

Aktenzeichen: 4 AZR 20/01
Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 17. April 2002
- 4 AZR 20/01 -

I. Arbeitsgericht
Duisburg

Urteil vom 6. Juni 2000
- 2 Ca 492/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 3. November 2000
- 9 Sa 1018/00 -

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:

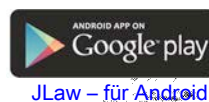
keine

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 20/01
9 Sa 1018/00
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 Dr. Wolter und Dr. Friedrich, die ehrenamtlichen Richter Sieger und Rzadkowski für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 3. November 2000 - 9 Sa 1018/00 - aufgehoben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

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 1. Juni 1999 Anspruch auf Vergütung nach VergGr. V b, hilfsweise ab dem 1. Juli 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 am 12. Juli 1960 geborene Klägerin ist seit September 1981 bei dem beklagten Land als Angestellte in dessen Versorgungsverwaltung (Versorgungsamt D) zu einem Bruttogehalt von zuletzt etwa 4.100,00 DM pro Monat beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft vertraglicher Vereinbarung der Bundes-Angestelltentarifvertrag sowie die diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträge Anwendung.

Die Klägerin wurde zunächst wie folgt eingesetzt und vergütet:

vom 01.01.1981 bis 31.03.1982 als Angestellte nach Vergütungsgruppe VII BAT,
vom 01.04.1982 bis 31.03.1991 als Angestellte nach Vergütungsgruppe VII,
seit dem 01.04.1991 als Angestellte nach Vergütungsgruppe VI b.

Ab Mitte 1993 wurde sie tageweise in der Erziehungsgeldkasse eingesetzt. Es folgten die Versetzungen in die Erziehungsgeldkasse und die Anlern Tätigkeit zur Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes, vom 1. April 1994 bis zum 31. Dezember 1994 Verlängerung des vorübergehenden Einsatzes in der Erziehungsgeldkasse, davon ab 1. Mai 1994 Sachbearbeitertätigkeit (eigenständige und alleinige Aktenbearbeitung bis einschließlich zur Zahlungsanweisung, ohne daß ein Unterschriftenrecht übertragen worden war), ab 1. Januar 1995 bis zum 30. Juni 1995 Verlängerung des Einsatzes in der Erziehungsgeldkasse.



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 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 3. Juli 1995 wurde der Klägerin unter dem "Betr.: Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zum Zwecke der Erprobung und Gewährung einer persönlichen Zulage gemäß § 24 Abs. 1 BAT" ua. mitgeteilt,

"... für den Zeitraum vom 01.05.1995 bis 31.12.1995 hat das Landesversorgungsamt NRW mit Verfügung vom 17.02.1995 - I/3 b-042 - einen Personalbedarf von 1,5 Mitarbeiterinnen/Mitarbeiter zur Einrichtung von Auskunft- und Beratungsstellen für die Erziehungsgeldkasse des Amtes festgelegt.



Mit sofortiger Wirkung übertrage ich Ihnen mit Genehmigung des Landesversorgungsamtes NRW diese Tätigkeit einer Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse längstens bis zum 31.12.1995.

...

Ich weise bereits jetzt darauf hin, daß die Übertragung dieser Tätigkeit nur bis zu dem genannten Zeitpunkt erfolgen kann.

..."

Im Schreiben vom 7. August 1995 an die Klägerin heißt es unter demselben Betreff unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 3. Juli 1995:

"...

Sie sind mit Wirkung vom 03.07.1995 mit Genehmigung des Landesversorgungsamtes NRW als Bearbeiterin zur Erprobung in der Erziehungsgeldkasse eingesetzt.

Nachdem Sie diese Bearbeitertätigkeit nunmehr einen Monat ausgeübt haben, gewähre ich Ihnen ab 01.07.1995 eine persönliche Zulage gemäß § 24 Abs. 1 i.V. mit § 24 Abs. 3 BAT, solange die Voraussetzungen vorliegen, längstens bis zum 31.12.1995, in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe V c BAT und der Vergütungsgruppe VI b BAT.

..."

Im Schreiben vom 10. August 1995 an die Klägerin wurde der Klägerin mitgeteilt,

"...

In Ihrer Eigenschaft als Bearbeiter(-in) der Arbeitsgruppe BERzGG wird Ihnen hiermit für die Dauer dieser Tätigkeit und jederzeit widerruflich die Befugnis

- zur Zeichnung der automationsgestützten Bescheide (im Auftrag) und
zur Feststellung der sachlichen Richtigkeit von automationsgestützten Rechnungsbelegen (Nr. 13 VV zu § 70 LHO)

übertragen. Sie haben die sachliche Richtigkeit durch Unterzeichnung des Vermerks "Sachlich richtig" zu bescheinigen.

Zugleich übertrage ich Ihnen gemäß Nr. 2.22 VV zu § 34 LHO in Verbindung mit Nr. 20 zu § 70 LHO - ebenfalls jederzeit widerruflich und für die Dauer Ihrer Tätigkeit in der Arbeitsgruppe BERzGG - die Befugnis zur Erteilung von Annahme- und Auszahlungsordnungen (Anordnungsbefugnis). Als Anordnungs-



befugte (r) dürfen Sie in förmlichen Zahlungsanordnungen nicht zugleich auch die rechnerische Richtigkeit bescheinigen. Die Vollziehung der Zahlungsanordnung ist "Im Auftrag" vorzunehmen. Die Zeichnungsbefugnis als Bearbeiter(-in) bleibt hierdurch unberührt.

..."

Das Schreiben vom 28. Dezember 1995 an die Klägerin mit dem "Betr.: Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zum Zwecke der Erprobung und Gewährung einer persönlichen Zulage gemäß § 24 Abs. 1 BAT" unter Bezugnahme auf die Schreiben vom 3. Juli 1995 und 7. August 1995 lautet ua.:

"...

mit Genehmigung des Landesversorgungsamtes NRW verlängere ich Ihren Einsatz als Bearbeiterin zur Erprobung in der Erziehungsgeldkasse über den 31.12.1995 hinaus und gewähre Ihnen eine persönliche Zulage gemäß § 24 Abs. 1 i.V. mit § 24 Abs. 3 BAT, solange die Voraussetzungen vorliegen, längstens bis zum 31.12.1996, in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe V c BAT und der Vergütungsgruppe VI b BAT.

..."

Mit Schreiben vom 31. Oktober 1996 wurde der Klägerin unter dem "Betr.: Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zum Zwecke der Erprobung und Gewährung einer persönlichen Zulage gemäß § 24 Abs. 1 BAT" unter Bezugnahme auf die Schreiben vom 3. Juli 1995, 7. August 1995 und 28. Dezember 1995 folgendes mitgeteilt:

"...

mit Genehmigung des Landesversorgungsamtes NRW verlängere ich Ihren Einsatz als Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse zur Erprobung längstens bis 31.12.1997. Da bereits heute abgesehen werden kann, daß eine umfassende Automationseinführung im Gesetzesbereich BErzGG nicht vor Ende 1997 zu erreichen ist, werden die aus Anlaß der Pilotierung der Auskunfts- und Beratungsstellen in diesem Bereich eingesetzten zusätzlichen Bearbeiter bis zum 31.12.1997 unter Gewährung einer persönlichen Zulage gemäß § 24 Abs. 1 BAT, das ist bei Ihnen in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe V c BAT und der Vergütungsgruppe VI b BAT, in Ihrer Funktion belassen.

..."



Mit Schreiben vom 12. August 1997 wurde der Klägerin unter dem "Betr.: Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zur Vertretung ..." mitgeteilt:

"...

die aus Anlaß der Pilotierung der Auskunfts- und Beratungsstelle in der Erziehungsgeldkasse meines Amtes geschaffenen zusätzlichen zwei Dienstposten sind nach derzeitigem Kenntnisstand lediglich noch bis zum 31.12.1997 zu belassen.

Um den Dienstbetrieb in der Kasse nach dem Ausfall der Bediensteten B ... über einen längeren Zeitraum aufrechterhalten zu können und um die Kontinuität in der Bearbeitung in diesem Bereich zu wahren, verlängere ich Ihren Einsatz als Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse über den 31.12.1997 hinaus bis längstens bis 28.02.1999. Die bisher gewährte Zulage gemäß § 24 Abs. 1 BAT in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Vergütungsgruppe V c BAT und der Vergütungsgruppe VI b BAT wird in eine Vertretungszulage gemäß § 24 Abs. 2 BAT umgewandelt. Das Befristungsende der Zulagengewährung ist an die Beurlaubung der Regierungsobersekretärin B gebunden.

..."

Die Klägerin erhielt das Schreiben des beklagten Landes vom 29. Dezember 1998 mit dem "Betr.: Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zur Vertretung ...":

"...

ich freue mich, Ihnen mitteilen zu können, daß Ihr Einsatz als Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse über den 28.02.1998 hinaus bis längstens 31.12.1999 unter den gleichen Voraussetzungen verlängert wird. Das Befristungsende ist weiterhin an die Beurlaubung der Regierungsobersekretärin B gebunden.

..."

Das Schreiben des beklagten Landes an die Klägerin vom 15. Dezember 1999 mit dem "Betr.: Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zur Vertretung ..." unter Bezugnahme auf die Schreiben vom 12. August 1997 und 29. Dezember 1998 lautet:

"...

ich freue mich, Ihnen trotz Wegfalls von 2,5 Dienstposten des gehobenen Dienstes und 4 Dienstposten des mittleren Dienstes im Versorgungsamt D - zum 01.01.2000 - für die sachbearbeitende Tätigkeit in der Erziehungsgeldkasse eine bis zum 31.10.2000 laufende Verlängerung gewähren zu können.



Das Befristungsende zum 31.10.2000 ergibt sich aus der laufenden Beurlaubung der Regierungsobersekretärin B, an deren Beurlaubung Ihr Einsatz in der Sachbearbeitung gebunden ist und aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung gegenüber der Kollegin.

Vorsorglich weise ich darauf hin, daß bei wesentlichen Veränderungen - z.B. weitere Dienstpostenverluste, vorzeitige Beendigung der Beurlaubung oder vergleichbarer grundsätzlicher Veränderungen -, diese Entscheidung vor dem 31.10.2000 aufgehoben werden muß.

Dieses Schreiben wird von mir der Personalvertretung, Gleichstellungsbeauftragten, Schwerbehindertenvertretung und Ihrem Anwalt zur Kenntnis gegeben.

..."

Im Termin vom 18. Mai 2000 hat das beklagte Land zu Protokoll erklärt, die Klägerin habe seit 1. Juli 1995 Sachbearbeitertätigkeiten erledigt, die der VergGr. V c BAT entsprächen.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie habe seit dem 1. Mai 1994 Tätigkeiten der VergGr. V c Fallgr. 1 a BAT erledigt. Da sie sich mehr als drei Jahre bewährt habe, sei sie im Wege der Bewährung in die VergGr. V b BAT aufgestiegen. Die nur vorübergehende Zuweisung der höherwertigen Tätigkeit sei rechtsmißbräuchlich. Einer Arbeitnehmerin könne nicht wirksam 2 1/2 Jahre nur vorübergehend eine höherwertige Tätigkeit zur Erprobung zugewiesen werden, wenn sie diese Tätigkeit zuvor schon vierzehn Monate vorbehaltlos erledigt gehabt habe. Bereits mit Schreiben vom 12. August 1994 habe der Kassenleiter die Qualifikation der Klägerin für die Tätigkeit als Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes bestätigt. Ein Grund für weitere Erprobungen habe nicht bestanden. Auch die weiteren vorübergehenden Zuweisungen seien ohne sachlichen Grund erfolgt. Das beklagte Land könne sich nicht auf Vertretungsgründe berufen. Es habe ein dauernder Bedarf für die Tätigkeit der Klägerin vorgelegen. Die Haushalts- und Stellsituation rechtfertigten die vorübergehenden Zuweisungen nicht.

Im übrigen sei die nur vorübergehende Zuweisung auch deswegen unwirksam, weil der Personalrat an den einzelnen Übertragungsverfügungen nicht ordnungsgemäß beteiligt worden sei. Schon deswegen sei von einer Übertragung der höherwertigen Tätigkeiten auf Dauer auszugehen.



Damit sei die Klägerin nunmehr seit dem 1. Juni 1999 nach der VergGr. V b BAT zu vergüten. Hilfsweise bestehe ein Anspruch auf Vergütung nach VergGr. V c BAT. Sie erfülle die Voraussetzungen der Fallgr. 1 a der VergGr. V c BAT.

Die Klägerin hat beantragt

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 die Klägerin ab dem 1. Juli 1997 eine Vergütung nach der VergGr. V c BAT zu zahlen und dies im Arbeitsvertrag festzuschreiben.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat vorgetragen, die höherwertigen Tätigkeiten seien jeweils nur vorübergehend übertragen worden. Die vorübergehende Übertragung sei nicht rechtsmißbräuchlich gewesen. Die Klägerin habe erst seit dem 1. Juli 1995 überhaupt Tätigkeiten iSd. VergGr. V c Fallgr. 1 a BAT erledigt. Bis 31. Dezember 1997 sei die vorübergehende Übertragung zum Zwecke der Erprobung und Gewährung einer persönlichen Zulage gem. § 24 Abs. 1 BAT erfolgt. Grund für die Verlängerung 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, im Hinblick darauf nur vorübergehend zur Verfügung gestanden habe, daß es sich um ein Pilotprojekt gehandelt habe, bei dem nicht festgestanden habe, ob es letztlich erfolgreich sein und weitergeführt werde. Dies gelte auch für die Verfügung vom 31. Oktober 1996. Bei der Verfügung vom 12. August 1997 habe der Sachgrund auch in der Vertretung der Frau B bestanden. Mit Wirkung vom 1. Januar 1998 sei sie zur Vertretung der Bediensteten B vorübergehend mit höherwertigen Tätigkeiten betraut worden. Der Personalrat sei im Ergebnis ordnungsgemäß beteiligt worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage hinsichtlich des Hauptantrages entsprochen. Auf die Berufung des beklagten Landes hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Das beklagte Land beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin 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 ist.

II. Die Klage kann mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung nicht abgewiesen werden. Der Senat konnte nicht abschließend entschieden. 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 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. 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 (Fallgr. 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 des 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.

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*).

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 Übertra-



gung 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 der höherwertigen Tätigkeit an sich hat die Klägerin nicht beanstandet.

5. Es entsprach an sich billigem Ermessen, daß die Übertragung höherwertiger Tätigkeit ab dem 1. Juli 1995 nur vorübergehend erfolgt ist.

a) Dabei mag es sein, daß es bezogen auf die Übertragungsverfügung vom 3. Juli 1995 um die Erprobung der Klägerin für die besonderen Aufgaben ging oder aber um den vorübergehenden Personalbedarf von 1,5 Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern zur Einrichtung von Auskunfts- und Beratungsstellen für die Erziehungsgeldkasse des Amtes. Beides ändert bei der Interessenabwägung nichts. Es ist nicht unbillig, daß diese Tätigkeit nur vorübergehend übertragen wird.

b) Die Übertragungsverfügung vom 28. Dezember 1995 fußt auf der Übertragungsverfügung vom 3. Juli 1995, wie sich aus dem "Bezug" ergibt. Daraus folgt, daß dem Versorgungsamt D zumindest die Stelle, die die Klägerin auf Grund der Verfügung vom 3. Juli 1995 innehatte, jedenfalls bis zum 31. Dezember 1996 verlängert wurde. Die Belassung der Klägerin in dieser höherwertigen Tätigkeit kann von daher nicht als unbillig angesehen werden.

c) Entsprechendes gilt für die Übertragungsverfügung vom 31. Oktober 1996. Sie beruht auf den Verfügungen vom 3. Juli 1995 und vom 28. Dezember 1995. Aus ihrem Text wird deutlich, daß die Klägerin in der Ausübung der höherwertigen Tätigkeit bis zum 31. Dezember 1997 belassen werden sollte. Auch das erscheint als nicht unbillig. Der Klägerin wurde weiter die Chance eingeräumt, höherwertig tätig zu sein.

Die Revision meint zwar, es sei als Grund angegeben worden, daß die Zeit bis zu einer umfassenden Automationseinführung überbrückt werden müsse. Es sei ein neuer Befristungsgrund eingeführt worden. Zur Überbrückung hätten die aus Anlaß der Pilotierung der Auskunfts- und Beratungsstellen eingesetzten zusätzlichen Bearbeiter in ihrer Funktion belassen werden sollen. Befristungsgrund sei also nicht die Pilotie-



rung, sondern die Überbrückung eines Zeitraumes gewesen, an dessen Ende sich durch eine vorgesehene Automation der Personalbedarf verringern werde. Von der Pilotierung sei nur noch insoweit die Rede, als dadurch der betroffene Personenkreis definiert werde, dem die höherwertigen Tätigkeiten übertragen werden sollten.

Dabei wird nicht gesehen, daß ersichtlich die Automation Anlaß war, die Klägerin nicht wieder abzuziehen, sondern in dem bisherigen Bereich mit der höherwertigen Tätigkeit zu belassen. Der Sache nach ist dort die Stelle verblieben, die die Klägerin inne hatte, weil im Zuge der Automation andere Mitarbeiter/-innen gebraucht wurden als die etwa aus der Auskunft- und Beratungsstelle abzuziehende Klägerin, die dann wieder mit Tätigkeiten der VergGr. VI b zu beschäftigen gewesen wäre. Auch diese Maßnahme kann nicht als billigem Ermessen widersprechend angesehen werden. Entgegen der Revision ging es um 1,5 Stellen für den Zeitraum vom 1. Juli 1995 bis 31. Dezember 1995, verlängert bis zum 31. Dezember 1996 und - aus anderen Gründen - bis zum 31. Dezember 1997, von denen eine die Klägerin innehatte. Es ging gerade nicht um eine freie, auf Dauer zu besetzende Stelle.

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

Der Klägerin G S - 4 AZR 135/01 - war die von ihr ab dem 1. Januar 1996 auszuübende Sachbearbeiter Tätigkeit vom beklagten Land auf Grund des Schreibens vom 28. Dezember 1995 übertragen worden, 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 Zulagenzahlung auf Grund eines Personalbedarfs von 1,5 Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern zur Einrichtung von Auskunft- und Beratungsstellen für die Erziehungsgeldkasse des Amtes gewährt werde.

Aus dem Schreiben des Versorgungsamtes D vom 14. Dezember 1995 an den Personalrat ergibt sich, daß auch Frau B. T (Klägerin - 4 AZR 142/01 -) auf einer dieser Stellen beschäftigt worden ist.

Bei dieser Sachlage wird nicht deutlich, welche Angestellten tatsächlich die genannten 1,5 Stellen besetzt haben. Dazu wird sich das beklagte Land zu erklären haben. Wenn es dabei bleibt, daß das beklagte Land auf den 1,5 Stellen tatsächlich



drei Angestellte beschäftigt hat, 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. dessen Erweislichkeit - hinsichtlich der zeitlichen Dauer - bei entsprechendem Antrag - anders zu bestimmen.

6. Die Verfügung vom 12. August 1997 erging nach § 24 Abs. 2 BAT. Die Klägerin hat die Regierungsobersekretärin B vertreten. Diese Vertretung wurde verlängert mit den Verfügungen vom 29. Dezember 1998 und vom 15. Dezember 1999. Regierungsobersekretärin B war beurlaubt. Dies rechtfertigt die Übertragung nur vorübergehend vorzunehmen, nämlich zum Zweck der Vertretung. Einen Fall der Vertretung iSd. § 24 Abs. 2 BAT hat die Klägerin nicht geleugnet.

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

a) Das Landesarbeitsgericht hat zwar angenommen, Rechtsfolge einer fehlerhaften Personalratsanhörung sei, daß die Tätigkeit als auf Dauer angewiesen gelte, hat aber hier die jeweilige Zustimmung des Personalrats zu jeder Übertragungsverfügung 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 zu 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.



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 ihre Erwägung als unbehelflich. Denn wenn die Übertragung der anderswertigen 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 Be-



treiben 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 der Klägerin finden im Gesetz keine Stütze.

8. Nach alledem 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](#)