

Bundesarbeitsgericht  
Sechster Senat

Urteil vom 28. Oktober 2021  
- 6 AZR 9/21 -  
ECLI:DE:BAG:2021:281021.U.6AZR9.21.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Urteil vom 12. November 2019  
- 58 Ca 6277/19 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 28. Oktober 2020  
- 24 Sa 158/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Führungsposition auf Zeit - Befristung - Ermessen

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 9/21  
24 Sa 158/20  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
28. Oktober 2021

## URTEIL

Schneider, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 28. Oktober 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Wemheuer, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Heinkel sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Hermann und die ehrenamtliche Richterin Jerchel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 28. Oktober 2020 - 24 Sa 158/20 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 12. November 2019 - 58 Ca 6277/19 - abgeändert.
3. Die Klage wird abgewiesen.
4. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Klägerin die Tätigkeit einer Sachgebietsleiterin dauerhaft übertragen und sie nach der dieser Tätigkeit entsprechenden Entgeltgruppe zu vergüten ist. 1

Die seit 1992 bei der Beklagten beschäftigte Klägerin ist in der Zentralstelle in Berlin der Behörde des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, deren Aufgaben mit Wirkung vom 17. Juni 2021 auf das Bundesarchiv übergegangen sind (*Gesetz zur Änderung des Bundesarchivgesetzes, des Stasi-Unterlagen-Gesetzes und zur Einrichtung einer oder eines SED-Opferbeauftragten vom 9. April 2021, BGBl. I S. 750*), tätig. Kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme ist auf das Arbeitsverhältnis der Parteien der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) - Allgemeiner Teil - (TVöD-AT) anzuwenden. 2

Der Klägerin waren bis 31. Dezember 2012 die Aufgaben einer Sachbearbeiterin übertragen. Diese Stelle war nach der Entgeltgruppe 9b, seit dem 1. März 2018 der Entgeltgruppe 9c TVöD (Bund) bewertet. Nach einer Bewerbung der Klägerin auf eine von der Beklagten gemäß § 32 TVöD-AT als Führung auf Zeit für vier Jahre ausgeschriebene Stelle als Sachgebietsleiterin Akteneinsicht im Referat A wurde der Klägerin diese Stelle bis 31. Dezember 2016 als 3

Führung auf Zeit nach § 32 TVöD-AT übertragen. Diese Stelle war nach der Entgeltgruppe 11 TVöD (Bund) bewertet. Im Dezember 2016 verlängerte die Beklagte die Übertragung im Rahmen der Führung auf Zeit für weitere vier Jahre bis zum 31. Dezember 2020.

§ 32 TVöD-AT lautet in der hier maßgebenden Fassung auszugsweise:

4

„§ 32 Führung auf Zeit

(1) <sup>1</sup>Führungspositionen können als befristetes Arbeitsverhältnis bis zur Dauer von vier Jahren vereinbart werden. <sup>2</sup>Folgende Verlängerungen des Arbeitsvertrages sind zulässig:

- a) in den Entgeltgruppen 10 bis 12 eine höchstens zweimalige Verlängerung bis zu einer Gesamtdauer von acht Jahren,
- b) ab Entgeltgruppe 13 eine höchstens dreimalige Verlängerung bis zu einer Gesamtdauer von zwölf Jahren.

...

(2) Führungspositionen sind die ab Entgeltgruppe 10 zugewiesenen Tätigkeiten mit Weisungsbefugnis, die vor Übertragung vom Arbeitgeber ausdrücklich als Führungspositionen auf Zeit bezeichnet worden sind.

(3) <sup>1</sup>Besteht bereits ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber, kann der/dem Beschäftigten vorübergehend eine Führungsposition bis zu den in Absatz 1 genannten Fristen übertragen werden. <sup>2</sup>Der/Dem Beschäftigten wird für die Dauer der Übertragung eine Zulage gewährt in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen den Tabellenentgelten nach der bisherigen Entgeltgruppe und dem sich bei Höhergruppierung nach § 17 Abs. 4 Satz 1 bis 3 [ab 1. März 2014: im Bereich der VKA und nach § 17 Abs. 5 Satz 1 im Bereich des Bundes] ergebenden Tabellenentgelt, zuzüglich eines Zuschlags von 75 v.H. des Unterschiedsbetrags zwischen den Entgelten der Entgeltgruppe, die der übertragenen Funktion entspricht, zur nächsthöheren Entgeltgruppe nach § 17 Abs. 4 Satz 1 bis 3 [ab 1. März 2014: im Bereich der VKA und nach § 17 Abs. 5 Satz 1 im Bereich des Bundes]. <sup>3</sup>Nach Fristablauf erhält die/der Beschäftigte eine der bisherigen Eingruppierung entsprechende Tätigkeit; der Zuschlag entfällt.“

Vor dem Hintergrund einer Organisationsuntersuchung entschied die Behördenleitung der Beklagten, zum einen Führungspositionen nach § 32 TVöD-AT nur noch begrenzt bis zum 30. Juni 2019 zu übertragen. Zum anderen löste sie ein Referat auf und reduzierte die Anzahl der Sachgebiete in den beiden verbleibenden Referaten auf jeweils drei, wodurch ua. das von der Klägerin zum damaligen Zeitpunkt geleitete Sachgebiet zum 30. Juni 2019 entfiel. 5

Mit Schreiben vom 13. Mai 2019 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ihre Führung auf Zeit aus sachlichem Grund mit Ablauf des 30. Juni 2019 vorzeitig beendet werde. Ihr würden mit Wirkung zum 1. Juli 2019 ihrer originären Eingruppierung entsprechende Tätigkeiten einer Sachbearbeiterin Akteneinsicht übertragen. Der Anspruch auf die Zulage und den Zuschlag nach § 32 Abs. 3 TVöD-AT, die die Beklagte während der Übertragung der Führungsposition auf Zeit gezahlt hatte, entfalle somit. 6

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Übertragung einer Führungsposition auf Zeit an einen internen Beschäftigten nach § 32 Abs. 3 TVöD-AT unterliege in Anlehnung an die zu § 14 TVöD-AT ergangene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einer sog. doppelten Billigkeitskontrolle. Danach müsse nicht nur die Übertragung der Tätigkeit an sich, sondern auch deren zeitliche Beschränkung billigem Ermessen entsprechen. Dem stehe die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Juli 2020 (- 6 AZR 287/19 - BAGE 171, 297) nicht entgegen. Jedenfalls für die Befristung der Aufgabenübertragung verbleibe es bei dem Erfordernis billigen Ermessens. Spätestens im Zeitpunkt der Verlängerung der befristeten Aufgabenübertragung mit Wirkung ab 1. Januar 2017 habe die zeitliche Begrenzung der Aufgabenübertragung aber nicht mehr billigem Ermessen entsprochen und sei daher unwirksam. 7

Die Klägerin hat beantragt 8

1. festzustellen, dass ihr die Tätigkeit als Sachgebietsleiterin Akteneinsicht im Referat A spätestens seit dem 1. Januar 2017 auf Dauer übertragen ist;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr ab dem 1. Juli 2019 eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 11 Stufe 5 TVöD (Bund) zu zahlen und die jeweiligen Bruttonachzahlungsbeträge beginnend mit

dem 1. August 2019 ab dem 1. eines jeden Folgemo-  
nats mit einem Zinssatz von fünf Prozentpunkten über  
dem Basiszinssatz zu verzinsen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Hierzu hat sie die Auf- 9  
fassung vertreten, die zu § 14 TVöD-AT ergangene Rechtsprechung des Bun-  
desarbeitsgerichts lasse sich nicht uneingeschränkt auf § 32 Abs. 3 TVöD-AT  
übertragen. Schließlich hätten die Tarifvertragsparteien bei der Übertragung ei-  
ner Führungsposition auf Zeit - anders als in den Fällen des § 14 TVöD-AT - be-  
reits selbst einen umfassenden Ausgleich zwischen den Arbeitgeber- und Arbeit-  
nehmerinteressen vorgenommen und für die vorübergehend wahrgenommene  
Führungsposition eine gegenüber dem Regelfall deutlich erhöhte Vergütung vor-  
gesehen. Das habe nunmehr auch das Bundesarbeitsgericht in einer Entschei-  
dung vom 16. Juli 2020 (- 6 AZR 287/19 - BAGE 171, 297) so gesehen. Dieser  
sei zu entnehmen, dass die Tarifvertragsparteien durch § 32 Abs. 3 TVöD-AT  
dem Arbeitgeber grds. ein freies, nicht an billiges Ermessen gebundenes Gestal-  
tungsrecht eingeräumt hätten. Billiges Ermessen habe der Arbeitgeber, der sich  
für die Übertragung einer Führungsposition auf Zeit an einen bereits bei ihm be-  
schäftigten Mitarbeiter nach § 32 Abs. 3 TVöD-AT entscheide, nur hinsichtlich  
der Auswahl des Arbeitnehmers zu wahren.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe zudem rechtlich billigenwerte 10  
Gründe für die nur vorübergehende Übertragung gehabt. Eine dauerhafte Über-  
tragung sei aus haushaltsrechtlichen Gründen nicht möglich gewesen. Freie und  
besetzbare Stellen in der für die Tätigkeit als Sachgebietsleiterin maßgeblichen  
Entgeltgruppe 11 TVöD (Bund) hätten nach dem Haushaltsplan gefehlt. Bei den  
Stellen der Entgeltgruppe 11 TVöD (Bund) seien kw-Vermerke angebracht ge-  
wesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht 11  
hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der  
vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin  
die Abweisung der Klage.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), das Urteil des Arbeitsgerichts ist auf die Berufung der Beklagten abzuändern und die Klage ist abzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Tätigkeit als Sachgebietsleiterin Akteneinsicht im Referat A war der Klägerin nicht dauerhaft übertragen. Daher kann sie auch die von ihr begehrte Vergütung nicht beanspruchen. 12

I. Die Klageanträge sind zulässig. Das für die Klageanträge gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor. Durch eine rechtskräftige Sachentscheidung über den Antrag zu 1. wird der zwischen den Parteien bestehende Streit, ob der Klägerin die Stelle als Sachgebietsleiterin jedenfalls seit 1. Januar 2017 auf Dauer übertragen ist, beseitigt. Gleiches gilt für den Antrag zu 2., mit dem eine allgemein übliche Eingruppierungsfeststellungsklage erhoben sowie die Feststellung der akzessorischen Verzinsungspflicht für Differenzvergütungsansprüche verlangt wird (vgl. zur *Eingruppierungsfeststellungsklage zuletzt etwa BAG 9. September 2020 - 4 AZR 161/20 - Rn. 13; zum Zinsantrag BAG 29. April 2021 - 6 AZR 232/17 - Rn. 9*). 13

II. Die Klage ist unbegründet. Mit der von ihm gegebenen Begründung hätte das Landesarbeitsgericht ihr nicht stattgeben dürfen. 14

1. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Übertragung einer Führungsposition auf Zeit nach § 32 Abs. 3 TVöD-AT unterliege einer sog. doppelten Billigkeitsprüfung, ist nicht frei von Rechtsfehlern. 15

a) Der Senat hat in dem Urteil vom 16. Juli 2020 (- 6 AZR 287/19 - BAGE 171, 297), dessen Begründung erst nach dem Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht veröffentlicht worden ist, erkannt, dass der Arbeitgeber bei der Entscheidung nach dem zu § 32 Abs. 3 Satz 1 TVöD-AT wortlautgleichen § 32 Abs. 3 Satz 1 TVöD-V, ob er eine den tariflichen Maßgaben entsprechende Stelle als „Führungsposition auf Zeit“ ausweisen und als solche 16

übertragen will, freies Ermessen hat (*das übersehen Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrick TVöD Teil B 1 § 32 Stand Juli 2021 Rn. 16*). Das hat der Senat aus dem tariflichen Gesamtzusammenhang sowie aus Sinn und Zweck der Tarifnorm geschlussfolgert (*BAG 16. Juli 2020 - 6 AZR 287/19 - Rn. 26 ff., aaO*). Gleiches gilt hinsichtlich der Entscheidung, ob er einen Arbeitnehmer befristet einstellen oder die Position einem schon bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer übertragen will, dh., ob der Arbeitgeber nach § 32 Abs. 1 oder Abs. 3 TVöD-V vorgehen will (*BAG 16. Juli 2020 - 6 AZR 287/19 - Rn. 28, aaO*). Entscheidet sich der Arbeitgeber, die Führungsposition auf Zeit intern zu besetzen, hat er aber bei der (Auswahl-)Entscheidung, welchem konkreten (internen) Arbeitnehmer er die Position überträgt, - wie bei § 14 Abs. 1 TVöD-AT - billiges Ermessen zu wahren. Insofern übt der Arbeitgeber sein Direktionsrecht aus (*BAG 16. Juli 2020 - 6 AZR 287/19 - Rn. 28, aaO*).

b) Eine Stelle entspricht dann den tariflichen Maßgaben an eine Führungsposition auf Zeit, wenn sie den Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 TVöD-AT genügt. Dieser definiert Führungspositionen als die ab Entgeltgruppe 10 zugewiesenen Tätigkeiten mit Weisungsbefugnis, die vor Übertragung vom Arbeitgeber ausdrücklich als Führungspositionen auf Zeit bezeichnet worden sind. Weitere (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmale sind der Norm nicht zu entnehmen und in ihrem Wortlaut auch nicht angelegt. Die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Norm hängt nach dem Willen der Tarifvertragsparteien allein von der Entscheidung und einem daraus resultierenden Verhalten des Arbeitgebers ab (*vgl. BAG 16. Juli 2020 - 6 AZR 287/19 - Rn. 27, BAGE 171, 297*). Daher erfüllt das personalwirtschaftliche Instrument des § 32 TVöD-AT für einen effektiven Personaleinsatz im Führungskräftebereich, das etwaige Schwierigkeiten hinsichtlich der Anschlussverwendung ausschließen soll, auch bei Stellen mit kw-Vermerken seinen Zweck.

17

c) Die Frage der Anwendung der zu § 14 TVöD-AT ergangenen Rechtsprechung der sog. doppelten Billigkeitsprüfung und damit der Einhaltung billigen Ermessens bei der Frage, ob die Führungsposition auf Zeit zu Recht befristet übertragen werden konnte, stellt sich entgegen der Annahme der Klägerin im Rahmen

18



des § 32 Abs. 3 TVöD-AT nicht. Zwar erfolgt die Aufgabenübertragung nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm im Wege des Direktionsrechts (§ 106 GewO). Die Führungsposition muss dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber übertragen werden (vgl. BAG 16. Juli 2020 - 6 AZR 287/19 - Rn. 28, BAGE 171, 297). Die Frage einer befristeten oder dauerhaften Übertragung im Rahmen des § 32 Abs. 3 TVöD-AT liegt aber nicht in der Entscheidungshoheit des Arbeitgebers, sondern ist von den Tarifvertragsparteien bereits selbst durch eine entsprechende Ausgestaltung dieser Tarifnorm festgelegt worden (§ 106 Satz 1 Halbs. 2 GewO). Für eine Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber nach billigem Ermessen (§ 106 GewO iVm. § 315 BGB) ist insoweit kein Raum. § 32 Abs. 3 TVöD-AT bildet damit - anders als § 14 TVöD-AT (vgl. BAG 16. Juli 2020 - 6 AZR 287/19 - Rn. 23 mwN, aaO) - nicht nur die „institutionelle Grundlage“ für die Möglichkeit, im Rahmen des Direktionsrechts eine bestimmte Tätigkeit zu übertragen, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat, und regelt damit nicht nur deren Vergütung. Das ergibt die Auslegung des Tarifvertrags.

aa) Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 TVöD-AT können Führungspositionen iSd. § 32 Abs. 2 TVöD-AT als befristetes Arbeitsverhältnis bis zur Dauer von vier Jahren vereinbart und bis zu einer Gesamtdauer von acht (Entgeltgruppen 10 bis 12) bzw. zwölf Jahren (Entgeltgruppe 13) höchstens zwei- bzw. dreimalig verlängert werden. Die vorübergehende Übertragung einer Führungsposition an einen bereits vorhandenen Beschäftigten nach § 32 Abs. 3 Satz 1 TVöD-AT kann „bis zu den in Absatz 1 genannten Fristen“ erfolgen. Der Tarifvertrag sieht daher selbst, sowohl in § 32 Abs. 1 als auch in Abs. 3 TVöD-AT, ausschließlich eine befristete Übertragung der Führungsposition vor. Dies entspricht auch der Bezeichnung des personalwirtschaftlichen Instruments des § 32 TVöD-AT als Führung „auf Zeit“ sowie dessen Sinn und Zweck als personalwirtschaftlichem Instrument für einen effektiven Personaleinsatz im Führungskräftebereich (vgl. BAG 16. Juli 2020 - 6 AZR 287/19 - Rn. 23, BAGE 171, 297).

19

bb) Aufgrund dieser tariflichen Ausgestaltung entscheidet sich mit der im freien Ermessen des Arbeitgebers liegenden Ausweisung einer Stelle als Führungsposition auf Zeit iSd. § 32 TVöD-AT zugleich, dass dies nur im Rahmen der

20

tarifvertraglich vorgesehenen Fristen, in keinem Fall aber dauerhaft geschieht. § 32 TVöD-AT eröffnet dem Arbeitgeber keine Wahlmöglichkeit, ob er die Führungsposition befristet oder dauerhaft übertragen will, sondern gibt die befristete Übertragung ebenso wie die höchstzulässige Dauer der Übertragung vor. Eine Kontrolle dieser Entscheidung am Maßstab billigen Ermessens unter Heranziehung der von der Rechtsprechung zu § 14 Abs. 1 TVöD-AT entwickelten Grundsätze der sog. doppelten Billigkeitsprüfung hinsichtlich ihrer zweiten Stufe, dh. darauf, ob die nur vorübergehende Übertragung als Ausnahme zu der im Zusammenspiel mit der Tarifautomatik als Regelfall anzusehenden dauerhaften Übertragung billigem Ermessen entspricht, findet bei § 32 Abs. 3 TVöD-AT nicht statt. Die Interessenabwägung haben die Tarifvertragsparteien mit der Bestimmung selbst vorgenommen und dem Interesse des Arbeitgebers für die in dieser Norm festgeschriebenen Zeiträume den Vorrang eingeräumt.

2. Nach diesen Maßstäben ist die lediglich befristete Aufgabenübertragung an die Klägerin nicht zu beanstanden, sondern Konsequenz der Anwendung des § 32 Abs. 3 Satz 1 TVöD-AT. Ob der Arbeitgeber die Entscheidung, die tarifvertraglich vorgegebenen Fristen auszuschöpfen oder hinter diesen zurückzubleiben („bis zur Dauer von vier Jahren“, „bis zu einer Gesamtdauer von acht/zwölf Jahren“), nach freiem Ermessen treffen darf oder insoweit an billiges Ermessen gebunden ist, braucht der Senat vorliegend nicht zu entscheiden. Die Beklagte hat sich sowohl bei der erstmaligen Übertragung der Aufgaben der Sachgebietsleitung, als auch bei deren Verlängerung im Rahmen der tarifvertraglichen Vorgaben gehalten und dabei den vom Tarifvertrag vorgesehenen zeitlichen Rahmen vollständig ausgeschöpft. Der Klägerin sind diese Aufgaben daher nicht dauerhaft übertragen. 21

3. Mangels dauerhafter Übertragung der Aufgaben der Sachgebietsleitung hat die Klägerin zudem weder einen Anspruch auf eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 11 Stufe 5 TVöD (Bund) noch auf eine Verzinsung der Bruttonachzahlungsbeträge. 22

III. Der Senat braucht nicht entscheiden, ob der vorzeitige Entzug der Aufgaben der Sachgebietsleitung rechtswirksam erfolgte und ob die Maßnahme der 23

Beklagten in Ausübung ihres Direktionsrechts am Maßstab des § 315 BGB zu messen ist oder als „actus contrarius“ zur Ausweisung einer Stelle als Führungsposition auf Zeit im freien, nur auf Willkür zu überprüfenden Ermessen des Arbeitgebers liegt. Weder der vorzeitige Aufgabenentzug als solcher noch die Weiterzahlung der Zulage sowie des Zuschlags nach § 32 Abs. 3 Satz 2 TVöD-AT über den 30. Juni 2019 hinaus sind Gegenstand der klägerischen Anträge oder in diesen als Minus enthalten.

IV. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 91 Abs. 1 ZPO). 24

Spelge

Wemheuer

Heinkel

A. Hermann

K. Jerchel