

15. MAI 1968 40
49

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Nein

Gesetz: BAT §§ 22, 23, 23 a
PersVG §§ 42 Abs. 3, 59 Abs. 1

Leitsatz:

Ein Angestellter, der als Mitglied eines Personalrats von seiner dienstlichen Tätigkeit völlig freigestellt ist, ist deshalb noch nicht vom sog. Bewährungsaufstieg ausgeschlossen.

Aktenzeichen: 4 AZR 356/67

Urteil des BAG vom 15. Mai 1968

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

4_AZR_356/67
2 Sa 802/66 Hamm

Im Namen des Volkes!⁴⁹

Verkündet am
15. Mai 1968

gez. Groll,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Mai 1968 durch den Senatspräsidenten Dr. Poelmann, die Bundesrichter Dr. Neumann und Dr. Auffarth sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Babel und Adams für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. Juni 1967 – 2 Sa 802/66 – aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

– 2 –



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



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger steht seit dem Jahre 1938 in den Diensten des Wasser- und Schiffsamtes R . Er ist schwerkriegsbeschädigt. Seit 1950 erhielt der Kläger Vergütung nach VergGr. VII TO.A. Vom Jahre 1956 an wurde er nach seiner Wahl zum Vorsitzenden des Bezirkspersonalrats der Wasser- und Schiffsamtsdirektion M von der Arbeit völlig freigestellt.

Im Jahre 1958 wurde dem Kläger mit Wirkung vom 1. September 1957 auf seine Bewerbung hin eine Tätigkeit im Zuge des Emsausbaus nach VergGr. VI b TO.A übertragen. Die Tätigkeit umfaßte folgende Arbeiten: Bearbeitung von Leistungs- und Lieferungsverträgen; Anweisung von Abschlags- und Schlußrechnungen; Führung von Haushaltsüberwachungslisten sowie von Vertrags- und Abschlagszahlungslisten; Aufstellung der mit der Haushalts- und Betriebsmittelüberwachung zusammenhängenden Nachweisungen; Bearbeitung von Reisekostenrechnungen; Aufstellung von Annahmeanordnungen für einmalige Haushaltseinnahmen. Der Kläger erhielt von diesem Zeitpunkt an Vergütung nach VergGr. VI b TO.A. Anstelle des weiterhin von der Arbeit freigestellten Klägers wurde diese Tätigkeit von dem Angestellten W in Vertretung des Klägers ausgeübt.

Aufgrund schriftlichen Arbeitsvertrages vom 30. November 1960 wurde der Kläger wie bisher auf unbestimmte Zeit beim Wasser- und Schiffsamt R zur Dienstleistung beim Emsausbau beschäftigt. Ab 1. Januar 1960 erhielt er Vergütung nach VergGr. V b TO.A/BAT.

Am 1. Juni 1962 schlossen die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag, nach dem der Kläger im Anschluß an sein bisheriges Beschäftigungsverhältnis beim Wasser- und Schiffsamt R auf unbestimmte Zeit als Angestellter unter Einreihung in VergGr. V b BAT weiterbeschäftigt wird.

Der Kläger ist der Meinung, daß ihm nach dem Tarif-

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

vertrag vom 25. März 1966 über den Bewährungsaufstieg ab 1. Januar 1966 Vergütung nach VergGr. IV b BAT zustehe. Er hat beantragt festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihn ab 1. Januar 1966 nach VergGr. IV b BAT zu vergüten und die nachzuzahlenden Differenzbeträge seit dem 17. Oktober 1966 bzw. den späteren Fälligkeitstagen mit 4 % zu verzinsen. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie ist der Auffassung, daß der Kläger nicht tarifgerecht eingruppiert gewesen sei. Da er von dienstlichen Tätigkeiten völlig freigestellt gewesen sei, müsse der Arbeitsplatz herangezogen werden, auf den der Kläger im Falle der Beendigung der Freistellung zurückgekehrt wäre. Diese Tätigkeit beim Emsausbau habe nur der VergGr. VI b BAT entsprochen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

Der Angestellte, der ein in der Anlage 1 a des BAT mit dem Hinweiszeichen * gekennzeichnetes Tätigkeitsmerkmal erfüllt und die vorgeschriebene Bewährungszeit abgeleistet hat, ist höherzugruppieren (§ 23 a Abs. 1 BAT). Ob ein Angestellter ein mit dem Hinweiszeichen * gekennzeichnetes Tätigkeitsmerkmal erfüllt, hängt zunächst davon ab, welche Tätigkeit er überwiegend auszuüben hat (vgl. § 22 Abs. 1 BAT). Zwar wird in der Regel die ausgeübte Tätigkeit mit der vertraglich auszuübenden Tätigkeit übereinstimmen, doch kommt es für die Frage der für die Tätigkeit des Angestellten zutreffenden tariflichen Mindestvergütungsgruppe nicht auf die ausgeübte, sondern auf die vertraglich auszuübende Tätigkeit an (vgl. hierzu z. B. BAG 17, 241 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Direktionsrecht). Diese – überwiegend – auszuübende Tätigkeit muß mithin gemäß § 23 a Abs. 1 BAT die Merkmale einer mit dem



- 4 -

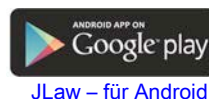
Hinweiszeichen * gekennzeichneten Fallgruppe (= Tätigkeitsmerkmal im Sinne der Norm) einer Vergütungsgruppe der Anlage 1 a zum BAT erfüllen, damit die erste Voraussetzung für den sog. Bewährungsaufstieg vorliegt. Das gilt auch für Angestellte, die, wie der Kläger, als Mitglied eines Bezirkspersonalrats von der an sich vertraglich geschuldeten Tätigkeit völlig freigestellt worden sind (§ 42 Abs. 3 PersVG). Somit kommt es im vorliegenden Fall zunächst darauf an, ob die vom Kläger beim Emsaubau ab 1. Januar 1960 vertraglich überwiegend auszuübende Tätigkeit die Merkmale einer Fallgruppe mit dem Hinweiszeichen * der VergGr. V b der Anlage 1 a des BAT erfüllt, damit die erste Voraussetzung der begehrten Feststellung bejaht werden kann (vgl. VergGr. IV b 2. Fallgruppe der Anlage 1 a des BAT i. d. F. des Tarifvertrags vom 25. März 1966 § 4, Anlage 4).

Rechtsirrtümlich geht das angefochtene Urteil davon aus, daß es auf eine solche Prüfung hier nicht ankomme, weil der Kläger nach seinem Arbeitsvertrag Anspruch auf eine Beschäftigung nach VergGr. V b BAT gehabt habe. Das Landesarbeitsgericht konnte nicht ohne weiteres annehmen, daß dem Kläger nach seinem Arbeitsvertrag vom 30. November 1960 auch eine nach VergGr. V b zu bewertende Tätigkeit als eine von ihm auszuübende Tätigkeit zustand, und er Anspruch auf Verrichtung einer so zu bewertenden Tätigkeit mit der Folge hatte, daß er entsprechend zu beschäftigen gewesen wäre. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob zunächst die beim Emsaubau ab 1. Januar 1960 vertraglich überwiegend auszuübende Tätigkeit auch die Merkmale einer mit einem * versehenen Fallgruppe der Vergütungsgruppe V b BAT erfüllt, so daß deshalb ein Anspruch auf Vergütung nach VergGr. IV b BAT erwachsen könnte. Auf die vertraglich zugebilligte Vergütungsgruppe kommt es ohne weiteres nicht an, denn hierbei kann es sich, gleich aus welchen Gründen, um eine mit Bezug auf die auszuübende Tätigkeit tarifrechtlich gesehen über- oder untertarifliche Vergütungsgruppe handeln. Ein Bewährungsaufstieg findet aber immer nur aus der tariflichen Mindestvergütungsgruppe

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

statt, da der BAT und der Tarifvertrag über den Bewährungsaufstieg vom 25. März 1966 sich nur mit Mindestarbeitsbedingungen befassen (vgl. § 4 Abs. 3 TVG).

Entgegen der Auffassung des Klägers ist nicht etwa davon auszugehen, das Landesarbeitsgericht habe, weil von der Revision nicht zulässig und begründet gerügt, mit bindender Wirkung für das Revisionsgericht festgestellt, daß der Kläger nach seinem Arbeitsvertrag Anspruch auf eine überwiegend auszuübende Tätigkeit nach VergGr. V b gehabt habe. Darauf, ob die Beklagte dem Kläger im Arbeitsvertrag vom 1. Juni 1962 eine Weiterbeschäftigung nach VergGr. V b zugesagt hat, kommt es nicht an, weil der Kläger Vergütung nach VergGr. IV b BAT schon ab 1. Januar 1966 verlangt. Für diesen Anspruch ist es aber entscheidend, da die Bewährungszeit 6 Jahre dauert, ob die vom Kläger ab 1. Januar 1960 auszuübende Tätigkeit nach einer mit dem Hinweiszeichen * versehenen Fallgruppe der VergGr. V b BAT zu bewerten war (vgl. VergGr. IV b 2. Fallgruppe der Anlage 1 a BAT i. d. F. des Tarifvertrages über den Bewährungsaufstieg vom 25. März 1966). Trifft die Ansicht der Beklagten zu, die damalige maßgebliche Tätigkeit sei tariflich nur nach VergGr. VI b BAT zu bewerten gewesen, so wäre die Folge, daß der Kläger nach VergGr. V b BAT über-tariflich vergütet worden wäre. Daraus folgt, daß zunächst zu prüfen ist, ob die ab 1. Januar 1960 vom Kläger vertraglich auszuübende Tätigkeit, nämlich die Tätigkeit beim Emsaubau, unter eine mit dem Hinweiszeichen * versehene Fallgruppe der VergGr. V b fällt; ist dies nicht der Fall, hat der Kläger keinen Anspruch auf Vergütung nach VergGr. IV b BAT ab. 1. Januar 1966.

An einer solchen Prüfung und entsprechenden Feststellungen fehlt es jedoch im angefochtenen Urteil.

Aus diesem Grunde war das Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Das Revisionsgericht konnte nämlich in der Sache selbst nicht entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO); denn die Klage ist nicht etwa schon deswegen abweisungsreif, weil der Kläger wegen völliger Freistellung



- 6 -

von jeder dienstlichen Tätigkeit nicht in der Lage war, sich durch tatsächliche Ausübung dieser Tätigkeit zu bewähren.

§ 23 a Abs. 2 Ziff. 1 Satz 1 BAT bestimmt zwar für die "Erfüllung der Bewährungszeit", daß der Angestellte sich "den in der ihm übertragenen Tätigkeit auftretenden Anforderungen gewachsen gezeigt hat". Damit wird vom Angestellten verlangt, daß er sich durch tatsächliche Ausübung seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit bewährt. Das aber ist einem von dieser Tätigkeit wegen seiner Personalratsaufgaben völlig freigestellten Angestellten, wie dem Kläger, gar nicht möglich. Die genannte Vorschrift des BAT erfaßt mithin unmittelbar den Fall des von der vertraglich geschuldeten Tätigkeit freigestellten Personalratsmitgliedes nicht. Es sind auch nicht erfaßt alle die Fälle, in denen ein Angestellter ohne sein wirksames Einverständnis Tätigkeiten ausüben muß, die gegenüber der auszuübenden und für die tariflich-automatisch erfolgende Eingruppierung maßgebenden Tätigkeit tariflich geringerwertig sind (vgl. § 23 a Abs. 2 Ziff. 1 Satz 2 BAT; ferner zu diesem Punkt auch das Urteil des Senats in 4 AZR 48/67 vom 15. November 1967, demnächst AP Nr. 13 zu §§ 22, 23 BAT). Es kann hier dahingestellt bleiben, wie die letzteren Fälle nach dem Recht des Bewährungsaufstiegs zu behandeln sind. Jedenfalls ist die tarifliche Lücke hinsichtlich der von der Arbeit völlig freigestellten Personalratsmitglieder unter Beachtung von Sinn und Zweck des Bewährungsaufstiegs einerseits und des Schutzes der Personalratsmitglieder vor Benachteiligung "wegen ihrer Tätigkeit" (§ 59 Abs. 1 PersVG) andererseits zu schließen. Dies um so mehr, als kein Anhaltspunkt dafür besteht, die Tarifvertragsparteien hätten bewußt diesen Fall vom Bewährungsaufstieg ausschließen wollen.

Wenn auch grundsätzlich daran festzuhalten ist, daß der Angestellte im Wege der Bewährung durch die Tarifautomatik nur höhergruppiert wird, wenn er sich die vorgeschriebene Zeit hindurch den Anforderungen der von ihm aus-

- 7 -



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



zuübenden Tätigkeit durch tatsächliche Ausübung gewachsen gezeigt hat, so darf doch nicht übersehen werden, daß für die Angestellten der Bewährungsaufstieg das sein soll, was die Beförderung für die Beamten ist. Anlaß für die tarifliche Einführung des Bewährungsaufstiegs für Angestellte, der wenig in das bisherige auf Tätigkeitsmerkmale abgestellte Tarifrecht für Angestellte des öffentlichen Dienstes paßt, war die besoldungsmäßige Besserstellung vieler Beamter und Beamtengruppen durch Vermehrung der Beförderungsstellen in den Haushalten des Bundes und der Länder, ohne daß der Amtsinhalt geändert worden wäre ("Stellenbündelungen", "Regelbeförderungen"). Bedenkt man dies, dann ist auch der Bewährungsaufstieg für Angestellte, mag auch die Bewährung rechtstechnisch als Tätigkeitsmerkmal zu behandeln sein, in erster Linie als eine Höhergruppierung eigener Art anzusehen, die ohne Änderung der auszuübenden und in der Regel ausgeübten Tätigkeit nur deshalb erfolgt, um den Angestellten etwas der Beförderung Vergleichbares zu gewähren. Es handelt sich in Wahrheit sowohl bei den Beamten als auch bei den Angestellten um eine in eine besondere Form gekleidete Verbesserung der Besoldung und der Vergütung. Regelmäßig soll der Angestellte, der einen entsprechenden Dienstposten innehat oder eine entsprechende Tätigkeit ausübt, nach Ablauf einer vorgeschriebenen Zeit Anspruch auf die Vergütung nach einer höheren tariflichen Mindestvergütungsgruppe als bisher haben. Ist das aber der wesentliche Sinn und Zweck des Bewährungsaufstiegs, so kann und darf es dem Angestellten nicht zum Nachteil gereichen, wenn und soweit er als Personalratsmitglied von der Arbeit völlig freigestellt ist. Wie die Nichtbeförderung eines Beamten, der von seiner dienstlichen Tätigkeit als Personalratsmitglied befreit ist, eine verbotene Benachteiligung darstellt, sofern die Beförderung wegen der Tätigkeit im Personalrat unterbleibt (§ 59 Abs. 1 PersVG), so würde auch die Verneinung eines Höhergruppierungsanspruchs des Angestellten im Wege des Bewährungsaufstiegs gegen Zweck und Sinn des Benachteiligungsverbots des § 59 Abs. 1 PersVG verstoßen. Denn der Angestellte, der als Personalratsmitglied von der dienstlichen Tätigkeit völlig



- 8 -

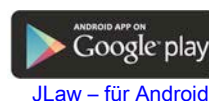
freigestellt ist, weil er nicht in der Lage ist, daneben die vertraglich geschuldete Tätigkeit auch tatsächlich auszuüben, würde gerade wegen seiner Personalratstätigkeit um seine Höhergruppierung im Wege des Bewährungsaufstiegs gebracht werden. Aus Sinn und Zweck des Bewährungsaufstiegs einerseits und des Benachteiligungsverbots des § 59 Abs. 1 PersVG andererseits ist also zu folgern, daß Angestellte, die als Personalratsmitglieder von der Arbeit völlig freigestellt sind, schon dann am Bewährungsaufstieg teilnehmen, wenn die vertraglich überwiegend auszuübende Tätigkeit die Merkmale einer mit Hinweiszeichen * versehenen Fallgruppe erfüllt, aus der die Höhergruppierung kraft Tarifautomatik erfolgt. Das gilt nicht, wenn der Arbeitgeber Umstände darlegen und evtl. beweisen kann, nach denen auch ohne effektive Tätigkeit des Angestellten schon die Möglichkeit einer Bewährung ausgeschlossen werden muß, z. B. weil dem Angestellten, der Personalratsmitglied ist, eine Tätigkeit auszuüben übertragen worden ist, deren Anforderungen er, wenn es darauf ankäme, von vornherein gar nicht hätte gerecht werden können. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Beklagte hat nicht behauptet, der Kläger hätte sich den auftretenden Anforderungen der ihm beim Emsausbau übertragenen Tätigkeiten gar nicht gewachsen zeigen können, wenn er diese Tätigkeit tatsächlich ausgeübt hätte.

Aus den vorstehenden Ausführungen über den Bewährungsaufstieg von Angestellten, die als Personalratsmitglieder von ihrer dienstlichen Tätigkeit völlig freigestellt sind, folgt weiter, daß die vorgeschriebene Bewährungszeit dann erfüllt ist, wenn der Angestellte innerhalb dieser Zeit ununterbrochen vertraglich überwiegend eine Tätigkeit auszuüben hatte, die einen Höhergruppierungsanspruch auslöst. Da es nicht darauf ankommt, ob das Personalratsmitglied in einem solchen Fall die Tätigkeit ausgeübt hat, scheidet eine unmittelbare Anwendung der Bestimmung des § 23 a Abs. 2 Ziff. 4 Abs. 1 BAT aus. Nach dieser Vorschrift muß die Bewährungszeit, d. h. die Zeit, in der sich der Angestellte den Anforderungen der ihm übertragenen Tätigkeit gewachsen zeigen muß, ununterbrochen zurück-

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gelegt werden. Nur bestimmte Zeiten der Unterbrechung werden auf die Bewährungszeit angerechnet.

Nun kann man aber auch die Nichtausübung der Tätigkeit wegen der Personalratsaufgaben bei von der Arbeit völlig freigestellten Personalratsmitgliedern insofern mittelbar als Unterbrechung der Bewährungszeit ansehen, als die Pflicht, die an sich geschuldete Tätigkeit auszuüben, solange und soweit der Angestellte Personalratsaufgaben wahrnehmen muß, ruht. Dann ist, da § 23 a Abs. 2 Ziff. 4 BAT diesen Fall nicht regelt, diese Lücke im Wege entsprechender Anwendung des § 52 BAT (vgl. § 23 a Abs. 2 Ziff. 4 Abs. 2 Buchstabe c BAT) in Verbindung mit Sinn und Zweck des Benachteiligungsverbot des § 59 Abs. 1 PersVG zu schließen. Daß es sich hierbei nicht um eine tarifpolitische, nur durch die Tarifvertragsparteien zu schließende Lücke handelt, zeigt die Niederschrift der Redaktionskommission zum Tarifvertrag über den Bewährungsaufstieg vom 25. März 1966 (vgl. Böhm-Spiertz, Die Dienstverhältnisse der Angestellten bei öffentlichen Verwaltungen und Betrieben, Kommentar zum BAT, 2. Aufl., Band 2 IV S.116). Darin ist das Einvernehmen zwischen den Mitgliedern der Tarifvertragsparteien in der Redaktionskommission darüber festgelegt worden, daß der Lauf der Bewährungszeit durch eine Freistellung des Angestellten als Personalratsmitglied nicht berührt wird. Hierdurch ist zwar tarifrechtlich nichts normiert und die Lücke in § 23 a BAT nicht etwa geschlossen worden; denn diese Niederschrift hat einmal keinen tarifvertraglichen Inhalt (§ 1 Abs. 1 TVG) und ist zum anderen auch nicht durch Tarifvertragsparteien im Sinne des § 2 TVG abgeschlossen worden; ein Einvernehmen in einer Sitzung einer Redaktionskommission der Tarifvertragsparteien ist kein Abschluß eines Tarifvertrags zwischen Tarifvertragsparteien. Immerhin läßt diese Niederschrift erkennen, daß die Tarifvertragsparteien nicht etwa von der Arbeit freigestellte Personalratsmitglieder vom Bewährungsaufstieg des § 23 a BAT ausschließen wollten oder sich eine Sonderregelung hierfür vorbehalten hätten. Das berechtigt, die tarifliche Lücke über eine entsprechende Anwendung des § 52 Abs. 1 Ziff. 1 BAT



auszufüllen. Hiernach sind Zeiten, die der Angestellte erforderlichenfalls zur Erfüllung allgemeiner staatsbürgerlicher Pflichten in näher bezeichneten Fällen benötigt, und in denen er aus diesem Grunde von der Arbeit freigestellt ist, auf die Bewährungszeit anzurechnen. Solchen allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten, wie sie diese Bestimmung im Auge hat, ähneln die Pflichten, die einem Personalratsmitglied als solchem obliegen und dessentwegen es von seiner dienstlichen Tätigkeit freigestellt ist. Daher ist auch die Zeit, während der ein Angestellter seine Aufgaben als Personalratsmitglied erfüllt, gleichgültig wie lange sie dauert, auf die Bewährungszeit anzurechnen. Denn eine zeitliche Beschränkung würde, da das Personalvertretungsgesetz keine Höchstzeit für eine Tätigkeit als Personalratsmitglied vorsieht, wiederum auf eine Benachteiligung des Angestellten wegen seiner Personalratstätigkeit hinauslaufen. Dies aber lag gerade nicht in der Absicht der Tarifvertragsparteien.

Bei dem Kläger ist mithin die gesamte Zeit auf die Bewährungszeit anzurechnen, während der er einerseits eine Tätigkeit überwiegend auszuüben hatte, die ggf. die Merkmale einer mit * versehenen Fallgruppe der VergGr. V b BAT erfüllt, und während der er andererseits von dieser seiner dienstlichen Tätigkeit zur Wahrnehmung seiner Pflichten und Aufgaben als Personalratsmitglied freigestellt war.

Über die Kosten des Revisionsverfahrens wird das Landesarbeitsgericht mitzubefinden haben.

gez. Dr. Poelmann

Dr. Auffarth

Dr. Neumann

Dr. Babel

Adams



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

