

Aktenzeichen: 4 AZR 133/01
Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 17. April 2002
- 4 AZR 133/01 -

I. Arbeitsgericht
Duisburg.

Urteil vom 9. März 2000
- 1 Ca 82/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 26. Oktober 2000
- 11 Sa 644/00 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeit

Gesetze:

BAT §§ 24, 23, 22; Anlage 1 a zum BAT VergGr. VI b, V c; BGB § 315;
LPVG NW § 72 Abs. 1 Nr. 4

Leitsätze:

keine

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelsache zu BAG 17. April 2002 - 4 AZR 174/01 - zur Veröffentlichung vorgesehen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



4 AZR 133/01
11 Sa 644/00
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. April 2002

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 17. April 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Schliemann, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Friedrich und Dr. Wolter, die ehrenamtlichen Richter Sieger und Rzadkowski für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 26. Oktober 2000 - 11 Sa 644/00 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

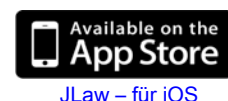
Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten vorwiegend darüber, ob dem Kläger ab dem 1. Januar 1999 Vergütung nach VergGr. V c BAT zusteht. Dabei geht es darum, ob das beklagte Land dem Kläger eine höherwertige Tätigkeit nur vorübergehend zuweisen durfte oder ob sie dem Kläger auf Dauer zusteht.

Der am 12. Dezember 1960 geborene Kläger, der schwerbehindert und Ersatzmitglied des Personalrats ist, steht seit dem 29. Januar 1990 im Dienst des beklagten Landes und ist im Versorgungsamt D tätig. Nach § 2 des Arbeitsvertrages vom Januar 1990 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung. Am 28. Januar 1993 teilte das Versorgungsamt D dem Kläger mit, daß er auf Grund seiner Bewährung ab dem 28. Januar 1993 von VergGr. VIII Fallgr. 1 a BAT nach VergGr. VII Fallgr. 2 BAT höhergruppiert sei.

Auf Grund eines Gutachtens traf die Landesregierung 1993 die Entscheidung, die Organisation im Bereich der Versorgungsverwaltung umzustrukturieren und die Aufbauorganisation in den Versorgungsämtern grundsätzlich dreistufig (Amtsleitung, Abteilungen, Gruppen) zu gliedern. Eine Vorgabe der Neuorganisation war, die Gruppen zu den einzelnen Gesetzesbereichen zu Abteilungen zusammenzufassen und ua. die Abteilung 2 (Soziales Entschädigungsrecht) und die Abteilung 3 (Schwerbehindertengesetz) einzurichten. Ein Gesetzesbereich sollte eine Abteilung bilden, so daß die Bearbeitung der Gesetzesbereiche Soziales Entschädigungsrecht und Schwerbehindertengesetz getrennt wurden. Die Organisation der Gruppen innerhalb der Abteilungen sollte für die einzelnen Gesetzesbereiche separat geregelt werden. Im Assistenzbereich (Stellen bis VergGr. VI b BAT) wurden ein Einsparpotential von 854 Stellen festgestellt und die entsprechenden Stellen als künftig wegfallend im Nachtragshaus-



halt 1993 für die Jahre 1996 - 1999 deklariert. Mit Organisationserlassen erfolgte ab 1996 die Umsetzung der in Projektarbeit erarbeiteten konkreten Maßnahmen für den organisatorischen, personellen und fachlichen Bereich im Landesversorgungsamt und in den nachgegliederten elf Versorgungsämtern.

Mit Schreiben vom 12. Februar 1996 teilte das Versorgungsamt D dem Kläger mit:

"... mit der mit Wirkung vom 05.02.1996 durchgeführten Trennung der Gesetzesbereiche Schwerbehindertengesetz und Soziales Entschädigungsrecht übertrage ich Ihnen hiermit vertretungsweise die Tätigkeit eines Sachbearbeiters mittlerer Dienst in der SchwbG-Gruppe 1 des Versorgungsamtes D.

Wird dem Angestellten vertretungsweise eine andere Tätigkeit übertragen, die den Tätigkeitsmerkmalen einer höheren als seiner Vergütungsgruppe entspricht, und hat die Vertretung länger als drei Monate gedauert, erhält er nach Ablauf dieser Frist eine persönliche Zulage für den letzten Kalendermonat der Frist und für jeden folgenden vollen Kalendermonat der weiteren Vertretung (§ 24 Abs. 2 Satz 1 BAT).

Nach Ablauf dieser Frist und entsprechender Bewährung in ihrer neuen Funktion erhalten Sie weitere Mitteilung über die Gewährung der persönlichen Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe V c BAT und Ihrer derzeitigen Vergütungsgruppe. Insbesondere wird Ihnen dann auch endgültig die von Ihnen zu vertretende Beschäftigte zugeordnet, während deren Abwesenheit längstens die Zulage gewährt werden kann."

In dem weiteren Schreiben des Versorgungsamtes D an den Kläger vom 6. Mai 1996 heißt es:

"... nachdem Sie nunmehr die Vertretung in der SchwbG-Gruppe 1 länger als drei Monate ausgeübt und sich in ihrer neuen Funktion bewährt haben, gewähre ich Ihnen ab 01.05.1996 und für jeden folgenden vollen Kalendermonat der weiteren Vertretung eine persönliche Zulage gemäß § 24 Abs. 2 BAT in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe V c und der Vergütungsgruppe VII BAT, weise jedoch vorsorglich darauf hin, daß die Zulage jederzeit widerrufen werden kann.

Die Gewährung Ihrer Zulage ist an den Zugang des Beamtenanwärters des mittleren Dienstes, Herrn C S, das ist nach derzeitigem Stand bis 31.07.1997, gebunden. Zu Ihrer Information und zum besseren Verständnis teile ich Ihnen jedoch mit, daß eine Beendigung des Vorbereitungsdienstes von Herrn S nicht in jedem Fall dazu führt, daß Ihnen die Zulage nicht mehr gewährt werden kann. Für die Abteilung Schwerbehindertenge-



setz sind mir vom Landesversorgungsamt NRW 26 Dienstposten für die Sachbearbeiter bzw. Sachbearbeiterinnen des mittleren Dienstes zugewiesen worden. Soweit diese Höchstgrenze von Stammdienstposten einschließlich der Zulagenempfänger nicht überschritten wird, wäre zur Zeit im Versorgungsamt D auch im Falle der Beendigung des Vorbereitungsdienstes des Herrn S die Möglichkeit gegeben, Ihnen vertretungsweise eine Zulage nach § 24 Abs. 2 BAT zu gewähren.
..."

Unter dem 25. August 1997 schrieb das Versorgungsamt D an den Kläger:

"... hiermit gewähre ich Ihnen über den 31.07.1997 hinaus und für jeden folgenden vollen Kalendermonat der weiteren Vertretung die persönliche Zulage gemäß § 24 Abs. 2 BAT in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe V c und der Vergütungsgruppe VII BAT. Die Gewährung Ihrer Zulage ist an die Beurlaubung gemäß § 85 a LBG der Regierungsamtsinspektorin K gebunden, das ist nach derzeitigem Stand bis 31.08.1998. Ich weise vorsorglich darauf hin, dass die Zulage jederzeit widerrufen werden kann. ..."

Mit Schreiben vom 14. September 1998 teilte das Versorgungsamt D dem Kläger mit:

"... ich freue mich besonders, Ihnen mitteilen zu können, dass ich die Ihnen vertretungsweise übertragene Tätigkeit eines Sachbearbeiters des mittleren Dienstes in der Abteilung 3 über den 31.08.1998 hinaus verlängern kann. ...

Die Gewährung dieser Zulage bis zum 31.07.1999 ist nunmehr an den Erziehungsurlaub der Verwaltungsfachangestellten N B gebunden."

Eine weitere Verlängerung erfolgte durch das Schreiben vom 14. Juni 1999:

" ...

ich freue mich, Ihnen mitteilen zu können, dass Ihr Einsatz als Sachbearbeiter des mittleren Dienstes in der Abteilung 3 über den 31.07.1999 bis zunächst 31.12.1999 unter den gleichen Voraussetzungen verlängert wird.

Das Befristungsende ist weiterhin an die als Sachbearbeiterin des gehobenen Dienstes in der Abteilung 3 eingesetzte Regierungsamtsinspektorin K und nicht - wie irrtümlich mit dem Bezugsschreiben bekannt gegeben - an den Erziehungsurlaub der Verwaltungsfachangestellten B gebunden.

" ...



Unter dem 28. Dezember 1999 teilte das Versorgungsamt D dem Kläger mit, daß eine weitere Verlängerung nicht in Betracht komme. Einen Tag später erhielt er vom Versorgungsamt D die Nachricht, er werde mit Wirkung zum 1. Januar 2000 bei der Besetzung des Dienstpostens einer "Migrationskraft" in der Abteilung 3 berücksichtigt werden können, und zwar längstens bis 31. Dezember 2000 mit einer Zulage gem. § 24 Abs. 1 BAT in Höhe der Differenz zwischen der VergGr. VII BAT und der VergGr. VI b BAT. Der Kläger hat sich mit dem Schreiben vom 17. Dezember 1999 und vom 1. Februar 2000 gegen den Entzug der Zulage in Höhe der Differenz zu der VergGr. V c BAT gewandt, und geltend gemacht, daß er in der VergGr. V c BAT eingruppiert sei.

Dieses Begehren verfolgt er mit seiner Klage weiter. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, das beklagte Land habe rechtsmißbräuchlich gehandelt. Die zahlreichen vorübergehenden Übertragungen machten deutlich, daß beim Versorgungsamt auf zahlreichen Stellen eine ständiger bzw. dauerhafter Vertretungsbedarf bestehe. Der eigentliche Grund sei gar nicht der einzelne Vertretungsfall, sondern die Haushalts- und Stellensituation. Der Erprobungszweck habe allenfalls eine Übertragung für sechs Monate gerechtfertigt. Die Haushalts- und Stellensituation habe die vorübergehende Übertragung somit allenfalls in den Jahren 1997 und 1998 rechtfertigen können. Spätestens mit Beginn des Kalenderjahres 1999 sei von einem fehlenden sachlichen Grund für eine lediglich vorübergehende Übertragung auszugehen. Er habe in der Zeit vom 5. Februar 1996 bis 31. Dezember 1999 in der Gruppe 3 der Abteilung 3 einen einzigen Arbeitsplatz eingenommen und damit eine Daueraufgabe übernommen. Er habe nicht die von der Beklagten jeweils benannten Personen vertreten. Im übrigen sei die ihn belastende Befristung wegen nicht ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats unwirksam gewesen, weshalb er einen individualrechtlichen Anspruch auf Eingruppierung in der VergGr. V c BAT habe. Zumindest stehe ihm ab dem 1. Januar 2000 weiterhin die Zulage zur VergGr. V c BAT zu. Der Widerruf der Zulage in Höhe der Differenz zu der VergGr. V c BAT und der Einsatz als "Migrationskraft" mit der geringeren Zulage sei ebenfalls ohne Beteiligung des Personalrats erfolgt.

Der Kläger hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - beantragt

festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet ist, an ihn ab 1. Januar 1999 eine Vergütung nach VergGr. V c Fallgr. 1 a BAT zu zahlen und dies im Arbeitsvertrag festzuschreiben;

hilfsweise festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet ist, an ihn ab 1. Januar 2000 eine Zulage nach VergGr. V c BAT zu zahlen.



Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die dem Kläger seit Anfang Februar 1996 übertragenen Tätigkeiten seien ihm jeweils zur vorübergehenden Ausübung übertragen worden. Die von 1996 bis 2000 bestehende Vakanz an Dienstposten im gehobenen und mittleren Dienst des Versorgungsamtes D erkläre sich aus den Folgen des Übergangs von der alten zu der neuen Organisation in der Versorgungsverwaltung. Auf Grund des Organisationserlasses hätten dem Versorgungsamt D für die Abteilung 3 (SchwbG) bis zum 31. Dezember 1999 15 Dienstposten des gehobenen und 26 Dienstposten des mittleren Dienstes zur Verfügung gestanden, dh. für den mittleren Dienst bei den fünf Gruppen jeweils 5,2 Mitarbeiter. Zum 1. Januar 2000 sei das Dienstpostensoll entsprechend den Vorgaben des Organisationserlasses auf 22,5 Dienstposten des mittleren Dienstes neu festgesetzt worden. Diese Dienstposten seien durch Versetzungen, Aufgabenzuweisung und Inanspruchnahme von Beamten des mittleren Dienstes, die eine Ausbildung hinter sich gebracht hätten, alle besetzt.

Der Kläger sei zunächst erfolgreich erprobt worden. Dann habe er die Zulage bis zum Zugang des Beamtenanwärters S zum 1. August 1997 gem. § 24 Abs. 1 BAT erhalten. Anschließend seien ihm die Aufgaben eines Sachbearbeiters des mittleren Dienstes in der SchwbG-Gruppe 1 vertretungsweise gem. § 24 Abs. 2 BAT übertragen worden. Der Kläger sei im Rahmen der mittelbaren Vertretung für die in den gehobenen Dienst abgeordnete Beamtin des mittleren Dienstes, Frau Regierungsamtsinspektorin K eingesetzt worden. Frau K sei gem. § 85 a LBG zunächst bis zum 31. Juli 1997, sodann bis zum 31. August 1998 und schließlich bis zum 31. Dezember 1999 Teilurlaub gewährt worden.

Der Personalrat sei jeweils beteiligt worden. Die Zustimmung zum ersten Einsatz ab dem 1. Mai 1996 befinde sich in der Personalakte des Klägers. Die Zustimmung für die weiteren Einsätze sei mündlich erfolgt, da der Einsatz in einer gemeinsamen Runde zwischen Personalvertretung und Personalseite des Versorgungsamtes abgestimmt worden sei. Dieses Verfahren sei von der Personalvertretung als entsprechende Beteiligung nach § 72 Abs. 1 Nr. 4 LPVG bewertet worden. Im übrigen könne eine fehlende Mitbestimmung des Personalrats keine Änderung der Vertragsbeziehungen der Parteien mit der Folge bewirken, daß der Kläger in der VergGr. V c BAT eingruppiert sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage insoweit stattgegeben, als es festgestellt hat, daß das beklagte Land verpflichtet sei, an den Kläger ab 1. Januar 1999 eine Vergü-



tung nach VergGr. V c BAT zu zahlen und dies im Arbeitsvertrag festzuschreiben, und hat die Klage im übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des beklagten Landes hat das Landesarbeitsgericht die Klage einschließlich des Hilfsantrags abgewiesen und die Revision zugelassen. Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Das beklagte Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist hinsichtlich des Hauptantrages, dh. der Eingruppierungsfeststellungsklage nicht begründet; das Landesarbeitsgericht hat den Antrag im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

I. Die Klage ist, soweit sie in der Revisionsinstanz noch anhängig ist, zulässig. Bei dem Hauptantrag handelt es sich um eine im öffentlichen Dienst allgemein übliche Eingruppierungsfeststellungsklage, gegen die nach ständiger Rechtsprechung des Senats keine prozeßrechtlichen Bedenken bestehen. Das gilt auch, soweit der Kläger die gerichtliche Feststellung anstrebt, die begehrte Vergütungsgruppe "im Arbeitsvertrag festzuschreiben", nachdem der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt hat, daß damit nicht mehr begehrt werde, als was nach § 22 BAT ohnehin geboten sei.

II. Der Hauptantrag ist unbegründet. Dem Kläger steht ab dem 1. Januar 1999 die Vergütung nach VergGr. V c BAT nicht zu, weil ihm eine dieser Vergütungsgruppe entsprechende Tätigkeit nicht auf Dauer übertragen worden ist.

1. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft einzelvertraglicher Vereinbarung die Vorschriften des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT) Anwendung. Danach setzt die Eingruppierung des Klägers voraus, daß bei ihm zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die jeweils für sich die Anforderungen mindestens eines Tätigkeitsmerkmals der von ihm für sich in Anspruch genommenen VergGr. V c BAT erfüllen (§ 22 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT).

2. Die dem Kläger übertragene Sachbearbeitertätigkeit entspricht den Tätigkeitsmerkmalen der VergGr. V c des Allgemeinen Teils der Anlage 1 a zum BAT. Diese Bewertung ist zwischen den Parteien nicht mehr umstritten. Sie war entsprechend den



Grundsätzen zur Überprüfung einer Eingruppierung bei korrigierender Rückgruppierung (vgl. BAG 16. Februar 2000 - 4 AZR 62/99 - BAGE 93, 340 ff., 357) zugrunde zu legen.

3. Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, daß die Übertragung der höherwertigen Tätigkeit an den Kläger in der Zeit vom 5. Februar 1996 bis zum 31. Dezember 1999 zu Recht vorübergehend bzw. vertretungsweise gem. § 24 Abs. 1 und 2 BAT erfolgt ist, so daß der Kläger nicht entsprechend höhergruppiert ist, sondern ihm nur die von dem beklagten Land tatsächlich gezahlte Zulage zustand.

a) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, das beklagte Land habe dem Kläger die Tätigkeit als Sachbearbeiter ausdrücklich nicht auf Dauer, sondern jeweils nur vorübergehend bzw. zur Vertretung übertragen. Etwas anderes behauptet auch der Kläger nicht.

b) Bei seiner rechtlichen Prüfung, ob es rechtens war, diese höherwertige Tätigkeit nur vorübergehend zu übertragen, ist das Landesarbeitsgericht von der bisherigen Rechtsprechung des Senats ausgegangen. Danach gelte eine vorübergehend übertragene Tätigkeit als auf Dauer übertragen, wenn die Gestaltungsmöglichkeit des § 24 BAT rechtsmißbräuchlich verwendet werde. Rechtsmißbrauch liege vor, wenn die vorübergehende Übertragung nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sei (5. Juli 1967 - 4 AZR 162/66 - und 11. Oktober 1967 - 4 AZR 448/66 - AP TVG § 1 Tarifverträge: BAVAV Nrn. 10, 11; 25. Oktober 1967 - 4 AZR 12/67 - AP BAT § 24 Nr. 1; 5. September 1973 - 4 AZR 549/72 - AP BAT § 24 Nr. 2). Fehle es an einer sachlichen Rechtfertigung, sei der Angestellte vom Beginn der Übertragung der höherwertigen Tätigkeit an so zu behandeln, als sei ihm diese auf Dauer zugewiesen (10. Februar 1988 - 4 AZR 585/87 - AP BAT § 24 Nr. 15 mwN; 16. Januar 1991 - 4 AZR 301/90 - BAGE 67, 59; 26. März 1997 - 4 AZR 604/95 - ZTR 1997, 413). Es bestehe aber hinsichtlich der tatsächlichen Rechtfertigung ein verhältnismäßig großer Beurteilungsspielraum sowohl des Arbeitgebers als auch der Tatsacheninstanz (15. Februar 1984 - 4 AZR 595/82 - AP BAT § 24 Nr. 8).

c) An dieser Rechtsprechung hält der Senat nach nochmaliger Prüfung nicht mehr fest.

aa) Die zur Befristung von Arbeitsverträgen zunächst von der Rechtsprechung aufgestellten (grundlegend: BAG 12. Oktober 1960 - GS 1/59 - BAGE 10, 65) und - mit



Modifikationen - in das Gesetz übernommenen Grundsätze (vgl. zur Entwicklung: Dörner in ArbR BGB 2. Aufl. § 620 Rn. 9 bis 27 mwN) können aus rechtlichen Erwägungen nicht zur Kontrolle der rechtlichen Zulässigkeit der vorübergehenden oder vertretungsweisen (zusammenfassend: interimistischen) Übertragung einer (tariflich) höherwertigen Tätigkeit herangezogen werden. Bei der Befristung eines Arbeitsvertrages geht es stets darum, daß gesetzlicher Kündigungsschutz umgangen werden kann. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bedarf infolge seiner Befristung keiner Kündigung; dieser Umstand hindert das Eingreifen jeglichen gesetzlichen Kündigungsschutzes. Der gesetzliche Kündigungsschutz wächst dem Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis auf (unbestimmte) Dauer ohne weiteres zu. Der Bestand des Arbeitsvertrages selbst wird hierdurch gestützt. Ähnlich verhält es sich bei der Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen; auch insoweit kann der gesetzliche Schutz gegen Änderungskündigungen umgangen werden (vgl. Dörner in ArbR BGB 2. Aufl. § 620 Rn. 45 f.).

bb) Um Fragen des Schutzes des Bestandes oder des Inhalts des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses durch den gesetzlichen Schutz gegenüber Beendigungskündigungen oder auch nur gegenüber Änderungskündigungen geht es indessen nicht, wenn dem Arbeitnehmer im Rahmen des Direktionsrechts interimistisch eine höherwertige Tätigkeit übertragen wird. Denn der Inhalt und der Bestand des Arbeitsvertrages werden durch Maßnahmen, die sich im Rahmen des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts halten, gerade nicht berührt. Vielmehr ist die Rechtmäßigkeit der vorübergehenden oder vertretungsweisen Übertragung einer anders bewerteten Tätigkeit an den Regeln zu messen, die der Arbeitgeber bei der Ausübung seines arbeitsvertraglichen Leistungsbestimmungsrechts (Direktionsrechts) entsprechend § 315 Abs. 1 BGB grundsätzlich einzuhalten hat. Die Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber hat billigem Ermessen zu entsprechen (BAG 17. Dezember 1997 - 5 AZR 332/96 - BAGE 87, 311).

cc) Im Fall der interimistischen Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit kommt es im ersten Schritt darauf an, ob es billigem Ermessen entspricht, dem Arbeitnehmer die anders bewertete Tätigkeit überhaupt, wenn auch nur vorübergehend zu übertragen. In einem zweiten Schritt ist, wenn die Übertragung von Anfang an oder auch erst nach einer bestimmten Zeit mit einer höheren Vergütung oder einer interimistischen Zulage verbunden ist, zu prüfen, ob es billigem Ermessen entspricht, diese Tätigkeit nur vorübergehend zu übertragen. Dabei ist unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls abzuwägen, ob das Interesse des Arbeitgebers daran, die Tätigkeit nur vor-



übergehend zu übertragen, oder das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung der höherwertigen Tätigkeit und - falls damit verbunden - auch der besseren Bezahlung überwiegt. Insgesamt ist damit eine "doppelte" Billigkeitsprüfung geboten. Die Billigkeitskontrolle bezieht sich bei vorübergehenden Übertragungen höherwertiger Tätigkeit auf zahlreiche Angestellte in einer Verwaltung sowohl auf das Gesamtkonzept als auch auf die einzelnen personenbezogenen Übertragungsverfügungen. Die Umstände für die einzelnen vorübergehenden Übertragungen höherwertiger Tätigkeit vor dem Hintergrund des Gesamtkonzepts müssen deutlich werden. Handelt es sich um eine Übertragung höherwertiger Tätigkeit außerhalb eines bestehenden zu vollziehenden und ausgeführten Gesamtkonzepts, so muß das deutlich werden.

dd) Entspricht die vorübergehende Übertragung der Tätigkeit nicht billigem Ermessen, so erfolgt die Bestimmung der "Leistung" entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch eine richterliche Entscheidung. Sie kann bei der interimistischen Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit - je nachdem, worin die Unbilligkeit liegt - darin bestehen, daß die Übertragung der Tätigkeit nicht als nur vorübergehend, sondern als auf Dauer vorgenommen erklärt wird oder die zeitliche Dauer anders bestimmt wird. Eine solche Bestimmung kann im Eingruppierungsrechtsstreit inzident vorgenommen werden. Die Beweislast dafür, daß die Ausübung des Direktionsrechts billigem Ermessen entspricht, trägt derjenige, der das Leistungsbestimmungsrecht ausübt (*BAG 16. September 1998 - 5 AZR 183/97 - AP BAT-O § 24 Nr. 2 = EzA BGB § 315 Nr. 49; 17. Dezember 1997 - 5 AZR 332/96 - BAGE 87, 311*).

ee) Diese Grundsätze gelten insbesondere im Rahmen der vorübergehenden (§ 24 Abs. 1 BAT/BAT-O) oder vertretungsweisen (§ 24 Abs. 2 BAT/BAT-O) Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit. Die §§ 22, 23 und 24 BAT regeln nach ihren Wortlauten die Vergütungsfolgen für auszuübende Tätigkeiten. § 22 BAT regelt die Eingruppierung/Vergütung bei dauerhaft auszuübender Tätigkeit; § 23 BAT regelt die Eingruppierung/Vergütung bei dauerhafter Änderung der Tätigkeit ohne tätigkeitszuweisende Maßnahme des Arbeitgebers; § 24 BAT regelt die Vergütung bei vorübergehend übertragener - höherwertiger - Tätigkeit. § 22 BAT ist die Regel. §§ 23, 24 BAT sind Vorschriften für von der Regel abweichende Fälle.

In § 24 Abs. 1 BAT haben die Tarifvertragsparteien geregelt, in welchen Fällen und in welchem Umfang Ansprüche auf Seiten des Angestellten entstehen, wenn ihm der Arbeitgeber vorübergehend eine andere Tätigkeit überträgt, die einem oder mehre-



ren Tätigkeitsmerkmalen einer höheren als seiner Vergütungsgruppe entspricht. § 24 Abs. 2 bestimmt entsprechendes für den Fall der vertretungsweisen Übertragung.

Die TO.A bzw. ATO sahen eine Zulagengewährung für die vorübergehende oder vertretungsweise höherwertige Tätigkeit nicht vor. Sie wurden durch den BAT abgelöst. Eine Bestimmung wie die des § 24 BAT wurde erstmals mit dem BAT vom 23. Februar 1961 eingeführt und gilt seit dem Inkrafttreten des BAT ab dem 1. April 1961. Der Senat hatte zuvor entschieden, daß der Arbeitnehmer gleichwohl verpflichtet ist, nach Treu und Glauben zumutbare Vertretungen ohne Anspruch auf eine höhere Vergütung zu übernehmen (*19. Februar 1959 - 4 AZR 358/56 - AP TVG § 1 Auslegung Nr. 41*). Das wurde als unangemessen angesehen, insbesondere bei längeren Krankheits- und Urlaubsvertretungen. Diese Benachteiligung wurde durch § 24 BAT ausgeglichen. Da sich § 24 BAT nach Ansicht der Tarifvertragsparteien grundsätzlich bewährt hatte, wurde diese Bestimmung seit 1961 nur hinsichtlich der Höhe der Zulage (Abs. 3) geändert.

§ 24 BAT setzt für die vorübergehende und vertretungsweise Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit die Möglichkeit einer solchen Maßnahme in Ausübung des Direktionsrechts voraus und gestaltet diese Maßnahme insoweit, als er für die Merkmale "vorübergehend" (Abs. 1) bzw. "vertretungsweise" (Abs. 2) einerseits so gut wie keine Zeitgrenzen errichtet, andererseits jedoch die Zahlung von Zulagen (in Höhe des Unterschiedsbetrages der Vergütungsgruppen - vgl. § 24 Abs. 3 BAT) anordnet.

ff) Wird demselben Angestellten dieselbe oder eine gleichermaßen höherwertige Tätigkeit mehrmals nacheinander vorübergehend oder vertretungsweise übertragen, so unterliegt jeder dieser Übertragungsakte der gerichtlichen Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 BGB. Der Angestellte ist nicht gehalten, einen Vorbehalt hinsichtlich jeder einzelnen vorübergehenden Übertragung höherwertiger Tätigkeit zu erklären. Das folgt schon daraus, daß nach der ständigen Rechtsprechung des Senats, an der er festhält, bei der Anwendung des § 24 BAT eine zeitliche Grenze für die vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit nicht besteht (*zB 25. Oktober 1967 - 4 AZR 12/67 - AP BAT § 24 Nr. 1; 8. Juni 1983 - 4 AZR 608/80 - BAGE 43, 65; 15. Februar 1984 - 4 AZR 595/82 - AP BAT § 24 Nr. 8 mwN*). Ist bei auch nur einer dieser mehreren interimistischen Übertragungen billiges Ermessen hinsichtlich dessen, daß die Übertragung nicht auf Dauer erfolgte, nicht gewahrt, so kann dies zur Folge haben, daß diese Übertragung kraft richterlicher Entscheidung entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB als auf Dauer erfolgt anzusehen ist. Ob die zeitlich nachfolgenden interimistischen



Übertragungen derselben oder einer gleichermaßen höherwertigen Tätigkeit ihrerseits billigem Ermessen genügen, ist rechtlich unerheblich, wenn die vorherige Übertragung als auf Dauer erfolgt anzusehen ist.

4. In Anwendung dieser Grundsätze waren die vorübergehenden Übertragungen der höherwertigen Tätigkeit in dem Zeitraum vom 5. Februar 1996 bis zum 31. Dezember 1999 nicht unbillig. Die Übertragungen der höherwertigen Tätigkeit an sich hat der Kläger nicht beanstandet. Es entsprach auch billigem Ermessen, daß die Übertragungen jedenfalls nur interimistisch erfolgt sind.

a) Das gilt zunächst für die erste Übertragung vom 5. Februar 1996 bis zum 30. April 1996.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat erkannt, daß gem. § 24 Abs. 1 BAT diese vorübergehende Übertragung zum Zwecke der Erprobung zulässig sei. Dieser Zweck ergebe sich aus dem Schreiben des beklagten Landes vom 12. Februar 1996 hinreichend deutlich. Dabei sei unerheblich, daß das Versorgungsamt D in seinem Schreiben vom 12. Februar 1996 anstatt von einer vorübergehenden Tätigkeit iSv. § 24 Abs. 1 BAT von einem Vertretungsfall iSv. § 24 Abs. 2 BAT ausgegangen sei.

bb) Dies hält der Revision stand. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats rechtfertigt die Erprobung eines Angestellten die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit gem. § 24 Abs. 1 BAT (*ua. 18. Juni 1997 - 4 AZR 728/95 - AP BAT-O § 24 Nr. 1*). Die zulässige Erprobungsdauer kann nicht schematisch festgelegt werden, sondern muß die Anforderungen des höherwertigen Arbeitsplatzes und die gegebenen Kenntnisse und Leistungen des Angestellten angemessen berücksichtigen. Erprobungszeiten von mehr als sechs Monaten bedürfen einer besonderen Begründung. Die probeweise Übertragung der höherwertigen Tätigkeit hat vorliegend weniger als drei Monate gedauert. Deshalb ist nicht zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht ohne nähere Begründung diese vorübergehende Übertragung durch den Erprobungszweck als gerechtfertigt angesehen hat. Die Revision hat insoweit auch keine konkreten Rügen vorgetragen.

b) Auch die vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit vom 1. Mai 1996 bis zum 31. Juli 1997 war zulässig.



aa) Das Landesarbeitsgericht hat insoweit in der Sache darauf abgestellt, daß der Kläger in dem Zeitraum den Arbeitsplatz von Herrn S eingenommen habe, um dessen Zugang als Beamtenanwärter nach Beendigung seines Vorbereitungsdienstes zum 1. August 1997 zu sichern. Dieser Grund sei nicht vorgeschoben. Zwar heiße es in dem Schreiben des Versorgungsamtes D an den Kläger vom 6. Mai 1996, zur Zeit wäre im Versorgungsamt D auch im Falle der Beendigung des Vorbereitungsdienstes von Herrn S die Möglichkeit gegeben, ihm vertretungsweise eine Zulage nach § 24 Abs. 2 BAT zu gewähren. Hierbei handele es sich jedoch nur um einen Hinweis auf die zum Zeitpunkt der Erstellung des Schreibens gegebene Bedarfssituation.

bb) Dem folgt der Senat im Ergebnis. Diese interimistische Übertragung der höherwertigen Tätigkeit erfolgt im Hinblick auf den beabsichtigten Zugang des Beamtenanwärters des mittleren Dienstes S nach Beendigung seines Vorbereitungsdienstes. Damit liegt keine Vertretung im eigentlichen Sinne vor. Um eine solche handelt es sich nur dann, wenn der eigentliche Arbeitsplatzinhaber vorübergehend die ihm dauernd übertragene Tätigkeit nicht wahrnimmt (*Böhm/Spiertz/Sponer/Steinherr BAT Stand März 2002 § 24 Rn. 53*), nicht aber, wenn die dem Angestellten interimistisch übertragene Stelle noch nicht besetzt ist.

(1) Ein Arbeitgeber, der die vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit mit dem beabsichtigten Zugang eines Beamtenanwärters begründet, muß sein Interesse daran offenlegen, die Stelle für einen Beamten freihalten zu wollen; dies ist mit dem Interesse des Angestellten, die ihm nur vorübergehend übertragene Tätigkeit dauerhaft auszuüben, abzuwägen. Dabei ist die generelle Entscheidung des beklagten Landes, bestimmte Stellen nur mit Beamten zu besetzen und sie daher bis zum Zugang von Beamtenanwärtern freizuhalten, grundsätzlich hinzunehmen. Für eine solche Organisationsentscheidung gibt es auch plausible Gründe, wie zB die leichtere Versetzbarkeit von Beamten im Vergleich zu Angestellten, die häufig gegebene vielseitigere Einsetzbarkeit von Beamten oder auch die Verfügbarkeit von Beamten im Falle eines Streiks. Diese Entscheidung schränkt letztlich die Ermessensentscheidung der einzelnen Versorgungsämter bei der Disposition über die Stellen ein. Das Treffen einer solchen Entscheidung muß aber nachvollziehbar dargelegt sein. Dies schließt nicht aus, daß sich der Angestellte im Einzelfall auf einen Rechtsmißbrauch durch die Organisationsentscheidung berufen kann. Für solch eine Annahme muß der Angestellte Gründe vortragen. Wird der vorübergehende Einsatz des Angestellten auf einer für einen zugehenden Beamtenanwärter freizuhaltenden Stelle nicht mit einer generellen



Organisationsentscheidung begründet, ist zu prüfen, ob die Einzelentscheidung, die Stelle nur mit einem Beamten dauerhaft zu besetzen, billigem Ermessen iSv. § 315 BGB entspricht.

(2) Nach diesen Grundsätzen entspricht die vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit an den Kläger bis zu dem beabsichtigten Zugang des Beamtenanwärters S den Grundsätzen der Billigkeit. Das beklagte Land hat die generelle Organisationsentscheidung, den durch Neuorganisation des Versorgungsamtes D entstandenen Beschäftigungsbedarf von etwa acht Dienstposteninhabern in der Abteilung 3 (Schwerbehindertengesetz) durch den Zugang von namentlich bekannten bzw. zahlenmäßig bestimmbaren Beamtenanwärters zu decken, plausibel dargelegt. Es hat auch die Zuordnung der dem Kläger vorübergehend übertragenen Stelle zum Beamtenanwärter S bereits im Übertragungsschreiben vom 6. Mai 1996 dargelegt. Der Kläger hat keine konkreten Gründe dafür vorgetragen, daß die generelle Organisationsentscheidung des beklagten Landes rechtsmißbräuchlich bzw. die Zuordnung der dem Kläger übertragenen Stelle zu dem Beamtenanwärter S vorgeschoben war.

c) Auch die vorübergehenden Übertragungen der höherwertigen Tätigkeit in dem Zeitraum vom 1. August 1997 bis zum 31. Dezember 1999, dh. die Übertragung vom 1. August 1997 bis zum 31. August 1998, vom 1. September 1998 bis zum 31. Juli 1999 und vom 1. August 1999 bis zum 31. Dezember 1999, waren zulässig.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe in diesem Zeitraum die Regierungsamtsinspektorin K vertreten, die nach § 85 a LBG beurlaubt gewesen sei. Soweit in dem Schreiben vom 14. September 1998 der Erziehungsurlaub der Verwaltungsfachangestellten B als Vertretungsgrund genannt sei, habe es sich um einen Irrtum gehandelt, wie das Versorgungsamt D im Schreiben vom 14. Juni 1999 klargestellt habe. Diese durchgehende Vertretung von Frau K stelle ohne Zweifel ein Sachgrund für die vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit dar.

bb) Das ist im Ergebnis zutreffend. Zwar war Frau K unstreitig nur mit einem Viertel ihrer Arbeitszeit beurlaubt, so daß damit die Vertretung durch den Kläger als Vollzeitkraft nicht begründet werden kann. Das beklagte Land hat jedoch klargestellt, daß der Kläger während des gesamten Zeitraums gem. § 24 Abs. 2 BAT die Aufgaben auf dem Dienstposten von Frau K wahrgenommen hat. Diese sei zum einen gem. § 85 a LBG mit einem Viertel ihrer Arbeitszeit beurlaubt und gleichzeitig wegen des



Dienstpostenunterhangs im gehobenen Dienst der Abteilung Schwerbehindertengesetz eingesetzt gewesen. Insoweit ist die Begründung des Landesarbeitsgerichts für die Zulässigkeit der vertretungsweisen Übertragungen zutreffend.

Dem steht nicht entgegen, daß diese Begründung sich aus dem Übertragungsschreiben so nicht ergibt, weil im Schreiben vom 25. August 1999 die Beurlaubung von Frau K und im Schreiben vom 14. Juni 1999 der Einsatz von Frau K im gehobenen Dienst als Grund genannt war und im Schreiben vom 14. September 1998 irrtümlich der Erziehungsurlaub von Frau B. Der Arbeitgeber muß bei der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit unmißverständlich klarstellen, daß es sich um eine vorübergehende Maßnahme handelt. Er ist aber nicht verpflichtet, die Begründung für die vorübergehende Übertragung anzugeben. Somit ist der Arbeitgeber auch nicht gehindert, den bei der Übertragung angegebenen Grund im Prozeß zu konkretisieren, zu ergänzen oder zu korrigieren. Entscheidend ist, ob der zum Zeitpunkt der Übertragung tatsächlich vorliegende Grund für die vertretungsweise Übertragung der Billigkeitsprüfung standhält. Ausgehend von der zutreffenden Feststellung des Landesarbeitsgerichts, daß der Kläger in dem einschlägigen Zeitraum durchgehend Frau K vertreten hat, bestehen dagegen keine Bedenken.

5. Entgegen der auch in der Revision aufrechterhaltenen Auffassung des Klägers kann die etwaige Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Personalrats gem. § 72 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NW bei den vorübergehenden Übertragungen der höherwertigen Tätigkeit nicht dazu führen, von einer Übertragung der Tätigkeit auf Dauer auszugehen mit der Folge der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung nach der höheren Vergütungsgruppe. Diese Schlußfolgerung des Klägers findet im Gesetz keine Stütze. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.

a) Nach § 72 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NW hat der Personalrat mitzubestimmen "in Personalangelegenheiten bei Eingruppierung, Höhergruppierung, Rückgruppierung, Übertragung einer höher oder niedriger zu bewertenden Tätigkeit für die Dauer von mehr als drei Monaten, Bestimmung der Fallgruppe oder ..., wesentlichen Änderungen des Arbeitsvertrages". Die Mitbestimmungspflichtigkeit der Übertragung der höher- oder niederwertigen (zusammenfassend: anderswertigen) Tätigkeit ist durch das LPVG 1974 in das Gesetz eingeführt worden (*Cecior/Dietz/Vallendar/Lechtermann/Klein Das Personalvertretungsrecht in Nordrhein-Westfalen Stand März 2002 § 72 Rn. 108*). Unbeschadet der Frage, ob § 72 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NW mit Rücksicht darauf, daß die entsprechende Bestimmung im Mitbestimmungsgesetz des Landes Schleswig-Holstein



für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt worden ist, soweit daraus ein uneingeschränktes Mitbestimmungsrecht entnommen wird (*BVerfG 24. Mai 1995 - 2 BvF 1/92 - BVerfGE 93, 37*), nur als eingeschränktes, dh. der Durchsetzung mit Hilfe der Einigungsstelle nicht zugängliches Mitbestimmungsrecht verstanden werden kann, führt die unterbliebene oder fehlerhafte Beteiligung des Personalrats allenfalls dazu, daß die Übertragung insgesamt als personalratswidrig und deshalb - nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung - als unwirksam angesehen werden kann.

b) Eine solche Rechtsfolge setzt voraus, daß dem § 72 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NW individualschützender Charakter zukommt. Ob dies der Fall ist, erscheint angesichts von Sinn und Zweck des § 72 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NW als zumindest zweifelhaft. Sinn und Zweck der Regelung in § 72 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NW liegen darin, durch den Personalrat sowohl die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers als auch die der anderen Beschäftigten der Dienststelle zur Geltung zu bringen, um auch bei derartigen Maßnahmen eine Behandlung aller Angehörigen der Dienststelle nach Recht und Billigkeit zu gewährleisten (*BVerwG 8. Oktober 1997 - 6 P 9.95 - BVerwGE 105, 247 = ZTR 1998, 137*). Von daher kommt der Norm jedenfalls nicht der Sinn und Zweck zu, nur die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers zu schützen.

c) Selbst wenn man aber zugunsten des Klägers davon ausgeht, die Übertragung der anderswertigen Tätigkeiten über einen Zeitraum von mehr als drei Monate hätte der vorherigen Zustimmung des Personalrats bedurft und diese sei weder erteilt worden noch zu fingieren, erweist sich seine Erwägung als unbehelflich. Denn wenn die Übertragung der anderswertigen Tätigkeit deswegen unwirksam wäre, so folgt daraus gerade nicht, daß ihm diese Tätigkeit auf Dauer wirksam übertragen ist. Vielmehr folgt daraus, daß die Übertragung der Tätigkeit unwirksam war und sie - ggf. sogar auf Betreiben des Personalrats - vom Arbeitgeber wieder zu beseitigen ist. Die letztlich auf der Rechtsprechung des Siebten Senats zur Unwirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrages beruhenden gegenteiligen Erwägungen des Klägers finden im Gesetz keine Stütze.

III. Hinsichtlich des Hilfsantrags ist die Revision unzulässig, weil sie nicht ordnungsgemäß begründet worden ist.

1. Zur ordnungsgemäßen Begründung der Revision gehört die Angabe der Revisionsgründe unter Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm. Das erfordert grundsätzlich, daß sich die Revisionsbegründung mit den tragenden Gründen des angefochte-



nen Urteils auseinandersetzt (BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 624/96 - BAGE 87, 41 mwN). Die Revisionsbegründung muß zu den gem. § 554 Abs. 3 Nr. 3 ZPO aF gerügten Punkten eine Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen des angefochtenen Urteils enthalten. Dies erfordert eine konkrete Darlegung der Gründe, aus denen das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll.

2. Das Landesarbeitsgericht hat erkannt, daß auch der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag, der auf die weitere Zahlung der Zulage nach VergGr. V a BAT ab dem 1. Januar 2000 gerichtet ist, unbegründet ist. Unstreitig habe der Kläger seit dem 1. Januar 2000 keine Tätigkeiten mit der Wertigkeit der VergGr. V c BAT ausgeübt. Die vorübergehende Zuweisung des Dienstpostens einer "Migrationskraft" mit Wirkung vom 1. Januar 2000 rechtfertige nur eine Zulage gem. § 24 Abs. 1 BAT in Höhe der Differenz zur VergGr. VI b BAT, und zwar auch nur bis längstens zum 31. Dezember 2000. Selbst bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Personalrats, nach Auffassung des Klägers wohl das Mitbestimmungsrecht bei Umsetzungen gem. § 72 Abs. 1 Nr. 5 LPVG NW, könnten keine Ansprüche entstehen, die bei Beachtung des Mitbestimmungsrechts nicht entstanden wären.

3. Die Revision ist dieser Begründung inhaltlich nicht entgegengetreten. Sie hat zu dem Hilfsantrag lediglich ausgeführt, daß dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden solle, die Verpflichtung des beklagten Landes zur Zahlung einer Zulage für den Fall auszuurteilen, daß es den Rechtsansichten des Klägers nicht in allen Punkten folge.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Schliemann

Friedrich

Wolter

Sieger

Rzadkowski



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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)