

Aktenzeichen: 4 AZR 485/01
Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 12. Juni 2002
- 4 AZR 485/01 -

I. Arbeitsgericht
Gelsenkirchen

Urteil vom 16. Mai 2000
- 2 Ca 3193/99 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 14. März 2001
- 18 Sa 1654/00 -

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

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 485/01
18 Sa 1654/00
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. Juni 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 12. Juni 2002 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Bott als Vorsitzenden, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Friedrich und Dr. Wolter, die ehrenamtliche Richterin Pflügner-Wax und den ehrenamtlichen Richter Weßelkock 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 Hamm vom 14. März 2001 - 18 Sa 1654/00 - aufgehoben, soweit es die Berufung des beklagten Landes zurückgewiesen hat.
2. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch darüber, ob der Klägerin ab dem 1. Januar 2000 Vergütung nach VergGr. V c BAT zusteht. Dabei geht es darum, ob das beklagte Land der Klägerin eine höherwertige Tätigkeit gem. § 24 Abs. 1 und 2 BAT nur vorübergehend bzw. vertretungsweise zuweisen durfte oder ob sie der Klägerin auf Dauer zusteht.

Die am 12. Februar 1964 geborene Klägerin ist vom beklagten Land nach ihrer Ausbildung zur Verwaltungsfachangestellten ab dem 1. September 1984 in ein Arbeitsverhältnis übernommen worden. Nach § 2 des Arbeitsvertrages vom 31. August 1984 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung. Seit dem 1. Januar 1991 ist die Klägerin mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Angestellten tätig. Bis 31. Juli 1995 war sie beim Versorgungsamt D, seit dem 1. August 1995 ist sie im Versorgungsamt G beschäftigt. Sie erhält seit dem 20. März 1995 eine Vergütung nach VergGr. VI b BAT.

Die Klägerin war zunächst mit der Aufgabe einer Zuarbeiterin betraut. Ab dem 1. April 1986 erfolgte ihr vorübergehender Einsatz als Bearbeiterin in einer Renten-Gruppe zur Einarbeitung. In der Zeit vom 1. September 1986 bis 19. Juli 1989 wurde ihr auf Grund mehrfacher Verfügungen des beklagten Landes jeweils befristet die Tätigkeit als Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse des Versorgungsamtes D unter Gewährung einer persönlichen Zulage nach § 24 Abs. 3 BAT übertragen. Vom 20. Juli 1989 bis 30. Juli 1989 war sie im Erziehungsurlaub. Sodann wurde sie vom 1. Oktober 1989



bis 18. Mai 1991 auf Grund drei weiterer Verfügungen wieder vorübergehend in der Erziehungsgeldkasse unter Zahlung der persönlichen Zulage eingesetzt. Nach einer Beurlaubungsphase vom 19. Mai 1991 bis 31. August 1994 war die Klägerin als Zuarbeiterin tätig.

Nach ihrem Wechsel zum Versorgungsamt G zum 1. August 1995 wurde die Klägerin nach einer vorangegangenen Einarbeitungsphase in der Zeit vom 6. Juni 1997 bis zum 1. April 2000 mit einer knapp viermonatigen Unterbrechung als Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes in der Abteilung 3 (Schwerbehindertengesetz) eingesetzt und erhielt eine persönliche Zulage nach § 24 Abs. 3 BAT. Diesem Einsatz lagen folgende Übertragungsverfügungen des Versorgungsamtes G zugrunde.

Mit Schreiben vom 26. Mai 1997 wurde der Klägerin ua. mitgeteilt:

"... im Anschluß an die mit Bezugsschreiben veranlaßte Einarbeitung übertrage ich Ihnen für die Zeit vom 06.06.1997 bis 05.12.1997 gemäß § 24 Abs. 1 BAT vorübergehend zur Erprobung die Tätigkeit einer Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes in der Abteilung 3 (Schwerbehindertenangelegenheiten) ..."

Danach arbeitete die Klägerin vom 6. Dezember 1997 bis 31. März 1998 als Assistentenkraft im Migrationsbereich.

In der nächsten Übertragungsverfügung vom 30. März 1998 heißt es ua.:

"... mit Wirkung vom 01.04.1998 übertrage ich Ihnen vertretungsweise für die RHS'in Frau B die Tätigkeit einer Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes. Frau B ist voraussichtlich bis zum 31.12.1998 im gehobenen Dienst tätig. Sie vertreten die Beamtin für die Dauer ihrer Abwesenheit, längstens bis 31.12.1998..."

Mit Schreiben vom 17. November 1998 wurde der Klägerin ua. mitgeteilt:

"... Sie sind bis zum 31.12.1998 vertretungsweise für Frau RHS'in B als Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes eingesetzt. Da Frau B über den 31.12.1998 hinaus weiterhin vorübergehend im gehobenen Dienst eingesetzt wird, übertrage ich Ihnen gemäß § 24 Abs. 2 BAT vertretungsweise über den 31.12.1998 hinaus die Tätigkeit einer Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes. Sie vertreten Frau B für die Dauer ihres anderweitigen Einsatzes, längstens bis 31.08.1999. ..."

Schließlich heißt es in einem weiteren Schreiben vom 30. August 1999 ua.:



"... Ihr vertretungsweiser Einsatz für Frau B endet ... mit Ablauf des 31.08.1999.

Ab 01.09.1999 übertrage ich Ihnen im Rahmen Ihrer reduzierten Arbeitszeit (1/2) gemäß § 24 Abs. 2 BAT vertretungsweise für Frau G die Tätigkeit einer Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes. Sie vertreten Frau G, die sich im Erziehungsurlaub befindet, bis zum 11.05.2000. ..."

Diese Übertragung wurde zum 1. April 2000 widerrufen. Seit dem 17. Mai 2000 - nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils - wurde die Klägerin wieder als Sachbearbeiterin des mittleren Dienstes eingesetzt.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin vorrangig ab dem 1. Januar 2000 Vergütung nach VergGr. V c BAT. Sie hat die Auffassung vertreten, das beklagte Land habe ihr die Sachbearbeitertätigkeit rechtsmißbräuchlich nur vorübergehend bzw. vertretungsweise übertragen. Grund der vorübergehenden Übertragung sei jeweils nicht der einzelne vorgegebene Vertretungsfall gewesen. Die Vertretungsfälle seien vorgeschoben. Die Arbeitsplätze der angeblich Vertretenen habe sie nicht eingenommen. Ein Kausalzusammenhang zwischen dem Ausfall von Beschäftigten und der Vertretung bestehe nicht. Der Widerruf der Übertragung der höherwertigen Tätigkeit zum 1. April 2000 entspreche nicht billigem Ermessen und sei wegen der fehlenden Personalratsbeteiligung unwirksam.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet ist, an sie ab dem 1. Januar 2000 eine Vergütung nach der VergGr. V c Fallgruppe 1 a BAT zu zahlen, diese im Arbeitsvertrag festzuschreiben und die Zeit ab dem 1. Januar 2000 auf die Bewährungszeit gemäß VergGr. V b Fallgruppe 1 c BAT anzurechnen;

hilfsweise festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet ist, an sie eine Zulage in Höhe des Differenzbetrages zwischen den VergGr. VI b und V c BAT zu zahlen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Auffassung vertreten, eine rechtsmißbräuchliche Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeit des § 24 BAT liege nicht vor. Die verfüigten vorübergehenden Übertragungen höherwertiger Tätigkeiten auf die Klägerin seien sachlich gerechtfertigt. Ein dauerhafter Vertretungsbedarf habe nicht bestanden. Im übrigen habe während des Gesamtzeitraums der Vertretungsfälle im Versorgungsamt G ein Gesamtvertretungsbedarf vorgelegen.



Das Arbeitsgericht hat der Klage hinsichtlich des Hauptantrages stattgegeben. Auf die Berufung des beklagten Landes hat das Landesarbeitsgericht unter Zurückweisung der Berufung im übrigen festgestellt, daß das beklagte Land verpflichtet ist, an die Klägerin ab dem 1. Januar 2000 Vergütung nach VergGr. V c BAT zu zahlen, und hat die Klage im übrigen abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt das beklagte Land seinen auf Abweisung der gesamten Klage gerichteten Antrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision des beklagten Landes ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann der Klage nicht in dem vom Landesarbeitsgericht erkannten Umfang stattgegeben werden. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

1. Auf das Arbeitsverhältnis ist auf Grund einzelvertraglicher Vereinbarung der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) anzuwenden.
2. Danach setzt die von der Klägerin erstrebte Eingruppierung voraus, daß bei ihr zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die jeweils für sich genommen die Anforderungen zumindest eines Tätigkeitsmerkmals der von ihr 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).
3. Das Landesarbeitsgericht hat erkannt, daß zwar für die Übertragungsverfügungen vom 26. Mai 1997 und vom 30. August 1999 ein sachlicher Grund gem. § 24 Abs. 1 bzw. 2 BAT gegeben sei und diese Übertragungen vom Direktionsrecht gedeckt seien. Das gelte aber nicht für die beiden weiteren Übertragungen vom 30. März 1998 und 17. November 1998 für den Zeitraum vom 1. April 1998 bis zum 31. August 1999, weil jedenfalls kein sachlicher Grund für den vorübergehenden Einsatz der Klägerin als Vertretung der Regierungshauptsekretärin B vorgelegen habe. Das hält der Revision nicht stand.



- a) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, das beklagte Land habe der Klägerin die Tätigkeit als Sachbearbeiterin ausdrücklich nicht auf Dauer, sondern jeweils nur vorübergehend bzw. zur Vertretung übertragen.
- b) Bei seiner rechtlichen Prüfung, ob es rechtens war, diese höherwertige Tätigkeit nur vorübergehend zu übertragen, ist das Landesarbeitsgericht - auch - von der bisherigen Rechtsprechung des Senats ausgegangen. Danach galt eine vorübergehend übertragene Tätigkeit als auf Dauer übertragen, wenn die Gestaltungsmöglichkeit des § 24 BAT rechtsmißbräuchlich verwendet worden sei. Rechtsmißbrauch lag nach dieser Rechtsprechung 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) Diese Rechtsprechung zur Rechtsmißbrauchskontrolle bei der Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit für einen vorübergehenden Zeitraum hat der Senat nach nochmaliger Prüfung in mehreren Entscheidungen vom 17. April 2002 aufgegeben. Vielmehr muß der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung, ob er kraft seines Direktionsrechts die Übertragung der höherwertigen Tätigkeit nur vorübergehend vornimmt, entsprechend § 315 BGB billiges Ermessen walten lassen. Der Senat hat diese Rechtsprechungsänderung und die Grundsätze für die Ermessensprüfung bei der Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nach § 24 BAT in der Entscheidung in der Sache - 4 AZR 174/01 - (zur Veröffentlichung vorgesehen <zVv.>) ausführlich begründet. Darauf nimmt er Bezug.

Danach ist bei der "vorübergehenden Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit" nach § 24 BAT zu unterscheiden zwischen einer "vorübergehenden" Übertragung nach § 24 Abs. 1 BAT und der "vertretungsweisen" Übertragung der Tätigkeit nach § 24 Abs. 2 BAT. Letztere bildet einen speziell geregelten Sonderfall der vorübergehenden (interimistischen) Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit.



aa) Um eine Vertretung iSv. § 24 Abs. 2 BAT handelt es sich nur dann, wenn der eigentliche Arbeitsplatzinhaber vorübergehend die ihm dauernd übertragene Tätigkeit nicht wahrnimmt (*Böhm/Spiertz/Sponer/Steinherr BAT Stand März 2002 § 24 Rn. 53*). Die Billigkeit einer vertretungsweisen Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nach § 24 Abs. 2 BAT folgt schon aus dem Übertragungsgrund. Denn nach Rückkehr des vertretenen Arbeitnehmers auf seinen Arbeitsplatz besteht kein Bedürfnis für die Beschäftigung des Vertreters auf diesem Arbeitsplatz. Die vertretungsweise Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit für die Zeit der Verhinderung des Vertretenen entspricht daher regelmäßig billigem Ermessen (*Senat 17. April 2002 - 4 AZR 174/01 - zVv.*).

bb) Ist bei nur einer dieser mehreren interimistischen Übertragungen billiges Ermessen hinsichtlich dessen, daß die Übertragung nicht auf Dauer erfolgte, nicht gewährt, 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 entsprechen, ist rechtlich unerheblich, wenn die vorherige Übertragung als auf Dauer erfolgt anzusehen ist (*Senat 17. April 2002 - 4 AZR 174/01 - zVv.*).

d) Nach diesen Grundsätzen kann auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen nicht entschieden werden, ob auch die vorübergehenden Übertragungen vom 30. März 1998 und 17. November 1998 billigem Ermessen entsprechen.

aa) Es kann offenbleiben, ob sich die von der Klägerin begehrte Eingruppierung bereits aus der Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit in der Zeit vom 1. September 1986 bis 19. Juli 1989 und vom 1. Oktober 1989 bis zum 18. Mai 1991 ergibt. Das Landesarbeitsgericht hat das - ausgehend von der Annahme der Unzulässigkeit der vorläufigen Übertragungen in dem Zeitraum vom 1. April 1998 bis 31. August 1999 - nicht geprüft. Unabhängig davon bedarf es schon deshalb keiner Entscheidung über die Zulässigkeit dieser vorübergehenden Übertragungen, weil sich die Klägerin auf eine etwaige Unbilligkeit dieser vorübergehenden Übertragungen nicht mehr mit Erfolg berufen kann.

Denn auch wenn man die Unbilligkeit dieser vorübergehenden Übertragung zu ihren Gunsten unterstellt, ist ein dadurch begründeter Anspruch der Klägerin auf Vergütung nach VergGr. V c BAT durch den nachfolgenden Vollzug des Arbeitsverhältnisses wieder beseitigt worden. Übt der Angestellte mit seinem Einverständnis über einen



längeren Zeitraum eine ihm vom Arbeitgeber übertragene tariflich niedriger bewertete und entsprechend bezahlte Tätigkeit aus, rechtfertigt dies regelmäßig die Wertung der konkludenten Änderung des Arbeitsvertrages. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Klägerin war nach einer über dreijährigen Beurlaubung wieder über zwei Jahre entsprechend ihrer ursprünglichen Eingruppierung als Zuarbeiterin tätig, bevor sie in die Aufgaben einer Sachbearbeiterin eingearbeitet wurde. Erst ab dem 6. Juni 1997, also mehr als sechs Jahre nach dem Ende der Tätigkeit als Bearbeiterin in der Erziehungsgeldkasse, wurden ihr wieder höherwertige Tätigkeiten übertragen.

bb) Die Übertragung der höherwertigen Tätigkeit auf die Klägerin für die Zeit vom 6. Juni bis 5. Dezember 1997 durch die Verfügung vom 26. Mai 1997 erfolgte zur Erprobung der Klägerin in einem neuen Aufgabengebiet. Die Prüfung der Eignung eines Angestellten ist ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, die höherwertige Tätigkeit nur für einen begrenzten Zeitraum zu übertragen, welches das Interesse des Arbeitnehmers, diese auf Dauer zu erhalten, überwiegt. Die sechsmonatige Erprobungszeit ist angemessen (*Senat 18. Juni 1997 - 4 AZR 728/95 - AP BAT-O § 24 Nr. 1 mwN*). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob bereits durch die knapp viermonatige niedriger bewertete Tätigkeit der Klägerin im Migrationsbereich eine etwaige höhere Eingruppierung wieder beseitigt worden wäre.

cc) Ob auch die weiteren vorübergehenden Übertragungen zur Vertretung der Beamtin B in dem Zeitraum vom 1. April 1998 bis zum 31. August 1999 durch die Verfügungen vom 30. März 1998 und 17. November 1998 billigem Ermessen entsprechen, kann auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend beurteilt werden.

(1) Das Landesarbeitsgericht hat insoweit angenommen, daß es bei dieser gestaffelten Vertretung für die Berechtigung der vorübergehenden Übertragung auf das oberste Glied der Kette ankomme, im vorliegenden Fall also auf die von der Klägerin vertretene Frau B. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Umsetzung der von der Klägerin vertretenen Beamtin B für einen vorübergehenden Zeitraum, die ihre Rechtsgrundlage in der sog. Gehorsamspflicht des Beamten nach § 58 Satz 2 LBG NW hat, ist nicht darauf zu prüfen, ob sie hinsichtlich ihrer Dauer pflichtgemäßem Ermessen des beklagten Landes entspricht. Einen diesbezüglichen Ermessensfehler zu beanstanden, ist Sache des umgesetzten Beamten, nicht diejenige des ihn vertretenden Angestellten.



(2) Nach dem oben dargelegten Grundsatz kommt es vielmehr darauf an, ob der von dem beklagten Land behauptete Zusammenhang zwischen dem vorübergehenden Einsatz der Klägerin und dem vorübergehenden anderweitigen Einsatz der vertretenen Beamtin B tatsächlich bestanden hat, dh. insbesondere, ob zum Zeitpunkt der vorübergehenden Übertragungen an die Klägerin auf Grund konkreter Dispositionen des beklagten Landes diese Zuordnung zwischen Vertreter und Vertretenem vorgelegen hat. Das ist zwischen den Parteien strittig. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - das als nicht entscheidungserheblich offengelassen. Diese Bewertung wird das Landesarbeitsgericht unter Berücksichtigung des ergänzenden Vortrags der Parteien vornehmen müssen.

dd) Auf die vom Landesarbeitsgericht angenommene Zulässigkeit der Übertragungsverfügung vom 30. August 1999, mit der der Klägerin die höherwertige Tätigkeit für den Zeitraum vom 1. September 1999 bis zum 11. Mai 2000 zur Vertretung von der Angestellten G übertragen worden ist, bzw. auf die Wirksamkeit des vorzeitigen Widerrufs dieser Übertragung kommt es nur an, wenn die hinsichtlich der rechtlichen Bewertung offenen früheren Übertragungen während des Zeitraums vom 1. April 1998 bis zum 31. August 1999 billigem Ermessen entsprechen.

Bott

Friedrich

Wolter

Die ehrenamtliche Richterin
Pflügner-Wax ist infolge Aus-
scheidens aus dem Amt an der
Unterschrift verhindert.

Bott

Weßelkock



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](#)