

Aktenzeichen: 5 AZR 660/84

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 4. Dezember 1985  
- 5 AZR 660/84 -

I. Arbeitsgericht  
Hannover

Urteil vom 14. November 1983  
- 2 Ca 322/82 -

II. Landesarbeitsgericht  
Niedersachsen

Urteil vom 29. Oktober 1984  
- 2 Sa 2/84 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Anspruch auf höhere Zulage eines Betriebsratsmitglieds

Gesetz: BGB § 242 Gleichbehandlung; BetrVG 1972 § 37 Abs. 4,  
§ 78 Satz 2

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 660/84

-----  
2 Sa 2/84 Niedersachsen

Verkündet am  
4. Dezember 1985

## Im Namen des Volkes!

Clobes,

Reg.-Obersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

### Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Dezember 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richterinnen Michels-Holl und den Richter Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Krems und Schumacher für Recht erkannt:



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 29. Oktober 1984 - 2 Sa 2/84 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

V o n   R e c h t s   w e g e n !

T a t b e s t a n d :  
-----

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger eine höhere übertarifliche Vergütung zusteht.

Der Kläger ist seit dem 1. April 1973 bei der Beklagten als Schaufenstergestalter tätig, nachdem er zuvor bei ihr bereits seine Lehrzeit absolviert hatte. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft beiderseitiger Organisationszugehörigkeit die Tarifverträge für den Niedersächsischen Einzelhandel Anwendung. Der Kläger gehört seit 1975 als ordentliches Mitglied dem Betriebsrat der Beklagten in deren Verkaufshaus in Hannover an. Seit Juni 1982 ist er freigestelltes Betriebsratsmitglied.

In der Zeit vom 1. November 1981 bis 30. April 1982 war der Kläger in die Gehaltsgruppe II, Ortsklasse I, Stufe ab 8. Berufsjahr, der höchsten Gehaltsstufe des Tarifvertrages, eingruppiert. Er erhielt danach ein Tarifgehalt von 1.820,-- DM. Darüber hinaus erhielt er eine freiwillige übertarifliche Zulage in Höhe von 80,-- DM von der Beklagten, insgesamt also 1.900,-- DM. Neben dem Kläger sind bei der Beklagten in demselben



Haus noch die Schaufenstergestalter/Schaufenstergestalterinnen  
T (Eintritt 1. April 1967), P (Eintritt 1. Dezember  
1971), R (Eintritt 1. Dezember 1966), Sch (Ein-  
tritt 1. November 1973) sowie die inzwischen wieder ausgeschie-  
dene Frau W (Eintritt 1. Juli 1971, Übernahme nach  
Hannover zu gleichen Bezügen wie bisher im Juli 1981) tätig.

Die monatlichen Vergütungen des Klägers und der anderen  
vorgenannten Schaufenstergestalter/Schaufenstergestalterinnen  
haben sich wie folgt entwickelt:



|           | Kläger   | T              | P              |
|-----------|----------|----------------|----------------|
| Eintritt: | 01.04.67 | 01.04.67       | 01.12.71       |
|           | DM       | DM             | DM             |
| Bezüge ab |          |                |                |
| 4/75      | 1.300,-- | 4/75 1.275,--  | 6/75 1.325,--  |
| 7/76      | 1.350,-- | 7/76 1.350,--  | 5/76 1.400,--  |
|           |          | 7/77 1.400,--  | 5/77 1.500,--  |
| 4/78      | 1.475,-- | 4/78 1.475,--  | 1/78 1.575,--  |
| 5/78      | 1.534,-- | 5/78 1.534,--  | 5/78 1.650,--  |
| 10/78     | 1.550,-- | 10/78 1.550,-- |                |
| 2/79      | 1.625,-- | 2/79 1.625,--  | 2/79 1.750,--  |
| 6/79      | 1.633,-- | 6/79 1.633,--  | 11/79 1.825,-- |
| 5/80      | 1.738,-- | 5/80 1.738,--  | 5/80 1.900,--  |
| 5/81      | 1.900,-- | 5/81 1.900,--  | 5/81 1.975,--  |
| <hr/>     |          |                |                |
| 5/82      | 2.050,-- | 5/82 2.050,--  | 5/82 2.050,--  |

=====

|           | R         | Sch            | W                   |
|-----------|-----------|----------------|---------------------|
| Eintritt: | 01.12.66  | 01.11.73       | 01.07.71            |
|           | DM        | DM             | DM                  |
| Bezüge ab |           |                |                     |
| 6/75      | 1.275,--  | 4/75 1.300,--  |                     |
|           |           | 11/75 1.375,-- |                     |
| 7/76      | 1.350,--  | 5/76 1.450,--  |                     |
| 7/77      | 1.450,--  | 5/77 1.525,--  |                     |
| 10/77     | 1.465,--  |                |                     |
| 1/78      | 1.525,--  | 1/78 1.575,--  |                     |
| 5/78      | 1.600,--  | 5/78 1.650,--  |                     |
|           |           | 2/79 1.750,--  |                     |
| 2/79      | 1.700,--  |                |                     |
| 7/79      | 1.750,--  |                |                     |
| 11/79     | 1.825,--  |                | Übern.v.Fil.Saarbr. |
| 5/80      | 1.900,--  | 5/80 1.900,--  | zu gleichen Bezügen |
| 5/81      | 1.975,--B | 5/81 1.975,--B | 7/81 1.900,--       |
|           |           |                | 10/81 2.000,--      |
| <hr/>     |           |                |                     |
| 5/82      | 2.050,--  | 5/82 2.050,--  | 5/82 2.000,--       |

(B = in TZ-Besch. DM 1.640,-- (138.24 Std.)



Im Mai 1974 erhielt der Kläger ein Gehalt von 1.250,-- DM, während die Gehälter der Arbeitnehmer P , R und T bis zu 100,-- DM darunter lagen. Per Juli 1977 erhielt der Kläger als einziger keine effektive Gehaltserhöhung. Die Beklagte hatte davon abgesehen, nachdem der Kläger zuvor auf einer Betriebsversammlung gegenüber dem Personalleiter der Beklagten geäußert hatte, er - der Personalleiter - könne sich die Gehaltserhöhung "in die Haare schmieren", nachdem dieser auf eine entsprechende Frage des Klägers erklärt hatte, die Erhöhung der Tarifgehälter werde auf die übertarifliche Zulage angerechnet.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte schulde ihm in den Monaten November 1981 bis April 1982 ein Gesamtgehalt von 1.975,-- DM, wie es die Schaufenstergestalter P , R und Sch auch erhalten hätten. Seine Leistungen seien nicht schlechter als die seiner Mitarbeiter, der gegenteilige Standpunkt der Beklagten beruhe nur auf nicht nachprüfbaren Werturteilen. Er sei ebenso wie diese zur Leistung von freiwilligen bezahlten Überstunden bereit. Die Beklagte verstoße deshalb dadurch, daß sie ihm eine geringere Zulage zahle, nicht nur gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern auch gegen das Benachteiligungsverbot des § 37 Abs. 4 und § 78 Satz 2 BetrVG.

Der Kläger hat beantragt,  
die Beklagte zu verurteilen, an den  
Kläger 450,-- DM brutto nebst 4 %



Zinsen auf den zu errechnenden Nettobetrag seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, sie gewähre die übertarifliche Zulage in unterschiedlicher Höhe je nach der in der Vergangenheit von dem jeweiligen Arbeitnehmer gezeigten Leistungsbereitschaft und je nach der fachlichen Leistung. Der Kläger sei jedoch sowohl in seiner fachlichen Leistung als auch hinsichtlich seiner Leistungsbereitschaft nicht mit den von ihm zum Vergleich herangezogenen Mitarbeitern vergleichbar; er leiste nur "Dienst nach Vorschrift", und es sei ihm gleichgültig, ob und wie Termine eingehalten würden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch Vernehmung des Schauwerbeleiters der Beklagten abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf eine höhere Zulage, weder aus dem Gesichtspunkt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, noch nach § 37 Abs. 4, § 78 Abs. 2 BetrVG.

I.1. Die von der Beklagten an die Schaufenstergestalter gezahlte Zulage zu dem Tarifgehalt ist eine freiwillig gewährte Lohnzu-



lage. Bei der Gewährung solcher Zulagen ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz dann zu beachten, wenn sie der Arbeitgeber einer Gruppe von Arbeitnehmern gewährt und nicht nur einzelne Arbeitnehmer auf der Grundlage der Vertragsfreiheit ausgehandelter Arbeitsverträge besserstellt (ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG 45, 86 ff. = AP Nr. 68 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, zu II 3 b der Gründe). Vorliegend hat die Beklagte allen Schaufenstergestaltern eine übertarifliche Zulage gewährt, also nicht nur einzelnen, so daß sie den Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber diesen beachten muß.

2. Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist es dem Arbeitgeber verwehrt, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise auszunehmen. Der Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern freiwillige Leistungen zuwendet, muß die Leistungsvoraussetzungen danach so abgrenzen, daß nicht ein einzelner oder ein Teil der Arbeitnehmer sachwidrig oder willkürlich von den Vergünstigungen ganz oder auch nur teilweise ausgeschlossen bleibt (ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG Urteile vom 10. März 1982, BAG 38, 118 = AP Nr. 47 und vom 9. Juni 1982, BAG 39, 133 = AP Nr. 51, jeweils zu § 242 BGB Gleichbehandlung). Ob der teilweise oder völlige Ausschluß einzelner oder bestimmter Arbeitnehmergruppen von solchen Leistungen sachlich gerechtfertigt ist, richtet sich nach dem Zweck der Leistung.

3. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat sich



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die Beklagte bei der Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe eine übertarifliche Zulage gezahlt wird, vom Leistungsverhalten bzw. der in der Vergangenheit gezeigten Leistungsbereitschaft des jeweiligen Arbeitnehmers leiten lassen. Die Revision hat diese Feststellungen nicht mit zulässigen Revisionsrügen angegriffen, sondern erstmals die Behauptung aufgestellt, die Beklagte habe eine allgemeine Tariflohnerhöhung auf die dem Kläger freiwillig gewährte Zulage angerechnet, dagegen nicht bei den übrigen Schaufenstergestaltern; mit der Weitergabe der Tariflohnerhöhung wolle die Beklagte primär die Verteuerung der Lebenshaltungskosten ihrer Arbeitnehmer ausgleichen. Mit diesem neuen Vortrag kann der Kläger nicht gehört werden (§ 561 Abs. 1 ZPO), der Senat ist an die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO).

Die in der Vergangenheit gezeigte Leistungsbereitschaft des jeweiligen Arbeitnehmers und die von ihm gezeigten fachlichen Leistungen sind, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben, ein sachliches und rechtlich nicht zu beanstandendes Unterscheidungsmerkmal bei der Gewährung unterschiedlich hoher freiwilliger Lohnzulagen. Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war aber die Leistungsbereitschaft des Klägers deutlich niedriger als die der anderen von ihm zum Vergleich herangezogenen Schaufenstergestalter.

4. Dem Landesarbeitsgericht ist auch darin zu folgen, daß die Differenz von 75,-- DM brutto monatlich zwischen der dem Kläger gewährten Zulage und der von ihm zum Vergleich herangezogenen



anderen Schaufenstergestalter im Rahmen billigen Ermessens liegt. Abgesehen davon, daß ein weiterer Schaufenstergestalter ebenfalls nur eine geringere - der dem Kläger gezahlten entsprechende - Zulage erhält, ist die vom Landesarbeitsgericht festgestellte Erklärung des Klägers, nur Mindestleistungen erbringen zu wollen, geeignet, eine solche Differenz zu rechtfertigen.

II. Die Vorinstanzen haben auch zutreffend einen Anspruch des Klägers auf eine höhere Zulage nach § 37 Abs. 4 BetrVG verneint.

1. Nach § 37 Abs. 4 BetrVG ist der Arbeitnehmer, der ein Betriebsratsamt übernommen hat, hinsichtlich des Arbeitsentgelts so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er dieses Amt nicht übernommen hätte; dabei ist auf das Arbeitsentgelt und dessen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung abzustellen (vgl. Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 37 Rz 53, 54; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 14. Aufl., § 37 Rz 55, 56, jeweils m. w. N.). Ebenso kann das Betriebsratsmitglied verlangen, daß sein Arbeitsentgelt dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung laufend angepaßt wird. Das gilt nicht nur, soweit das Betriebsratsmitglied für die Zeit einer Arbeitsbefreiung oder Freistellung die Fortzahlung des Arbeitsentgelts verlangen kann, sondern vor allem auch, wenn ein Betriebsratsmitglied weiterarbeitet, aber infolge seiner Betriebsratstätigkeit nicht das gleiche Arbeitsentgelt erzielt wie vergleichbare Arbeitnehmer (Dietz/Richardi, aaO, Rz 57; Fitting/Auffarth/Kaiser, aaO, Rz 59). Diese Grundsätze gelten nicht nur für das reine Arbeits-



entgelt, sondern auch für vom Arbeitgeber gezahlte allgemeine Zulagen. Auch bei diesen hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf die Leistungen, die der Arbeitgeber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung gewährt.

2. Wie vorstehend bereits ausgeführt, handelt es sich bei der hier streitigen Zulage, zumindest was deren Höhe anbelangt, um eine Zulage, mit der die Leistungsbereitschaft der einzelnen Arbeitnehmer honoriert werden soll. Nachdem das Landesarbeitsgericht, mit zulässigen Verfahrensrügen nicht angegriffen, festgestellt hat, die Leistungsbereitschaft des Klägers bleibe unabhängig von seiner Mitgliedschaft im Betriebsrat erheblich hinter der der von ihm zum Vergleich herangezogenen Schaufenstergestalter zurück, läßt sich schon aus diesem Grund kein Verstoß der Beklagten gegen § 37 Abs. 4 BetrVG erkennen (vgl. BAG Urteil vom 21. April 1983 - 6 AZR 407/80 - AP Nr. 43 zu § 37 BetrVG 1972, zu 2 und 3 der Gründe).

Dr. Thomas

Michels-Holl

Schneider

Dr. Krems

Ehrenamtlicher Richter  
Schumacher ist wegen  
Urlaubsabwesenheit an der  
Unterschrift verhindert  
Dr. Thomas



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)

