

Aktenzeichen: 4 AZR 135/01
Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 17. April 2002
- 4 AZR 135/01 -

I. Arbeitsgericht
Duisburg

Urteil vom 13. Juli 2000
- 2 Ca 493/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 16. November 2000
- 11 (13) Sa 1182/00 -

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, V b; 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
[\(mobile App\)](#)



BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 135/01
11 (13) Sa 1182/00
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. April 2002

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

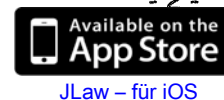
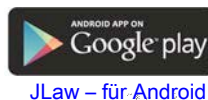
pp.

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 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
[\(mobile App\)](#)



1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 16. November 2000 - 11 (13) Sa 1182/00 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin ab dem 1. Juni 1999 Anspruch auf Vergütung nach VergGr. V b BAT im Wege des Fallgruppenbewährungsaufstiegs bzw. ab dem 1. Januar 1997 Anspruch auf Vergütung nach VergGr. V c BAT hat. Dabei geht es darum, ob das beklagte Land der Klägerin eine höherwertige Tätigkeit nur vorübergehend zuweisen durfte oder ob sie der Klägerin auf Dauer zusteht.

Die Klägerin ist seit 1977 beim beklagten Land als Angestellte in deren Versorgungsverwaltung (Versorgungsamt D) beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden auf Grund vertraglicher Vereinbarung der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) sowie die diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträge Anwendung. Die Klägerin bezog zuletzt Vergütung nach VergGr. VI b BAT.

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 Nachtragshaushalt 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. Hieraus folgte, daß zwischen den Ämtern und dem Landesversorgungsamt eine Verschiebung von Stellen, Dienstposten und ggf. auch eine Versetzung von Beschäftigten erforderlich wurden. Auf Grund Organisationserlasses standen der Abteilung 3 (Schwerbehindertengesetz) des Versorgungsamtes D fünf sog. Schwerbehindertengruppen mit jeweils einem Gruppenleiter (Beamten des gehobenen Dienstes), zwei Sachbearbeitern (Beamten des gehobenen Dienstes), fünf Bearbeitern (Sachbearbeiter des mittleren Dienstes) sowie drei bis vier Assistenzkräften (Aushilfen) zur Verfügung. Für das Versorgungsamt D ergab sich ab 1996 ein höherer Anteil an Stellen bzw. Dienstposten des gehobenen und mittleren Dienstes. Für den Bereich der Abteilung 3 (Schwerbehindertengesetz) waren dies im Jahr 1996 vier Dienstposten gehobener und viereinhalb Dienstposten mittlerer Dienst. Der volle Ausgleich sollte bis zum 31. Juli 2000 erreicht werden.

Ab Mitte 1993 wurde die Klägerin zunächst tageweise in der Erziehungsgeldkasse eingesetzt. Ab dem 29. November 1993 wurde sie in die Erziehungsgeldkasse versetzt und mit einer Anlern Tätigkeit zur Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes betraut. Der anfangs bis 31. März 1994 beabsichtigte vorübergehende Einsatz in der Erziehungsgeldkasse wurde zunächst bis zum 31. Dezember 1994 und sodann bis auf weiteres verlängert. Ab 1. Mai 1994 bearbeitete die Klägerin die Akten eigenständig bis einschließlich zur Zahlungsanweisung; mit Schreiben vom 28. März 1995 wurde ihr für die Dauer der Tätigkeit als Bearbeiterin in der Arbeitsgruppe BErzGG jederzeit widerruflich die Befugnis zur Zeichnung der automationsgestützten Bescheide und zur Feststellung der sachlichen Richtigkeit von automationsgestützten Rechnungsbelegen übertragen. Mit Schreiben vom 20. Februar 1995 teilte das beklagte Land der Klägerin mit, daß ihr die Tätigkeit einer Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse zur Erprobung zunächst bis zum 31. Dezember 1995 übertragen werde. Sie war weiter als Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes tätig und erhielt ab dem 1. Februar 1995 eine Zulage in Höhe der Differenz zwischen der VergGr. VI b BAT und der VergGr. V c BAT nach § 24 Abs. 1 BAT.

In der Folgezeit war die Klägerin wie folgt tätig:

vom 1. Januar 1996 bis zum
31. Dezember 1996

Angestellte in VergGr. VI b BAT mit Zulage zur VergGr. V c BAT auf Grund des Schreibens des beklagten Landes vom 28. Dezember 1995, in dem es ua. heißt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

" ... verlängere ich Ihren Einsatz als Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse zur Erprobung längstens bis 31.12.1996. Auf Grund eines Personalbedarfs von 1,5 Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern zur Einrichtung von Auskunft- und Beratungsstellen für die Erziehungsgeldkasse des Amtes gewähre ich Ihnen ..."

vom 1. Januar 1997 bis zum
31. Dezember 1997

Angestellte in VergGr. VI b BAT mit Zulage zur VergGr. V c BAT auf Grund des Schreibens des beklagten Landes vom 31. Oktober 1996, in dem es ua. heißt:

" ... verlängere ich Ihren Einsatz als Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse zur Erprobung längstens bis 31.12.1997. Da bereits heute abgesehen werden kann, das eine umfassende Automationseinführung im Gesetzesbereich BErzGG nicht vor Ende 1997 zu erreichen ist, werden die aus Anlaß der Pilotierung der Auskunft- und Beratungsstellen in diesem Bereich eingesetzten zusätzlichen Bearbeiter bis zum 31.12.1997 unter Gewährung einer persönlichen Zulage ... in ihrer Funktion belassen..."

vom 1. Januar 1998 bis zum
28. Februar 1999

Angestellte in VergGr. VI b BAT mit Zulage zur VergGr. V c BAT auf Grund eines Schreibens des beklagten Landes vom 12. August 1997, in dem es ua. heißt:

" ... die aus Anlaß der Pilotierung der Auskunft- und Beratungsstelle in der Erziehungsgeldkasse ... geschaffenen zusätzlichen zwei Dienstposten sind nach derzeitigem Kenntnisstand lediglich noch bis zum 31.12.1997 zu belassen. ... verlängere ich Ihren Einsatz als Bearbeiterin ... über den 31.12.1997 hinaus bis längstens 28.02.1999. Die bisher gewährte Zulage gemäß § 24 Abs. 1 BAT ... wird in eine Vertretungszulage gem. § 24 Abs. 2 BAT umgewandelt. Das Befristungsende der Zulagengewährung ist an die Beurlaubung der Verwaltungsfachangestellten C. B gebunden."

vom 1. März 1999 bis zum
31. Dezember 1999

Angestellte in VergGr. VI b BAT mit Zulage zur VergGr. V c BAT auf Grund eines Schreibens des beklagten Landes vom 29. Dezember 1998, in dem es ua. heißt:

"... daß Ihr Einsatz als Bearbeiterin ... über den 28.2.1999 hinaus bis längstens 31.12.1999 unter den gleichen Voraussetzungen verlängert wird."



Das Befristungsende ist weiterhin an die Beurlaubung der Verwaltungsfachangestellten C. B gebunden. ..."

vom 2. September 1998 bis zum
28. August 1999

einjährige Schulungsmaßnahme zur Qualifizierung von Angestellten für eine Sachbearbeitung in Aufgaben des mittleren Dienstes

vom 1. Januar 2000 bis zum
31. Oktober 2000

Angestellte in VergGr. VI b BAT mit Zulage zur VergGr. V c BAT auf Grund eines Schreibens des beklagten Landes vom 15. Dezember 1999, in dem es ua. heißt:

"... trotz des Wegfalls von 2,5 Dienstposten des gehobenen Dienstes und 4 Dienstposten des mittleren Dienstes ... eine bis zum 31.10.2000 laufende Verlängerung gewähren zu können. Das Befristungsende zum 31.10.2000 ergibt sich aus der laufenden Beurlaubung der Verwaltungsfachangestellten C. B ..."

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Sachbearbeitertätigkeit sei ihr dauerhaft übertragen worden; zumindest sei sie so zu stellen, als wenn dies der Fall gewesen sei. Sachliche Gründe für die jeweils nur vorübergehenden Übertragungen der Sachbearbeitertätigkeit lägen nicht vor, weshalb die befristeten Übertragungen rechtsmißbräuchlich erfolgt seien. Es sei ungerechtfertigt, einer Arbeitnehmerin fast drei Jahre nur vorübergehend eine höherwertige Tätigkeit zur Erprobung zuzuweisen, wenn sie diese Tätigkeit zuvor schon 9 1/2 Monate vorbehaltlos erledigt habe. Auch die weiteren vorübergehenden Zuweisungen seien ohne sachlichen Grund erfolgt. Das beklagte Land könne sich nicht auf Vertretungsgründe berufen, denn es liege ein dauernder Bedarf für die Tätigkeit der Klägerin vor. Die Haushalts- und Stellensituation könne nicht angeführt werden, da das beklagte Land hierzu keine auf die Übertragungszeitpunkte bezogene Prognose dargelegt habe. Im übrigen sei die nur vorübergehende Zuweisung deswegen unwirksam, weil der Personalrat an den einzelnen Übertragungsverfügungen nicht ordnungsgemäß beteiligt worden sei. Seit dem 1. Mai 1994 habe die Klägerin daher dauerhaft eine der VergGr. V c BAT entsprechende Tätigkeit erledigt. Da sie sich in dieser Tätigkeit mehr als drei Jahre bewährt habe, könne sie seit dem 1. Juni 1999 eine Vergütung nach der VergGr. V b BAT verlangen.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt



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



festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet ist, an sie ab dem 1. Juni 1999 eine Vergütung nach der VergGr. V b BAT zu zahlen,

hilfsweise

an sie ab dem 1. Januar 1997 eine Vergütung nach der VergGr. V c BAT zu zahlen und dies im Arbeitsvertrag festzuschreiben.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Klägerin sei entsprechend der Schreiben des beklagten Landes die höherwertige Tätigkeit jeweils nur vorübergehend übertragen worden. Sie habe erst seit dem 20. Februar 1995 überhaupt Tätigkeiten nach der VergGr. V c BAT erledigt. Bis 31. Dezember 1997 sei die vorübergehende Übertragung zum Zwecke der Erprobung unter Gewährung einer persönlichen Zulage gem. § 24 Abs. 1 BAT erfolgt. Grund sei auch die Umstrukturierung und Pilotierung der Auskunfts- und Beratungsstellen gewesen. Für die vorübergehende Übertragung habe ein sachlicher Grund bestanden, weil die Stelle, auf der die Klägerin beschäftigt worden sei, nur vorübergehend zur Verfügung gestanden habe. Bei der probeweisen Einrichtung von Auskunfts- und Beratungsstellen für die Erziehungsgeldkasse habe es sich um ein Pilotprojekt gehandelt, bei dem nicht festgestanden habe, ob es letztlich erfolgreich sein würde und weitergeführt werden könne. Mit Wirkung vom 1. Januar 1998 sei die Klägerin zur Vertretung der im Erziehungsurlaub befindlichen Bediensteten B vorübergehend mit der höherwertigen Tätigkeit betraut worden. Der Personalrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des beklagten Landes das Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Das beklagte Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist begründet.



I. Die Berufung des beklagten Landes gegen das erstinstanzliche Urteil ist zulässig. Die Berufung wurde frist- und formgerecht eingelegt sowie ordnungsgemäß begründet.

Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht - entgegen der im Berufungserweiterungsschriftsatz vom 4. Oktober 2000 geäußerten Auffassung der Klägerin - davon ausgegangen, daß die Berufungsbegründung des beklagten Landes den Mindestanforderungen nach § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO aF entspricht. Denn das beklagte Land hat sich in seiner Berufungsbegründung vom 25. September 2000 mit den die Entscheidung des Arbeitsgerichts vom 13. Juli 2000 tragenden Gründen auseinandergesetzt und im einzelnen aufgeführt, welche Rechtsansichten es im Gegensatz zum angefochtenen erstinstanzlichen Urteil vertritt und auf welche Gründe es sich hierfür stützen will.

II. Die Feststellungsklage ist nach den Grundsätzen, wie sie der Senat in ständiger Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Eingruppierungsfeststellungsklagen anwendet, zulässig. Das gilt auch, soweit die Klägerin die gerichtliche Feststellung anstrebt, die begehrte Vergütungsgruppe "im Arbeitsvertrag festzuschreiben", nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt hat, daß damit nicht mehr begehrt werde, als was nach § 22 BAT ohnehin geboten ist.

III. Die Klage kann mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung nicht abgewiesen werden. Der Senat konnte nicht abschließend entscheiden. Die Sache war zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

1. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Vorschriften des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT) kraft einzelvertraglicher Vereinbarung Anwendung.

2. Die Klage ist begründet, wenn bei der Klägerin zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die jeweils für sich die Anforderungen mindestens eines Tätigkeitsmerkmals der von ihr für sich in Anspruch genommenen VergGr. V b BAT erfüllen (§ 22 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT). Dabei kommt es auf die der Klägerin nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit an (§ 22 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT).

Die der Klägerin 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. Die von der Klägerin begehrte Vergütung im Wege des sogenannten Fallgruppenbewährungsaufstiegs nach VergGr. V b BAT setzt voraus, daß sie eine Angestellte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und dem Außendienst ist, deren Tätigkeit gründliche und vielseitige Fachkenntnisse und selbständige Leistungen erfordert, und sich drei Jahre bewährt hat. Die Klägerin nimmt am Bewährungsaufstieg teil, wenn sie sich gerade in der Fallgruppe der Vergütungsgruppe, aus der sie aufsteigen will (Fallgruppe 1 a der VergGr. V c BAT), im vorgesehenen Zeitraum - drei Jahre - bewährt hat. Die Klägerin muß die Voraussetzungen dieser Fallgruppe erfüllen. Im Gegensatz zur Regelung in § 23 a BAT kann für den Fallgruppenbewährungsaufstieg die Zeit der vorübergehend oder vertretungsweise nach § 24 BAT ausgeübten Tätigkeit nicht auf die Bewährungszeit angerechnet werden (Senat 9. November 1983 - 4 AZR 420/82 - BAGE 43, 374).

3. Das Landesarbeitsgericht hat - zusammengefaßt - angenommen, die Tätigkeit als Sachbearbeiterin sei von der Klägerin nur vorübergehend auszuüben gewesen, weil stets ein sachlicher Grund dafür vorgelegen habe, der Klägerin diese Tätigkeit nur vorübergehend zu übertragen. Das hält der Revision nicht stand.

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

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



gen 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*).

(1) 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 vorübergehend 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.

(2) 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*).

d) 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 mehreren 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.

e) 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. Die Übertragungen höherwertiger Tätigkeit an sich hat die Klägerin nicht beanstandet.

5. Es mag billigem Ermessen entsprochen haben, daß die Übertragung höherwertiger Tätigkeit ab dem 20. Februar 1995 nur vorübergehend erfolgt ist.

a) Dabei kann es sich bezogen auf die Übertragungsverfügung vom 20. Februar 1995 um die Erprobung der Klägerin für besondere Aufgaben gehandelt haben, so daß die Übertragung der "Tätigkeit einer Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse zur Erprobung zunächst bis zum 31. Dezember 1995" noch billigem Ermessen entsprach. Dazu wird das beklagte Land deswegen noch vorzutragen haben, weil Erprobungszeiten von mehr als sechs Monaten in jedem Fall einer besonderen Begründung bedürfen (*Senat 18. Juni 1997 - 4 AZR 728/95 - AP BAT-O § 24 Nr. 1, zu II 2 der Gründe*).

Die Wörter "zur Erprobung" können sich aber auch auf die Einrichtung von Auskunftsstellen und Beratungsstellen für die Erziehungsgeldkasse beziehen, für den ein vorübergehender Personalbedarf von 1,5 Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern bestand. Nicht die Klägerin, sondern die Einrichtung von Auskunftsstellen und Beratungsstellen sollten erprobt werden. Dann war es nicht unbillig, daß diese Tätigkeit nur vorübergehend übertragen wurde bezogen auf die Dauer der zur Verfügung stehenden 1,5 Stellen für die Erprobungsphase oder Teile davon.

b) Die von der Klägerin ab dem 1. Januar 1996 auszuübende Sachbearbeitertätigkeit wurde ihr vom beklagten Land auf Grund des Schreibens vom 28. Dezember 1995 übertragen, in dem es heißt, daß die bereits mit Schreiben vom 20. Februar 1995 vorübergehende Übertragung der Tätigkeit einer Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse zur Erprobung längstens bis zum 31. Dezember 1996 verlängert und eine Zuzahlung auf Grund eines Personalbedarfs von 1,5 Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern zur Einrichtung von Auskunfts- und Beratungsstellen für die Erziehungsgeldkasse des Amtes gewährt werde.

c) Die Übertragungsverfügung vom 31. Oktober 1996 beruht auf der Verfügung vom 28. Dezember 1995. Aus dem Text der Übertragungsverfügung vom 31. Oktober 1996 wird deutlich, daß die Klägerin in der Ausübung der höherwertigen Tätigkeit bis zum 31. Dezember 1997 belassen werde solle. Auch das erscheint an sich als nicht unbillig.



d) Dagegen läßt der bisherige Vortrag des beklagten Landes nicht erkennen, daß die Klägerin tatsächlich eine der 1,5 Stellen inne hatte. Das folgt daraus, daß das beklagte Land auf diesen 1,5 Stellen 3 Mitarbeiter/innen beschäftigt hat, wobei Überlappungszeiträume gegeben sind.

Der Klägerin M des Verfahrens - 4 AZR 20/01 - war die von ihr ab dem 1. Juli 1995 auszuübende Sachbearbeitertätigkeit vom beklagten Land übertragen worden, und zwar auf Grund von Verfügungen, in denen ihr Einsatz als Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse zur Erprobung längstens bis zum 31. Dezember 1997 auf einen Personalbedarf von 1,5 Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern zur Einrichtung von Auskunft- und Beratungsstellen für die Erziehungsgeldkasse des Amtes verwiesen oder auf sie Bezug genommen wird.

Im Schreiben des Versorgungsamtes D vom 14. Dezember 1995 an den Personalrat wird deutlich, daß auf diesen Stellen auch Frau B. T (Klägerin - 4 AZR 142/01 -) beschäftigt worden ist, und zwar jedenfalls bis zum 31. Dezember 1995.

Bei dieser Sachlage wird nicht deutlich, welcher Angestellter/welche Angestellte die genannten 1,5 Stellen besetzt hat. Dazu wird das beklagte Land vorzutragen haben. Wenn es dabei bleibt, daß das beklagte Land auf den 1,5 Stellen tatsächlich drei Angestellte beschäftigt hat, jedenfalls aber mehr als 1,5, dann kann nicht davon ausgegangen werden, daß das beklagte Land lediglich einer vorübergehend bestehenden Stellensituation Rechnung getragen hat. Vielmehr erscheint dann die nur vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeit als unbillig. Die Übertragung der Tätigkeit ist dann als auf Dauer vorgenommen zu erklären oder - je nach Vortrag des beklagten Landes und ggf. der Erweislichkeit dieses Vortrages - hinsichtlich der zeitlichen Dauer anders zu bestimmen.

6. Schließlich ist die Übertragung für die Zeit vom 1. Januar 1998 bis 28. Februar 1999 als vertretungsweise Übertragung begründet. Das beklagte Land hat mit Schreiben vom 12. August 1997 der Klägerin mitgeteilt, daß die bisher gewährte Zulage gem. § 24 Abs. 1 BAT in eine Vertreterzulage gem. § 24 Abs. 2 BAT "umgewandelt" werde und das Befristungsende der Zulagengewährung an die Beurlaubung der Verwaltungsfachangestellten B gebunden sei. Dies hat die Klägerin nicht in Abrede gestellt. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

7. Für die Zeit ab 1. März 1999 liegt eine Vertretung nach § 24 Abs. 2 BAT vor.



Das beklagte Land hat die letzte vorübergehende Übertragung vom 15. Dezember 1999 für den Zeitraum 1. Januar 2000 bis 31. Oktober 2000 ebenso wie die vorhergehende Übertragung vom 29. Dezember 1998 für die Zeit vom 1. März 1999 bis 31. Dezember 1999 mit der Vertretung der beurlaubten Verwaltungsfachangestellten B unter Gewährung einer persönlichen Zulage nach § 24 Abs. 2 BAT begründet. Damit hat es die vertretungsweise Übertragung der Sachbearbeitertätigkeit auf die Klägerin von dieser unwiderlegt dargestellt. Der allgemein gehaltene Vortrag der Klägerin, beim beklagten Land bestehe ein Dauerbedarf für die von ihr zu erledigenden Aufgaben, spricht nicht gegen das Vorliegen eines Vertretungsfalles. Ein solcher liegt im Gegenteil gerade dann vor, wenn der Beschäftigungsbedarf für den Vertretenen auch in dessen Abwesenheitszeit noch anfällt.

8. Der Klage kann auch nicht aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt entsprochen werden.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zwar angenommen, Rechtsfolge der fehlerhaften Personalratsanhörung sei, daß die Tätigkeit als auf Dauer angewiesen gelte, hat aber die jeweils erforderliche Zustimmung des Personalrats als gegeben angesehen.

b) Es kann dahinstehen, ob, wie die Revision meint, das Landesarbeitsgericht fehlerhaft von einer jeweiligen Zustimmung des Personalrats zu den einzelnen Übertragungsverfügungen ausgegangen ist. Denn die Annahme des Landesarbeitsgerichts und der Klägerin, die fehlende oder fehlerhafte Beteiligung des Personalrats an der in Aussicht genommenen nur vorübergehenden Übertragung höherwertiger Tätigkeit führe dazu, von einer Übertragung der Tätigkeit auf Dauer auszugehen mit der Folge der Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Zahlung der Vergütung nach der höheren Vergütungsgruppe, findet im Gesetz keine Stütze. Wenn der Personalrat, wie die Klägerin geltend macht, nicht oder nicht hinreichend an der (vorübergehenden) Übertragung der höherwertigen Tätigkeit beteiligt worden ist, so folgt daraus nicht, daß der Klägerin diese höherwertige Tätigkeit auf Dauer und nicht nur vorübergehend übertragen worden sei.

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 ande-



ren 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.

Selbst wenn man aber zugunsten der Klägerin 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 ihre Erwägung als unbehelflich. Denn wenn die Übertragung der anderwertigen Tätigkeit deswegen unwirksam wäre, so folgt daraus gerade nicht, daß ihr 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 die Rechtsprechung des Siebten Senats zur Unwirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrages beruhenden gegenteiligen Erwägungen des Klägers finden im Gesetz keine Stütze.

9. Nach alledem war die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

IV. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

Schliemann

Wolter

Friedrich

Sieger

Rzadkowski



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)