

Aktenzeichen: 4 AZR 498/08
Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 18. November 2009
- 4 AZR 498/08 -

I. Arbeitsgericht
Wuppertal

Urteil vom 13. September 2007
- 8 Ca 1497/07 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 10. April 2008
- 11 Sa 2085/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Tarifliche Überleitung eines Anwendungsprogrammierers

Gesetze:

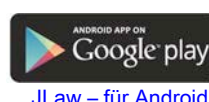
BGB § 242 Gleichbehandlung; ZPO §§ 292, 563 Abs. 3; Berufsgenossenschafts-Angestelltentarifvertrag vom 25. November 1961 (BG-AT) § 22, Anlage 1a, Teil II B III - Angestellte in der Anwendungsprogrammierung - VergGr. IVb (Fallgr. 1), VergGr. IVa (Fallgr. 2), Protokollnotiz Nr. 4 Buchst. b zur VergGr. IVa; Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der gewerblichen Berufsgenossenschaften und zur Regelung des Übergangsrechts vom 27. August 2007 (TVÜ-BG) § 4, Anlage 2

Leitsätze:

keine



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



BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 498/08
11 Sa 2085/07
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. November 2009

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

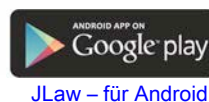
pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Bepler, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Treber, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Schmalz und Rupprecht für Recht erkannt:



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



1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 10. April 2008 - 11 Sa 2085/07 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die zutreffende Eingruppierung des Klägers. Der Kläger ist seit dem 1. April 1991 als Programmierer bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin, der ehemaligen Berufsgenossenschaft Wuppertal, beschäftigt. In dem mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten geschlossenen Arbeitsvertrag vom 13. Februar 1991 heißt es ua.:

„§ 1

Einstellung

Herr S wird ab 01.04.1991 auf unbestimmte Zeit als Verwaltungsangestellter (Organisations-Programmierer) eingestellt. Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Berufsgenossenschafts-Angestelltentarifvertrag vom 25.11.1961 (BG-AT) und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen.“

Der Kläger ist als Anwendungsprogrammierer im Bereich „Mitgliedschafts- und Beitragswesen“ eingesetzt. Bis zum 31. August 2006 wurde er nach der VergGr. IVb (*Fallgr. 1*) der Anlage 1a, Teil II B III - Angestellte in der Anwendungsprogrammierung - zum Berufsgenossenschafts-Angestelltentarifvertrag (BG-AT) vergütet. Vom Kläger in den Jahren 1999, 2000 und 2003 erstrebte Eingruppierungen nach der VergGr. IVa (*Fallgr. 2*) BG-AT aufgrund zurückgelegter Bewährungszeit von vier Jahren lehnte die Beklagte jeweils mit der Begründung ab, ihm fehlten vertiefte Fachkenntnisse.

Zum 1. September 2006 leitete die Beklagte den Kläger in die Entgeltordnung des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst in der für den Bund



geltenden Fassung (TVöD) gem. den Regelungen des Tarifvertrages zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Bund) über. Beide Tarifverträge galten nach dem vorläufigen Änderungstarifvertrag zur Änderung des BG-AT vom 29. August 2006. Mit Schreiben vom 12. September 2006 teilte die Beklagte dem Kläger mit, er sei künftig der Entgeltgruppe 9, Entwicklungsstufe 5 TVöD zugeordnet. In einer Entgeltabrechnung für den Monat September 2006 war zunächst die Entgeltgruppe „E10“ aufgeführt. Auf einer dem Personalrat überreichten verwaltungsinternen Arbeitsliste der Beschäftigten war für den Kläger ebenfalls die Entgeltgruppe E10 genannt. Der Kläger forderte mit Schreiben vom 27. September 2006 seine Zuordnung zur Entgeltgruppe 10 TVöD und machte die sich hieraus ergebende Entgeltdifferenz geltend. Dieses Begehren lehnte die Beklagte ab.

Der Kläger verfolgt mit seiner Klage seine Vergütung nach der Entgeltgruppe E10 und die Entgeltdifferenzansprüche weiter. Er ist der Auffassung, seine Tätigkeit hätte schon unter der Geltung des BG-AT nach der VergGr. IVa (Fallgr. 2) BG-AT vergütet werden müssen. Diese habe er mehr als 15 Jahre lang ohne nachvollziehbare Beanstandungen erbracht. Deshalb müssten vertiefte Fachkenntnisse unwiderleglich vermutet werden. Jedenfalls sei er nach den tariflichen Überleitungsregelungen nunmehr nach der Entgeltgruppe 10 TVöD zu vergüten. Die Eingruppierung rechtfertige sich auch aus Gründen der Gleichbehandlung. Die Anwendungsprogrammiererin B sei 1994 eingestellt und zunächst nach der VergGr. IVb BG-AT, noch 1994 nach der VergGr. IVa BG-AT und im Jahre 2006 nach der VergGr. III BG-AT vergütet worden. Ähnliches gelte für zwei andere Anwendungsprogrammiererinnen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 10, Entwicklungsstufe 5 des Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes des Bundes (TVöD-Bund) zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihm 5.547,10 Euro brutto zu zahlen zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 426,70 Euro seit



16. April 2006, 16. Mai 2006, 16. Juni 2006, 16. Juli 2006, 16. August 2006, 16. September 2006, 16. Oktober 2006, 16. November 2006, 16. Dezember 2006, 16. Januar 2007, 16. Februar 2007, 16. März 2007 und 16. April 2007.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger habe keine vertieften Fachkenntnisse iSd. der Protokollnotizen Nr. 1 Buchst. b iVm. Nr. 4 Buchst. b zur VergGr. IVa (*Fallgr. 2*) BG-AT erworben und wende sie daher im Rahmen seiner Tätigkeit auch nicht an. Er erledige lediglich Programmieraufgaben nach konkreter und klar umrissener Aufgabenstellung. Der Kläger habe sich nicht in einem ausstehenden Aufstieg nach der VergGr. IVa BG-AT befunden, weshalb auch die tariflichen Überleitungsvorschriften seinen Anspruch nicht begründen könnten. Die benannten Anwendungsprogrammiererinnen hätten anders als der Kläger die Eingruppierungsvoraussetzungen erfüllt.

6

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren mit der Maßgabe weiter, dass die mit dem Antrag zu 1. erfolgte Feststellung erst ab dem 1. Mai 2007 und nur hinsichtlich der Entgeltgruppe, nicht aber hinsichtlich der Entwicklungsstufe begehrt wird. Zudem werde die Eingruppierung in die Entgeltgruppe 10 des BG-AT idF des Änderungstarifvertrages Nr. 1 zum BG-AT vom 27. August 2007 (*BG-AT nF*) beansprucht. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

7

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

8

I. Die Klage ist zulässig. Bei der in der Revisionsinstanz erfolgten Änderung des Antrages zu 1. handelt es sich um eine zulässige Klarstellung

9



des in den Tatsacheninstanzen gestellten Antrages, die sich bereits durch dessen Auslegung ergab. Der Feststellungsantrag erfasste ersichtlich nur den Zeitraum ab dem 1. Mai 2007, da der Kläger die beanspruchte Entgelt Differenz für die der Klageerhebung vorangehenden Monate von April 2006 bis einschließlich April 2007 bereits durch die Leistungsklage - Antrag zu 2. - verfolgte. Auch hat der Kläger klargestellt, dass neben der Feststellung der maßgebenden Entgeltgruppe keine eigenständige Feststellung für die nach dem Vorbringen der Parteien zwischen ihnen nicht umstrittene Entgeltstufe begehrt wird.

Schließlich konnte der Kläger seinen Antrag zu 1. noch in der Revisionsinstanz in zulässiger Weise auf den nach § 39 Abs. 1 Satz 1 des Änderungstarifvertrages Nr. 1 zum BG-AT vom 27. August 2007 (*BG-AT nF*) rückwirkend zum 1. September 2006 in Kraft getretenen BG-AT nF als den maßgebenden Tarifvertrag umstellen. Durch den BG-AT nF, der die ausformulierte Fassung zur inhaltlichen Übernahme der Regelungen des TVöD/TVÜ-Bund in den BG-AT enthält, wurde der vorläufige Änderungstarifvertrag entsprechend der dort vereinbarten Bestimmungen in zulässiger Weise rückwirkend ersetzt. Gleiches gilt für den Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der gewerblichen Berufsgenossenschaften und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-BG*) vom 27. August 2007, der den TVÜ-Bund zum genannten Datum ersetzte.

II. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch gegen das beklagte Land auf Zahlung des geforderten Entgeltes. Seine Tätigkeit erfüllt auf der Grundlage seines Vortrages nicht die Anforderungen der VergGr. IVa BG-AT. Deshalb war er ab dem 1. September 2006 auch nicht nach § 4 iVm. der Anlage 2 TVÜ-BG aus der VergGr. IVa (*Fallgr. 2*) in die Entgeltgruppe 10 BG-AT nF überzuleiten. Sein Feststellungsbegehren kann der Kläger auch nicht auf die Überleitungsvorschriften des TVÜ-BG oder den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen.



1. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend erkannt, dass die Tätigkeit des Klägers nicht die Voraussetzungen für eine Eingruppierung nach der VergGr. IVa (*Fallgr. 2*) BG-AT erfüllt. 12
- a) Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme der BG-AT und die ihn ergänzenden oder ändernden Tarifverträge Anwendung. Hierzu gehörte sowohl der ÄnderungsTV, wovon auch die Parteien übereinstimmend ausgehen, als auch der ihn ersetzende BG-AT nF und der TVÜ-BG. 13
- b) Nach § 22 Abs. 2 BG-AT, der nach § 17 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-BG nach wie vor heranzuziehen ist, ist der Kläger, unter der Voraussetzung, dass er die persönlichen Voraussetzungen gem. § 22 Abs. 2 Unterabschn. 5 BG-AT erfüllt, in die VerGr. IVa (*Fallgr. 2*) BG-AT eingruppiert, wenn die die Gesamtarbeitszeit des Klägers ausfüllenden Arbeitsvorgänge im tariflich geforderten zeitlichen Umfang von mindestens der Hälfte der Gesamtarbeitszeit die Anforderungen des Tätigkeitsmerkmals erfüllen (§ 22 Abs. 2 Unterabschn. 2 Satz 1 BG-AT). 14
- c) Für die tarifliche Bewertung der Tätigkeit des Klägers sind folgende Bestimmungen des Teils II, Abschn. B (*Angestellte in der Datenverarbeitung*), Unterabschn. III (*Angestellte in der Anwendungsprogrammierung*) der Anlage 1a zum BG-AT nach § 17 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-BG nach wie vor maßgebend: 15

„Vergütungsgruppe IV a

1. Angestellte,

die selbstständig Programme oder Programmbausteine für Programmiervorgaben hohen Schwierigkeitsgrades anfertigen, entsprechende Programme oder Programmbausteine ändern, pflegen oder übernehmen und ggf. anpassen.

(Hierzu Protokollnotizen Nrn. 1 und 2)

2. Angestellte,

die selbstständig Programme oder Programmbausteine für Programmiervorgaben mittleren Schwierigkeitsgrades anfertigen, entsprechende Programme oder Programmbausteine ändern, pflegen oder übernehmen und ggf. anpassen,



nach vierjähriger Bewährung in Vergütungsgruppe IV b Fallgruppe 1 dieses Unterabschnitts.

(Hierzu Protokollnotizen Nrn. 1, 2, 3 und 4)

Vergütungsgruppe IV b

1. Angestellte,

die selbstständig Programme oder Programmbausteine für Programmiervorgaben mittleren Schwierigkeitsgrades anfertigen, entsprechende Programme oder Programmbausteine ändern, pflegen oder übernehmen und ggf. anpassen.

(Hierzu Protokollnotizen Nrn. 1 und 2)

2. Angestellte,

die selbstständig Programme oder Programmbausteine für Programmiervorgaben einfachen Schwierigkeitsgrades anfertigen, entsprechende Programme oder Programmbausteine ändern, pflegen oder übernehmen und ggf. anpassen,

nach vierjähriger Bewährung in Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 1 dieses Unterabschnitts.

(Hierzu Protokollnotizen Nrn. 1, 2, 3 und 4)

Protokollnotizen:

Nr. 1 Angestellte im Sinne dieses Tätigkeitsmerkmals sind

a) Angestellte,

mit entsprechender Tätigkeit,

b) Angestellte mit abgeschlossener einschlägiger Fachhochschulausbildung (z. B. Informatiker) und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Angestellte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben.

Nr. 2 Für die Schwierigkeitsgrade gilt Folgendes:

a) Eine Programmiervorgabe hat einfachen Schwierigkeitsgrad, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

b) Eine Programmiervorgabe hat mittleren Schwierigkeitsgrad, wenn die folgenden Be-



dingungen erfüllt sind:

- c) Eine Programmervorgabe hat hohen Schwierigkeitsgrad, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

Nr. 4 Die Anwendung dieses Tätigkeitsmerkmals setzt voraus

- a) bei den in Protokollnotiz Nr. 1 Buchst. a) genannten Angestellten, daß sie, ausgehend von der für sie geforderten zusätzlichen DV-Aus- oder -Fortbildung, vertiefte DV-Kenntnisse einschließlich der anzuwendenden Arbeitstechniken erworben und diese Kenntnisse bei ihrer Tätigkeit anzuwenden haben,
- b) bei den in Protokollnotiz Nr. 1 Buchst. b) genannten Angestellten, daß sie vertiefte Fachkenntnisse der im Rahmen der Anwendungsprogrammierung behandelten Aufgabenbereiche, der Organisation der Verwaltung oder des Betriebes und der angewendeten Arbeitstechniken erworben und diese Kenntnisse bei ihrer Tätigkeit anzuwenden haben.

“

d) Die vom Kläger angestrebte Eingruppierung in die VergGr. IVa (Fallgr. 2) BG-AT setzt voraus, dass der Kläger sich vier Jahre in der VergGr. IVb (Fallgr. 1) BG-AT bewährt hat. Weiterhin ist für die Eingruppierung in die VergGr. IVa (Fallgr. 2) BG-AT nach deren Protokollnotiz Nr. 4 Buchst. b erforderlich, dass er vertiefte Fachkenntnisse der im Rahmen der Anwendungsprogrammierung behandelten Aufgabenbereiche, der Organisation der Verwaltung oder des Betriebes und der angewendeten Arbeitstechniken erworben und diese Kenntnisse bei seiner Tätigkeit anzuwenden hat.

16

aa) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger müsse über vertiefte Fachkenntnisse der im Rahmen der Datenverarbeitungs-Organisation behandelten Aufgabenbereiche, der Organisation der Verwaltung oder des

17



Betriebes und der angewendeten Arbeitstechniken erworben und diese Kenntnisse bei seiner Tätigkeit anzuwenden haben. Da er dies nicht dargelegt habe, sei die Klage insoweit abzuweisen.

bb) Das ist rechtsfehlerhaft. Das Landesarbeitsgericht ist unzutreffend 18
davon ausgegangen, der Kläger müsse über vertiefte Fachkenntnisse im Rahmen der „Datenverarbeitungs-Organisation“ verfügen. Die Datenverarbeitungs-Organisation ist jedoch kein Tatbestandmerkmal zur VergGr. IVa (Fallgr. 2) der Anlage 1a, Teil II B III - Angestellte in der Anwendungsprogrammierung - zum BG-AT, sondern zur VergGr. IVa (Fallgr. 2) der Anlage 1a, Teil II B II - Angestellte in der Datenverarbeitungs-Organisation - zum BG-AT.

cc) Der Senat kann gleichwohl in der Sache selbst entscheiden (§ 563 19
Abs. 3 ZPO). Der Vortrag des Klägers lässt nicht erkennen, dass er die erforderlichen vertieften Fachkenntnisse im Rahmen der Anwendungsprogrammierung erworben hat. Dabei kann es dahinstehen, wie die Arbeitsvorgänge des Klägers zusammengefasst werden. Denn ihm steht nach seinem Vortrag bei jedem denkbaren Zuschnitt der Tätigkeit die geltend gemachte Eingruppierung nicht zu.

(1) Der Senat kann nach § 563 Abs. 3 ZPO selbst entscheiden. 20

(a) Entgegen der Auffassung des Klägers sind nach dem Tatbestand des 21
Berufungsurteils, der für das Vorbringen am Schluss der mündlichen Verhandlung nach § 314 ZPO Beweis erbringt, der gesamte Inhalt der Akte und damit auch die vorbereitenden Schriftsätze zum Inhalt der mündlichen Verhandlung gemacht worden. Das Landesarbeitsgericht hat nach § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO in zulässiger Weise auf den Akteninhalt verwiesen.

(b) Die Verfahrensrüge der Verletzung der Hinweispflicht nach § 139 ZPO, 22
weil das Landesarbeitsgericht einen Hinweis unterlassen habe, dass und inwieweit der bisherige Sachvortrag des Klägers nicht schlüssig sei, ist mangels ordnungsgemäßer Begründung gem. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO



bereits unzulässig. Der Kläger hat nicht angegeben, welchen ergänzenden Vortrag er auf den vermissten Hinweis hin vorgebracht hätte (vgl. dazu BAG 19. Januar 2006 - 6 AZR 600/04 - Rn. 22 mwN, BAGE 117, 14).

(2) Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass der Kläger als Angestellter in der Anwendungsprogrammierung eine Tätigkeit jedenfalls iSd. VergGr. IVb (Fallgr. 1) BG-AT ausübt. Eine pauschale Überprüfung durch den Senat reicht aus, soweit die Parteien die Tätigkeit des Klägers als unstreitig ansehen und das Tätigkeitsmerkmal der VergGr. IVb (Fallgr. 1) BG-AT als erfüllt erachten (vgl. BAG 25. Januar 2006 - 4 AZR 613/04 - AP BAT-O § 27 Nr. 4 = EzBAT BAT § 27 Abschnitt A-VKA Nr. 8; 12. Mai 2004 - 4 AZR 371/03 - zu I 1 f bb [4] der Gründe mwN, AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 301 = EzBAT BAT §§ 22, 23 B.1 Allg. Verwaltungsdienst VergGr. Vb Nr. 20). Nach dem unstreitigen Sachvortrag der Parteien zur Tätigkeit des Klägers ist davon auszugehen, dass er das Tätigkeitsmerkmal der VergGr. IVb (Fallgr. 1) BG-AT ausübt.

(3) Der Kläger trägt entgegen seiner Auffassung die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Tatsachen, aus denen sich die seiner Meinung nach zutreffende Eingruppierung ergibt. Die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr liegen ebenso wenig vor wie diejenigen einer Beweiserleichterung. Es besteht auch keine unwiderlegbare Vermutung, dass der Kläger über vertiefte Fachkenntnisse verfügt.

(a) Soweit sich der Kläger auf die zunächst erstellte Entgeltabrechnung für den Monat September 2006 stützt, in der die Entgeltgruppe „E10“ aufgeführt ist, ergeben sich hieraus keine Beweiserleichterungen. Die Gesamtumstände sprechen dagegen, ein Beweisanzeichen, also Umstände oder Erfahrungen, die auf das Vorliegen einer Voraussetzung hindeuten (BAG 15. März 2006 - 4 AZR 73/05 - Rn. 29, AP ZPO § 551 Nr. 63 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 2), zugunsten des Klägers anzunehmen. Die Beklagte hat dem Kläger bereits mit Schreiben vom 12. September 2006 die ihrer Auffassung nach zutreffende Überleitung in die Entgeltgruppe 9 TVöD, die der Entgeltgruppe 9 BG-AT nF entspricht, mitgeteilt und die fehlerhafte Benennung der Entgeltgruppe in der Entgelt-



abrechnung im darauffolgenden Monat korrigiert. Auch aus der vom Kläger vorgelegten Arbeitsliste, die die Beklagte dem Personalrat zur Verfügung gestellt hat, folgt kein anderes Ergebnis. Bei dieser Liste handelt es sich zudem ersichtlich nicht um eine Beteiligung des Personalrats im Rahmen eines Mitbestimmungsverfahrens nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 LPersVG NRW. Jedenfalls würden die beiden vom Kläger herangezogenen Umstände, sähe man sie als Beweisanzeichen an, durch die Mitteilung der Entgeltgruppe im Schreiben vom 12. September 2006 neutralisiert (s. auch BAG 15. März 2006 - 4 AZR 73/05 - Rn. 32, aaO).

(b) Ein anderes ergibt sich im Übrigen nicht aus der von dem Kläger geltend gemachten Eingruppierung anderer Beschäftigter. Diese Umstände können für die Begründung eines Anspruchs auf der Grundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes herangezogen werden, führen aber nicht zu einer Beweislastumkehr oder zu Beweiserleichterungen bei der durch die Tarifautomatik bestimmten Eingruppierung und einem Rechtsstreit hierüber (BAG 27. August 2008 - 4 AZR 484/07 - Rn. 27, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 210).

(c) Eine Änderung der Beweislast folgt schließlich nicht aus dem vom Kläger angeführten Umstand, die Beklagte verweigere ihm im Gegensatz zu den anderen von ihm angeführten Beschäftigten einen Bewährungsaufstieg und mache damit geltend, der Kläger sei im Falle einer Höhergruppierung nicht richtig eingruppiert, weshalb die Maßstäbe zur Darlegungs- und Beweislast bei einer korrigierenden Rückgruppierung gelten würden. Das ist unzutreffend. Es fehlt bereits an einer mitgeteilten Eingruppierung des Klägers in eine höhere Vergütungsgruppe als diejenige in die VergGr. IVb BG-AT und somit an einer Korrektur einer fehlerhaften, weil zu hohen Eingruppierung. Daher finden die Grundsätze der Rechtsprechung zur korrigierenden Rückgruppierung (vgl. nur BAG 7. Mai 2008 - 4 AZR 206/07 - Rn. 27 mwN, AP BAT-O §§ 22, 23 Nr. 34 = EzTöD 400 Eingruppierung BAT Sozial- und Erziehungsdienst VergGr. IVb Nr. 1) keine Anwendung.

26

27



- (4) Der Kläger hat es vorliegend verabsäumt, darzulegen, dass er „vertiefte Fachkenntnisse“ iSd. Protokollnotiz Nr. 4 Buchst. b erworben und diese bei seiner Tätigkeit anzuwenden hat. 28
- (a) Bei dem Begriff der „vertieften Fachkenntnisse“ in der Protokollnotiz Nr. 4 Buchst. b zur VergGr. IVa BG-AT handelt es sich um ein tarifliches Tatbestandsmerkmal des Tätigkeitsmerkmals der VergGr. IVa (*Fallgr. 2*) BG-AT. Nur unter dieser zusätzlichen Voraussetzung findet ein Bewährungsaufstieg aus der VergGr. IVb (*Fallgr. 1*) BG-AT statt. 29
- (aa) Die Tarifvertragsparteien verweisen im Klammerzusatz zur VergGr. IVa (*Fallgr. 2*) BG-AT auf die Protokollnotiz Nr. 4 Buchst. b. Dieser Protokollnotiz kommt Tarifcharakter zu. Das hat der Senat in seiner Entscheidung vom 15. Mai 1991 zur gleichlautenden Regelung im Bundes-Angestelltentarifvertrag bereits ausführlich begründet (- 4 AZR 551/90 - *EzBAT BAT* §§ 22, 23 *B.8 Datenverarbeitung VergGr. IVa Nr. 1*). Hieran hält der Senat auch für die vorliegende Tarifregelung des BG-AT fest. Mit den vertieften Fachkenntnissen iSd. Protokollnotiz Nr. 4 Buchst. b fordern die Tarifvertragsparteien eine zusätzliche Qualifikation des Angestellten (*Beck/Klang/Thiel/Wenneis Die Eingruppierung der Angestellten in der Datenverarbeitung [BAT] Rn. 210, 527; Leib Eingruppierung der Angestellten in der Datenverarbeitung S. 88*), die mit der Bewährung in der ausgeübten Tätigkeit nicht gleichzusetzen ist und durch diese auch nicht nachgewiesen wird. Es handelt sich insoweit um einen qualifizierten Bewährungsaufstieg (*Leib aaO*). Der Angestellte muss sich den gestellten Aufgaben während der Bewährungszeit gewachsen gezeigt und darüber hinaus die geforderten vertieften Fachkenntnisse erworben und angewendet haben. Entgegen der Auffassung des Klägers folgt dies nicht schon aus einer pflichtgemäßen Erfüllung der übertragenen Arbeitsaufgaben, sondern es bedarf für diese Annahme eines schlüssigen Sachvortrages (*dazu BAG 15. Mai 1991 - 4 AZR 551/90 - aaO*). 30
- (bb) Diesem Verständnis steht nicht entgegen, dass sich die Protokollnotiz Nr. 4 nicht nur auf die VergGr. IVa (*Fallgr. 2 und 3*) BG-AT bezieht, sondern auch auf die VergGr. IVb (*Fallgr. 2*) und VergGr. III BG-AT. Entgegen der 31



Auffassung des Klägers bleibt nicht ungeklärt, welche Abstufungen sich für die „vertieften Fachkenntnisse“ innerhalb der einzelnen Vergütungs- und Fallgruppen ergeben. Deren Bezugspunkt ist die Anzahl der im Rahmen der Anwendungsprogrammierung behandelten Aufgabenbereiche, die Organisation der Verwaltung oder des Betriebes und die angewendeten Arbeitstechniken, die sich nach dem Schwierigkeitsgrad der Programmiervorgabe unterscheiden. Dabei ist davon auszugehen, dass die in der Anwendungsprogrammierung zu bearbeitenden Programmiervorgaben mit dem steigenden Grad ihrer Schwierigkeit auch unterschiedliche vertiefte Fachkenntnisse hinsichtlich der Organisation der Verwaltung oder des Betriebes erfordern. Das folgt aus den Erläuterungen in der Protokollnotiz 2. Danach hängt der Schwierigkeitsgrad der Programmiervorgabe unter anderem von der Zahl der Datenbestände, deren Verflechtung und den Regeln für die Verknüpfung der Eingabedaten ab.

- (b) Dem Vortrag des Klägers kann nicht entnommen werden, dass er vertiefte Fachkenntnisse iSd. Protokollnotiz Nr. 4 Buchst. b zur VergGr. IVa (*Fallgr. 2*) BG-AT erworben und anzuwenden hat. 32
- (aa) Es besteht entgegen der Auffassung der Revision keine unwiderlegliche Vermutung zugunsten des Klägers, er habe aufgrund seiner seit 1991 andauernden Tätigkeit als einziger Anwendungsprogrammierer in seinem Arbeitsbereich vertiefte Fachkenntnisse erworben. Von einer unwiderleglichen Vermutung kann bei einer gesetzlichen Regelung ausgegangen werden, die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung bei Vorliegen einer bestimmten Vermutungsbasis eine konkrete Rechtsfolge - hier den Erwerb und die Anwendung vertiefter Fachkenntnisse - aufstellt (*vgl. etwa MünchKommZPO/Prütting 3. Aufl. Bd. 1 § 292 Rn. 4*). Eine solche besteht vorliegend nicht. 33
- (bb) Nach dem Sachvortrag des darlegungspflichtigen Klägers hat er keine vertieften Fachkenntnisse erworben. Der Kläger hat bereits nicht vorgetragen, dass er über vertiefte Fachkenntnisse hinsichtlich der Organisation der Verwaltung verfügt. Allein aus seinem Vortrag, er habe näher bezeichnete Dialog-, Druck- und Batchprogramme entwickelt, wird auch nicht ersichtlich, weshalb sich hieraus der Schluss rechtfertigt, er habe die erforderlichen vertieften 34



Fachkenntnisse zumindest im Bereich der Anwendungsprogrammierung erworben. Dieser Umstand ergibt sich auch nicht aus der vom Kläger ohne jede Begründung vorgenommenen Zuordnung der Programme zu den Schwierigkeitsstufen mittel und schwer iSd. Protokollnotiz Nr. 2. Für die Erstellung dieser Programme mag ein Fachwissen des Klägers erforderlich sein. Es wird aber nicht deutlich, weshalb sich daraus „vertiefte“ Fachkenntnisse im Tarifsinne ergeben sollen. Gleiches gilt für das vom Kläger nicht näher konkretisierte Selbststudium des Lehrhefts Mitgliedschafts- und Beitragswesen. Der Kläger erkennt, dass allein die beanstandungsfreie Tätigkeit und eine Bewährung nicht ausreichen, um von den erforderlichen Kenntnissen ausgehen zu können.

2. Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Klage für die Zeit ab dem 1. September 2006 nicht deshalb begründet ist, weil der Kläger nach § 4 TVÜ-BG iVm. der Anlage 2 TVÜ-BG, die den Regelungen des TVÜ-Bund entspricht, in die Entgeltgruppe 10 BG-AT hätte übergeleitet werden müssen. Der Kläger befand sich zum Zeitpunkt der Überleitung in die Entgeltordnung des BG-AT nF nicht in der VergGr. IVb BG-AT mit ausstehendem Aufstieg nach der VergGr. IVa BG-AT. Er verfügte zum Überleitungszeitpunkt am 1. September 2006 nicht über die nach der Protokollnotiz Nr. 4 zur VergGr. IVa BG-AT erforderlichen vertieften Fachkenntnisse. Ob er diese später noch hätte erwerben können, ist unerheblich.

a) Die maßgebende Anlage 2 zum TVÜ-BG über die Zuordnung der Vergütungs- und Lohngruppen lautet ua. wie folgt:

„Entgeltgruppe	Vergütungsgruppe
10	IVa ohne Aufstieg nach III IVa nach Aufstieg aus IVb IVb mit ausstehendem Aufstieg nach IVa

9	IVb ohne Aufstieg nach IVa IVb nach Aufstieg aus Va ohne weiteren Aufstieg nach IVa “
---	--

b) Für die Überleitung in die Entgeltgruppe 10 BG-AT ist es nicht nur erforderlich, dass der Kläger in der VergGr. IVb (*Fallgr. 1*) BG-AT eingruppiert ist. Die Tarifvertragsparteien haben mit der in der Anlage 2 getroffenen Regelung „mit ausstehendem Aufstieg“ nur diejenigen Fälle erfasst, bei denen es sich nach der bisherigen Vergütungsordnung um „ausstehende“ Zeit-, Tätigkeits- oder - wie vorliegend - Bewährungsaufstiege handelt. Enthält das Tätigkeitsmerkmal der Aufstiegsfallgruppe als subjektive Anforderung neben der Bewährung in der betreffenden Fallgruppe zusätzlich noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal, handelt es sich um einen qualifizierten Bewährungsaufstieg. Eine Überleitung in die entsprechende Entgeltgruppe ist in einem solchen Fall nur möglich, wenn das betreffende Tatbestandsmerkmal zum Überleitungszeitpunkt erfüllt ist. Denn nur in diesem Fall kann im maßgebenden Zeitpunkt der Überleitung von einem „ausstehenden Aufstieg“ ausgegangen werden. Das ergibt die Auslegung des TVÜ-BG (*zu den Maßstäben der Tarifvertragsauslegung vgl. nur BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 1005/06 - Rn. 40 mwN, BAGE 124, 240*). Es kommt daher entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht darauf an, ob es an einem schlüssigen Vortrag des Klägers fehlt, er hätte solche Fachkenntnisse noch zukünftig erworben.

37

aa) Für eine Überleitung in die Entgeltgruppe des BG-AT nach der Anlage 2 des TVÜ-BG aus einer Vergütungsgruppe „mit ausstehendem Aufstieg“ ist es grundsätzlich ausreichend, dass der Beschäftigte in eine Vergütungsgruppe und die dazugehörige Fallgruppe eingruppiert ist, bei der die auszuübende Tätigkeit einen Tätigkeits-, Fallgruppen- oder Bewährungsaufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe der Vergütungsordnung eröffnet (*Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand März 2009 TVÜ-Bund § 4 Rn. 3; auch Sponer/Steinherr TVöD Stand Februar 2009 TVÜ-Bund § 4 Erl. 2.1.2.2.*).

38



Unberücksichtigt bleibt bei der Anwendung der tariflichen Überleitungsvorschrift, ob geforderte Zeiten der Bewährung oder der Tätigkeit ganz oder teilweise abgeleistet sind (*Dassau/Wiesend-Rothbrust TVöD-Kompaktcommentar 6. Aufl. TVÜ-VKA § 4 Rn. 9*). Es ist grundsätzlich weder eine Prognose erforderlich, der Beschäftigte werde auch in der für den Aufstieg noch ausstehenden Zeit die betreffende Tätigkeit weiterhin ausüben oder sich dabei bewähren. Ein solches tatbestandliches Erfordernis kann weder dem Wortlaut des § 4 TVÜ-BG noch der Überleitungstabelle in der Anlage 2 zum TVÜ-BG entnommen werden. Die Überleitung erfolgt „automatisch“ allein auf Grundlage der bisherigen Eingruppierung.

Diese Auslegung wird durch die Tarifsystematik bestätigt. Anders als bei der Überleitung nach §§ 3, 4 TVÜ-BG haben die Tarifvertragsparteien im Rahmen der Besitzstandsregelungen der §§ 8, 9 TVÜ-BG eine derartige Prüfung vorgesehen. Nach den Bestimmungen des § 8 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 und des § 9 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-BG erfolgt zum individuellen Aufstiegszeitpunkt eine Kontrolle, ob bis dahin weiterhin eine Beschäftigung ausgeübt wurde, die bei Fortgeltung der bisherigen Vergütungsordnungen die Tätigkeitsmerkmale einer Vergütungs- und Fallgruppe erfüllt, die einen Aufstieg ermöglicht hätte und - im Falle eines möglichen Bewährungsaufstieges - ob keine Anhaltspunkte vorliegen, die bei Fortgeltung des bisherigen Rechts einer Höhergruppierung entgegengestanden hätten. Hätten die Tarifvertragsparteien auch im Rahmen der Überleitung nach §§ 3, 4 TVÜ-BG eine solche Prüfung, die zudem in Form einer Prognose stattzufinden hätte, für erforderlich erachtet, hätte dies in Anbetracht der vorgenannten Regelungen im Wortlaut seinen Niederschlag finden müssen. Zudem würde das Erfordernis einer solchen Prognose, die ggf. erst seit Kurzem ausgeführte Tätigkeit werde auch zukünftig weiter ausgeübt oder der Beschäftigte werde sich bei ihrer Ausübung auch zukünftig bewähren, zu einer wenig vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Lösung führen.

39

bb) Anders verhält es sich jedoch, wenn für einen Bewährungsaufstieg noch eine weitere personenbezogene Anforderung Inhalt des Tätigkeits-

40



merkmals der Aufstiegsgruppe ist, deren Erfüllung für die Tätigkeit in der bisherigen Vergütungs- und Fallgruppe nicht erforderlich gewesen ist. Dann kann nicht von einem „ausstehenden Aufstieg“ im Tarifsinn ausgegangen werden, wenn zum Überleitungszeitpunkt - vorliegend der 1. September 2006 - die weitere personenbezogene Anforderung - vertiefte Fachkenntnisse iSd. Protokollnotiz Nr. 4 Buchst. b - nicht bereits erfüllt ist. Die dargestellten Überleitungsgrundsätze gelten nur insoweit, als es sich um reine Zeit-, Tätigkeits- oder - wie vorliegend - Bewährungsaufstiege handelt, bei denen nach dem bisherigen Tarifrecht die weitere Ausübung der bisherigen Tätigkeit und im Falle des Bewährungsaufstieges der Umstand, dass die Leistungen nicht zu beanstanden sind (*vgl. zur Bewährung nur BAG 24. Juni 1960 - 4 AZR 565/58 - zu 2 b der Gründe, AP TOA § 3 Nr. 70*), ausreichend waren. Den Überleitungsregelungen lässt sich aber nicht entnehmen, dass die Erfüllung einer personenbezogenen Anforderung, die lediglich Inhalt des Tätigkeitsmerkmals der Aufstiegsfallgruppe ist und nicht bereits durch die Tätigkeit oder Bewährung in dem bisher ausgeübten Aufgabengebiet als erfüllt gelten kann, im Rahmen der Überleitung in die neue Entgeltgruppe entbehrlich sein soll.

Lediglich eine Prognose, die weitere personenbezogene Anforderung der Aufstiegsgruppe werde zukünftig noch erfüllt werden, reicht nach der Systematik der Überleitungsregelungen nicht aus. Auch die Besitzstandsschutzregelungen in § 8 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 und § 9 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-BG stellen nicht auf eine solche Vorhersage ab, sondern bestimmen eine Betrachtung zum jeweiligen individuellen Aufstiegszeitpunkt. Eine prognostische Betrachtung hierzu ist § 4 TVÜ-BG nicht zu entnehmen. Ein solches im Tarifvertrag nicht ausdrücklich vorgesehene Prognoseerfordernis würde auch nicht zu einer vernünftigen und praktisch brauchbaren Lösung führen, weil die Überleitung in die neue Entgeltordnung mit hypothetischen Erwägungen belastet würde.

41

cc) Da der Kläger nicht dargetan hat, dass er zum Überleitungszeitpunkt über vertiefte Fachkenntnisse verfügte (*unter II 1 d cc*), scheidet eine Überleitung in die Entgeltgruppe 10 BG-AT nF in Anwendung von § 4 iVm. der

42



Anlage 2 TVÜ-BG aus. Die Voraussetzungen eines „ausstehenden Aufstiegs“ zum maßgebenden Zeitpunkt, am 1. September 2006, sind nicht dargelegt.

3. Der Kläger kann die begehrte Eingruppierung und die Entgeltdifferenz nicht nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz beanspruchen. 43

a) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet sowohl die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage als auch die sachfremde Differenzierung zwischen Arbeitnehmern einer bestimmten Ordnung. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz greift jedoch nur ein bei einem gestaltenden Verhalten des Arbeitgebers, hingegen nicht beim bloßen - auch vermeintlichen - Normenvollzug (*BAG 6. Juni 2007 - 4 AZR 382/06 - Rn. 32, EzA TVG § 4 Luftfahrt Nr. 15; 6. Juli 2005 - 4 AZR 27/04 - Rn. 16 mwN, BAGE 115, 185*). 44

b) Danach ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger sich nicht auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen kann. Der Kläger hat bereits nicht vorgetragen, dass die drei anderen Beschäftigten die gleiche Tätigkeit ausüben. Das folgt auch nicht aus der vom Kläger dargelegten Entwicklung der Eingruppierung in die Vergütungsgruppen des BG-AT. Es bleibt schon offen, ob die anderen Beschäftigten stets - wie der Kläger - Fachaufgaben mittleren Schwierigkeitsgrades iSd. VergGr. IVb (*Fallgr. 1*) BG-AT ausgeübt haben oder solche mit hohem Schwierigkeitsgrad iSd. VergGr. IVa (*Fallgr. 1*) BG-AT, aus der allein ein Bewährungsaufstieg in die VergGr. III BG-AT möglich ist. Die Voraussetzungen einer vergleichbaren Lage der anderen Beschäftigten sind damit schon nicht ersichtlich. 45

Weiterhin behauptet der Kläger auch nicht, die Beklagte habe die drei Beschäftigten bewusst übertariflich vergütet. Dies kann auch nicht aus seinem Vortrag entnommen werden, die Beklagte habe die Höhergruppierungen in die VergGr. IVa BG-AT offensichtlich in einer kürzeren als vierjährigen Bewährungszeit vorgenommen. Hieraus ergeben sich noch nicht einmal Anzeichen, dass überhaupt eine übertarifliche Vergütung vorgelegen hat. Der vom 46



Kläger angeführte „Aufstieg“ der Beschäftigten zunächst in die VergGr. IVa BG-AT und jeweils nach sechs Jahren in die VergGr. III BG-AT entspricht dann den Vorgaben der tariflichen Tätigkeitsmerkmale, wenn die Beschäftigten nach einem Jahr ihrer Tätigkeit selbstständig Programme oder Programmbausteine für Programmervorgaben mit hohem Schwierigkeitsgrad anfertigen und deshalb jeweils das Tätigkeitsmerkmal der VergGr. IVa Fallgr. 1 BG-AT erfüllen. Nach sechsjähriger Bewährung in dieser Fallgruppe ist dann ein Aufstieg in die VergGr. III BG-AT möglich. Nach diesem Sechs-Jahres-Zeitraum erfolgten auch die Höhergruppierungen der drei Beschäftigten.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

47

Bepler

Winter

Treber

Schmalz

Rupprecht

