

Aktenzeichen: 4 AZR 159/01
Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 17. April 2002
- 4 AZR 159/01 -

I. Arbeitsgericht
Duisburg

Urteil vom 17. April 2000
- 5 Ca 369/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 30. November 2000
- 11 (6) Sa 831/00 -

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 159/01
11(6) Sa 831/00
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. April 2002

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsklagendes Land,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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 Rzakowski für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. November 2000 - 11(6) Sa 831/00 - 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. Januar 1998 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 dem 1. August 1991 beim beklagten Land zunächst als Auszubildende und anschließend als Angestellte in dessen Versorgungsverwaltung (Versorgungsamt D) beschäftigt. Nach § 2 des Arbeitsvertrages vom 7. Juli 1994 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung.

Die Klägerin war zunächst als Angestellte im Bürodienst tätig und in der VergGr. VIII BAT eingruppiert. Mit Schreiben des beklagten Landes vom 10. April 1995 wurde ihr mit sofortiger Wirkung auf Dauer die Tätigkeit einer Zuarbeiterin in der Rentengruppe 4 der Abteilung 2 übertragen. Die Rentengruppen entsprachen der damaligen Organisationsstruktur der Versorgungsverwaltung beim beklagten Land. Bis zur Neuorganisation der Versorgungsverwaltung im Februar 1996 bearbeitete die Abteilung 2 sowohl den Aufgabenbereich Soziales Entschädigungsrecht als auch Feststellungsverfahren nach dem Schwerbehindertengesetz. Zuletzt ist die Klägerin in VergGr. VII BAT eingruppiert und gehört damit zu den sog. Assistenzkräften.

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 Grup-



pen 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 ggfs. 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.

Mit Schreiben vom 12. Februar 1996 übertrug das Versorgungsamt D der Klägerin nach der mit Wirkung vom 5. Februar 1996 durchgeführten Trennung der Gesetzesbereiche Schwerbehindertengesetz und Soziales Entschädigungsrecht vertretungsweise die Tätigkeit eines Sachbearbeiters mittlerer Dienst in der Schwerbehinderten-Gruppe 4/Abteilung 3. In diesem Schreiben wurde der Klägerin ua. mitgeteilt:

" ... 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 Ge-



währung der persönlichen Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe V c BAT und Ihrer derzeitigen Vergütungsgruppe. ..."

Mit Schreiben vom 29. März 1996 wurde der Klägerin mitgeteilt:

"...

mit Schreiben vom 12.02.1996 ist Ihnen vertretungsweise die Tätigkeit einer Sachbearbeiterin mittlerer Dienst in der SchwbG-Gruppe 3 gemäß § 24 Abs. 2 BAT übertragen worden. Diese Übertragung habe ich in Absprache mit Ihrer Abteilungsleiterin in eine vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BAT umgewandelt.

Nachdem Sie diese Tätigkeit nunmehr einen Monat ausgeübt und sich entsprechend bewährt haben, erhalten Sie ab dem 01.02.1996 eine persönliche Zulage gemäß § 24 Abs. 1 BAT in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe VII Fallgruppe 1 a BAT und der Vergütungsgruppe V c BAT. ... Allerdings weise ich darauf hin, daß die Zulage jederzeit widerrufen werden kann. ..."

Dem Personalrat teilte das beklagte Land mit Schreiben vom 20. März 1996 mit:

"...

Betr.: Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit gem. § 24 Abs. 1 BAT

hier: Gewährung einer persönlichen Zulage an die Verwaltungsfachangestellten Frau N K und Frau S L (d. i. die Klägerin)

... wurde Frau S L vertretungsweise die Tätigkeit einer Sachbearbeiterin mittlerer Dienst in der SchwbG-Gruppe 3 übertragen. Geplant war der vertretungsweise Einsatz des in 7/97 zugehenden Anwärters S ... Da die Angestellte B bereits eine Zulage nach § 24 Abs. 2 BAT für ihren vertretungsweisen Einsatz für Frau RHSin v erhält ..., wurde insofern eine Änderung vorgenommen.

Auch Frau L hat nach Feststellung der Abteilungsleiterin die höherwertigen Aufgaben zur vollsten Zufriedenheit erledigt, so daß ich beabsichtige, auch ihr die Zulage nach § 24 Abs. 1 BAT zu gewähren.

Zu diesen beiden Maßnahmen bitte ich um Ihre Zustimmung. ..."



Der Personalrat stimmte den Maßnahmen zu. Seit dem 29. März 1996 war die Klägerin gegen Zahlung einer persönlichen Zulage (zuletzt iHv. monatlich 336,00 DM) als Sachbearbeiterin mittlerer Dienst in der Schwerbehinderten-Gruppe 3/Abteilung 3 (Schwerbehindertengesetz) tätig.

Mit Schreiben vom 28. Dezember 1999 wurde der Klägerin mitgeteilt, daß ihre Sachbearbeitertätigkeit wegen des bevorstehenden Wegfalls von 6,5 Dienstposten des gehobenen und des mittleren Dienstes sowie des Zugangs von Beamtenanwärtern am 1. August 2000 ab diesem Zeitpunkt auslaufen müsse und damit auch keine Zulage mehr gezahlt werden könne.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sachliche Gründe für die nur vorübergehende Übertragung der Sachbearbeitertätigkeiten lägen nicht vor. Im Ergebnis versuche das beklagte Land, durch den rechtsmißbräuchlichen Einsatz des Gestaltungsmittels der vorübergehenden Zuweisung höherwertiger Tätigkeiten eine dauerhafte Eingruppierung zu verhindern. Insbesondere habe das beklagte Land keine auf die Übertragungszeitpunkte bezogene Prognose des künftigen Beschäftigungsbedarfs dargelegt, sondern einen solchen Bedarf nur retrospektiv und ohne nähere zeitliche Einordnung als vorübergehend dargestellt. Das beklagte Land räume selbst ein, daß eine konkrete Prognose bei der vorübergehenden Tätigkeitsübertragung noch nicht möglich gewesen sei, so daß davon ausgegangen werden könne, die der Klägerin übertragene Stelle sei auf unabsehbare Zeit frei gewesen. Im übrigen sei der Personalrat bei der vorübergehenden Übertragung der Sachbearbeitertätigkeit nicht ordnungsgemäß beteiligt worden.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet ist, an sie ab 1. Januar 1998 eine Vergütung nach VergGr. V c BAT zu zahlen und diese im Arbeitsvertrag festzuschreiben.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die höherwertige Tätigkeit sei der Klägerin zulässigerweise vorübergehend übertragen worden. Die von 1996 bis 2000 bestehende Vakanz an Dienstposten im gehobenen und mittleren Dienst des Versorgungsamtes D sei Folge der Umstrukturierung der Organisation in der Versorgungsverwaltung gewesen. Der Einsatz der Klägerin sei zunächst als Vertretung für den noch in der Ausbildung befindlichen Regierungsassistentenanwärter S geplant gewesen. Ein Abgleich der damaligen Dienstpostenbesetzungsliste habe erge-



ben, daß dieser Dienstposten bereits für den ebenfalls als Assistenzkraft beschäftigten, vorübergehend mit einer höherwertigen Tätigkeit betrauten Angestellten H genutzt werde. Es habe daher nur die Möglichkeit bestanden, einen Dienstposten zu nutzen, für den damals noch kein Dienstposteninhaber festgestanden habe. Da das Land Nordrhein-Westfalen den Landesbeamtinnen und -beamten eine generelle Übernahmezusage nach deren Ausbildung gegeben habe, müsse für diese ein Dienstposten zur Verfügung stehen, sobald sie ihre Prüfung bestanden hätten. Diese Dienstposten stünden für eine Dauerbesetzung durch qualifizierte Angestellte wie die Klägerin nicht zur Verfügung. Durch den bereits 1996/1997 bekannten Zugang einer versetzten Beamtin, fünf Beamtenanwärter und -innen und zwei umgeschulter medizinisch-technischer Assistenzkräfte aus der ehemaligen und 1998 aufgelösten Röntgenabteilung sowie dem sich später ergebenden weiteren Zugang zwei Beamter und einer Beamtenanwärterin des mittleren Dienstes sei der Dienstpostenunterhang ab August 2000 vollständig ausgeglichen. Der Personalrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden. Im übrigen komme es hierauf nicht an.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des beklagten Landes zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt das beklagte Land seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision des beklagten Landes ist begründet.

I. 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 sei.

II. Der Klage kann mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung nicht stattgegeben werden. Der Senat konnte nicht abschließend entscheiden. Die Sa-



che war zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

1. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Vorschriften des Bundes-Angestellentarifvertrages (BAT) auf Grund einzelvertraglicher Vereinbarung Anwendung.
2. Die Klage ist begründet, wenn der Klägerin bei 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 c BAT erfüllen (§ 22 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT). Dabei kommt es auf die von 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.

3. Das Landesarbeitsgericht hat - zusammengefaßt - angenommen, die Tätigkeit als Sachbearbeiterin sei von der Klägerin nicht nur vorübergehend auszuüben gewesen, sondern auf Dauer (vgl. § 22 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT), weil jedenfalls für die Zeit ab dem 1. Januar 1998 kein sachlicher Grund vorgelegen habe, der Klägerin diese Tätigkeit nur vorübergehend zu übertragen. Dies 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. Sep-



tember 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.*).

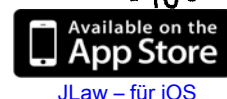
bb) Um Fragen des Schutzes des Bestandes oder des Inhalts des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses durch den gesetzlichen Schutz gegenüber Beendigungskündigungen oder auch nur gegenüber Änderungskündigungen geht es indessen nicht, wenn dem Arbeitnehmer im Rahmen des Direktionsrechts interimistisch 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*).

(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. Der bisherige Vortrag des beklagten Landes läßt bereits für die erste vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeit vom 12. Februar 1996 nicht erkennen, daß die beiderseitigen Interessen hinreichend abgewogen wurden.

Sie war zunächst als vertretungsweise Übertragung deklariert. Sie ist aber eine vorübergehende Übertragung mit der Folge einer Zulagenzahlung nach § 24 Abs. 1 BAT. Denn für die ursprünglich beabsichtigte vertretungsweise Aufgabenwahrnehmung für den Regierungsassistentenanwärter S durch die Klägerin hat ein Abgleich der Dienstpostenliste ergeben, daß von Anfang an kein Vertretungsfall vorgelegen hat. Der Anwärter S wurde bereits von einem anderen Beschäftigten - dem Angestellten H - vertreten. Im übrigen handelte es sich nicht um eine Vertretung im eigentlichen Sinne. Eine solche liegt vor, wenn der Arbeitsplatzinhaber vorübergehend die ihm dauernd übertragene Tätigkeit nicht wahrnimmt. Offensichtlich war dem Beamtenanwärter S die Tätigkeit noch nicht auf Dauer übertragen, sondern die Stelle war für ihn vorgesehen.



- a) Das beklagte Land hat sich auf die allgemein unsichere Prognose der Stellenentwicklung in den nächsten Jahren, auf die generelle Übernahmezusage gegenüber den in der Ausbildung befindlichen Beamtenanwärtern, für welche Dienstposten freigehalten werden müßten, sowie auf den bereits 1996/1997 bekannten bzw. sich später herausstellenden Zugang anderer Beschäftigter berufen.
- b) Das Landesarbeitsgericht hat, von seinem Standpunkt der Prüfung eines Sachgrundes für die nur vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeit konsequent, darauf abgestellt, daß das beklagte Land nicht die zugehenden Beamtenanwärter und zwei umgeschulte medizinisch-technische Assistenzkräfte aus der ehemaligen Röntgenabteilung - dem früheren Aufgabengebiet III - namentlich benannt und auch nicht für jede Person angegeben habe, wann konkret mit ihrem Zugang zu rechnen sei.
- c) Das wird dem genannten Prüfungsmaßstab nicht hinreichend gerecht.

Grundsätzlich ist hinzunehmen, wenn der öffentliche Arbeitgeber die nur vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeit mit haushaltsrechtlichen Überlegungen, insbesondere mit fehlenden Haushaltsstellen und mit in der haushaltsrechtlichen Situation liegenden Tatsachen begründet (*BAG 2. Mai 1979 - 4 AZR 515/77 - BAGE 32, 6*). Stehen dem Arbeitgeber auf Dauer keine Stellen zur Verfügung, muß ihm die Möglichkeit bleiben, vorhandene Stellen, die zeitweise ganz oder teilweise nicht besetzt sind, vorübergehend zu besetzen, zB durch die Beschäftigung von Angestellten anstelle von Beamten, oder außerplanmäßig bereitstehende Mittel entsprechend zu verwenden. Hat er zeitweise Stellen zur Verfügung, die höherwertig ausgewiesen sind, kann er diese zur vorübergehenden Übertragung höherwertiger Tätigkeit nutzen.

Um einen solchen Fall annehmen zu können, bedarf es näherer Angaben. Die Entscheidung des beklagten Landes, der Klägerin die höherwertige Tätigkeit vorübergehend ohne zeitliche Begrenzung und nicht auf Dauer zu übertragen, muß ebenso nachvollziehbar und plausibel sein wie die Entscheidung, der Klägerin die höherwertige Tätigkeit dann per 31. Juli 2000 wieder zu entziehen. Bei dem bisherigen Sachvortrag des beklagten Landes wird nicht deutlich, welche Stellensituation dazu geführt hat, der Klägerin zwar nicht auf Dauer, aber gleichwohl vorübergehend ohne zeitliche Begrenzung höherwertige Tätigkeit ab 29. März 1996 nur vorübergehend zu übertragen, und welche Überlegungen dazu geführt haben, diese Übertragung mit Schreiben vom 28. Dezember 1999 per 31. Juli 2000 zu beenden. Der bloße Hinweis auf den bevor-



stehenden Wegfall von 6,5 Dienstposten des gehobenen und mittleren Dienstes vermag ohne nähere Angaben die Übertragung höherwertiger Tätigkeit an die Klägerin bis zum 31. Juli 2000 nicht zu erklären. Das kann hinsichtlich des Zugangs von Beamtenanwärtern per 1. August 2000 anders sein.

Das Landesarbeitsgericht wird dem beklagten Land Gelegenheit zu geben haben, im Lichte der geänderten Senatsrechtsprechung insoweit noch im einzelnen vorzutragen. Kommt das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, insoweit seien die Grundsätze der Billigkeit nicht gewahrt, wird es nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zu entscheiden haben. Erscheinen indes alle wesentlichen Umstände des Falles als hinreichend abgewogen und die beiderseitigen Interessen als angemessen berücksichtigt, kann das Landesarbeitsgericht nur dann zu einer Bestimmung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB gelangen, wenn die Klägerin die zugrunde liegenden Tatsachen widerlegt und wenn das Landesarbeitsgericht dann zu dem Ergebnis kommt, das beklagte Land habe sich nicht an die Grundsätze der Billigkeit gehalten.

6. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt als richtig.

a) Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - nicht geprüft, ob, wie die Klägerin meint, die fehlende oder fehlerhafte Beteiligung des Personalrats zu der in Aussicht genommenen nur vorübergehenden Übertragung höherwertiger Tätigkeit dazu führt, von einer Übertragung der Tätigkeit auf Dauer auszugehen mit der Folge der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung nach der höheren Vergütungsgruppe.

b) Diese Schlußfolgerung der Klägerin 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.

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.

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.

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 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 die Rechtsprechung des Siebten Senats zur Unwirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrages beruhenden gegenteiligen Erwägungen der Klägerin finden im Gesetz keine Stütze.

7. Nach allem war die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.



III. 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](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)