Fortkommen genommen als es der Kläger erreicht hätte, wenn er als Betriebsratsvorsitzender nicht freigestellt worden wäre. Der Mitarbeiter U1xxx hatte nämlich bereits vor seinem Eintritt bei der Beklagten im Jahre 1983 die Prüfung zum staatlich geprüften Techniker abgelegt. Gerade aufgrund dieser Ausbildung ist er nunmehr als Meister bei der Beklagten tätig. Auch über eine derartige Ausbildung verfügt der Kläger nicht. 80

Auch der Umstand, dass der Mitarbeiter R3xxx, seinerzeit ebenso wie der Kläger in der Lohngruppe 8 LRA, nunmehr als Vorarbeiter unter Eingruppierung in die Lohngruppe 9 LRA beschäftigt wird, führt nicht dazu, dass dem Kläger aufgrund der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung ebenfalls eine höhere Vergütung als die Lohngruppe 8 LRA zustehen würde. Der Umstand der Beschäftigung des Mitarbeiters R3xxx als Vorarbeiter bedeutet nämlich nicht, dass die überwiegende Mehrheit sämtlicher mit dem Kläger vergleichbaren Elektriker der Lohngruppe 8 LRA inzwischen eine höhere Vergütung als eine solche nach der Lohngruppe 8 LRA erlangt hätte. Die überwiegende Mehrheit der von der Beklagten beschäftigten Elektriker sind nach wie vor in der Lohngruppe 8 LRA beschäftigt. 81

c) Schließlich kann auch eine etwaige vom Kläger früher verrichtete Mehrarbeit den Zahlungsanspruch des Klägers nicht rechtfertigen. 82

Zwischen den Parteien ist nämlich schon unstrittig, dass die früher verrichtete Mehrarbeit in jedem Falle im Jahre 1997, nachdem es zu einem Verkauf der Firma der Beklagten an eine italienische Unternehmensgruppe gekommen war, beendet worden ist. Einen Anspruch auf Mehrarbeitsbezahlung hätte der Kläger danach allenfalls bis zum Jahre 1997 haben können. Auch die vergleichbaren Mitarbeiter haben lediglich bis zum Jahre 1997 Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung gehabt. Ab dem Jahre 1997 hätte auch der Kläger bei vergleichbarer betriebsüblicher Entwicklung keine Mehrarbeit mehr geleistet (vgl. BAG, Urteil vom 07.02.1995 - AP BPersVG § 46 Nr. 3; Fitting, a.a.O., § 37 Rz. 125; ErfK/Eisemann, a.a.O., § 37 Rz. 13; Wiese/Weber, GK-BetrVG, 7. Aufl., § 37 Rz. 121). 83

4. Schließlich kann der Kläger den geltend gemachten Zahlungsanspruch auch nicht auf § 78 Satz BetrVG i.V.m. § 823 BGB stützen. Der Kläger wird gegenüber vergleichbaren Mitarbeitern durch die ab Juli 2004 erfolgte Bezahlung nicht benachteiligt. Eine höhere Bezahlung als nach der Lohngruppe 8 LRA würde zu einer Begünstigung des Klägers führen. Dies ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen. 84

III 85

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Der Kläger hat die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen. 86

Der Streitwert hat sich in der Berufungsinstanz nicht geändert, § 63 GKG. 87

Für die Zulassung der Revision zum Bundesarbeitsgericht bestand nach § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung. 88

Schierbaum	Hopmann	Bögershausen	89
------------	---------	--------------	----

/N. 90

---