

**11 Sa 167/13**  
3 Ca 504/12  
(ArbG Passau)

Verkündet am: 12.06.2013

Öschay  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

A-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.

C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

D.  
D-Straße, D-Stadt

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Neumeier und die ehrenamtlichen Richter Aumiller und Bianco

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Passau (Az.: 3 Ca 504/12) vom 23.11.2012 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird zugelassen**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die zutreffende Eingruppierung der Klägerin sowie damit zusammenhängende Vergütungsdifferenzen.

Die Klägerin ist seit 01.10.2001 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängern als examinierte Altenpflegerin im KWA Stift E. auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 28.09./15.10.2001 beschäftigt.

Im Arbeitsvertrag ist unter § 5 die Vergütung wie folgt geregelt:

#### *„§ 5 Vergütung*

- I. Die Vergütung richtet sich nach den Arbeitsvertragsrichtlinien des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes (AVR), die im Haus einsehbar sind.*
- II. Die Mitarbeiterin wird mit Wirkung vom 01.07.1994 in die Vergütungsgruppe 6 eingestuft.*
- III. Mit dem 01.10.2001 beginnt das 3. Berufsjahr.“*

Die Klägerin wurde im Zeitraum August und September 2011 nach Vergütungsgruppe VI Stufe 12 vergütet und erhielt unter anderem eine Grundvergütung i.H.v. € 1.318,46, eine allgemeine Zulage i.H.v. € 96,52 sowie einen Ortszuschlag i.H.v. € 472,29. Für die Monate Oktober bis Dezember 2011 wurde die Klägerin nach Vergütungsgruppe VI Stufe 13 vergütet und bezog unter anderem eine Grundvergütung in Höhe von 1.354,55 brutto, eine allgemeine Zulage i.H.v. € 96,52 sowie einen Ortszuschlag i.H.v. € 472,29. In der Zeit von Januar bis Juli 2012 erhielt die Klägerin bei gleicher Eingruppierung pro Monat eine Grundvergütung i.H.v. € 1.505,06, eine allgemeine Zulage i.H.v. € 107,24 sowie einen Ortszuschlag i.H.v. € 472,29.

In den Richtlinien der Mitgliedsorganisationen des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes (AVR) sind u.a. folgende Regelungen enthalten:

§ 4  
Vergütung

(1) *Die Vergütung des/der Mitarbeiter/in besteht aus:*

- a) der Grundvergütung (siehe § 5 und Anlage 2, bzw. Ablage 2-O),*
  - b dem Ortszuschlag (siehe § 6 und Anlage 3, bzw. Anlage 3-O),*
  - c) den etwaigen Zulagen*
- allgemeine Zulage .... -*

...

§ 5  
Grundvergütung

(1) *Maßgebend für die Höhe der Grundvergütung sind die Vergütungsgruppe und die Anzahl der Berufsjahre. Nach Vollendung von je zwei Berufsjahren steigert sich die Grundvergütung.*

*Im Arbeitsvertrag ist die Einstufung nach den in der Anlage 1 genannten Tätigkeitsmerkmalen und der Anzahl der Berufsjahre vorzunehmen.*

*In Zweifelsfällen sind die Tätigkeitsmerkmale maßgebend, die denen der geforderten Tätigkeit nach Ausbildung, Umfang und Verantwortungsbereich am besten vergleichbar sind oder die in der geforderten Tätigkeit zu mindestens der Hälfte anfallen. ...*

...

- (5) *Rückt ein/eine Mitarbeiter/in in eine höhere Vergütungsgruppe auf, bleibt die Anzahl der erreichten Berufsjahre erhalten. Die Grundvergütung ist aus der darüberliegenden Spalte zu entnehmen. ...*
- (6) *Der Bewährungsaufstieg des/der Mitarbeiter/in nach Anlage 1 (über die Tätigkeitsmerkmale der einzelnen Vergütungsgruppen) ist in das pflichtgemäße Ermessen des Arbeitgebers gestellt. Bei den dort genannten Zeiträumen handelt es sich um Mindestfristen.*
- (7) *Ein Bewährungsaufstieg kommt nur dann in Betracht, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:*
1. *Der/die Mitarbeiter/in muss während der Bewährungszeit die ihm/ihr übertragenen Aufgaben zufriedenstellend erfüllt haben. Maßgebend sind hierbei die Tätigkeitsmerkmale der Vergütungsgruppe, in die der/die Mitarbeiter/in eingestuft ist. Bei zu hoher Einstufung ist kein Bewährungsaufstieg möglich.*
  2. *Bewährungszeiten, in denen der/die Mitarbeiter/in mit einer kürzeren als der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines/einer entsprechenden vollbeschäftigten Mitarbeiters/in beschäftigt war, werden grundsätzlich im vollen Umfang angerechnet.*
  3. *Die Bewährungszeit muss grundsätzlich ununterbrochen zurückgelegt sein; vor einer Unterbrechung zurückgelegte Zeiten zählen nicht. Unterbrechungen bis zu sechs Monaten gelten nicht als Unterbrechung...*
  4. *Soweit in der Anlage 1 keine spezielle Regelung getroffen ist, steht es im Ermessen des Arbeitgebers, ganz oder teilweise bei einem anderen Arbeitgeber zurückgelegte Bewährungszeiten anzurechnen, wenn der/die Mitarbeiter/in dort unter vergleichbaren Arbeitsbedingungen tätig war.*

...

In Anlage 1 der AVR ist das Berufsgruppenverzeichnis enthalten. Im Eingangssatz heißt es:

*„Die gesamte auszuübende Tätigkeit entspricht den Tätigkeitsmerkmalen einer Vergütungsgruppe, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Vergütungsgruppe erfüllen.“*

Weiter heißt es in Anlage 1 auszugsweise:

*Vergütungsgruppe V b*

...

*1. AltenpflegerInnen mit staatlicher Anerkennung,*

- 1.1 die durch ausdrückliche Anordnung als StationspflegerInnen bestellt sind,,*
- 1.2 nach fünfjähriger Bewährung in Vergütungsgruppe V c Nr.1, frühestens nach achtjähriger Berufstätigkeit nach Erlangung der staatlichen Anerkennung*

...

*Vergütungsgruppe V c*

- 1. AltenpflegerInnen mit staatlicher Anerkennung nach dreijähriger Tätigkeit in Vergütungsgruppe VI Nr.1;*

...

*Vergütungsgruppe VI*

- 1. AltenpflegerInnen mit staatlicher Anerkennung und entsprechender Tätigkeit;;*

...

Mit Schreiben vom 09.02.2012 machte die Klägerin die Eingruppierung in Lohngruppe V b geltend und verlangte die Umgruppierung rückwirkend für ein halbes Jahr.

Die Klägerin war erstinstanzlich, soweit für die Berufung von Bedeutung, der Auffassung, sie sei in Vergütungsgruppe V b Nr.1 einzugruppieren, wobei sie sich hierfür auf einen Bewährungsaufstieg aus Vergütungsgruppe V c Nr.1 und einen Zeitaufstieg aus Vergütungsgruppe VI Nr.1 berufen hat.

Den Bewährungsaufstieg in die Vergütungsgruppe V b Nr.1.2 habe die Beklagte zu Unrecht verweigert. Es bedürfe dafür zunächst keiner Entlohnung nach Vergütungsgruppe V c. Die Klägerin war insbesondere der Auffassung, dass der Bewährungsaufstieg in Vergütungsgruppe V b Nr. 1.2 von der Beklagten nicht unter Berufung auf wirtschaftliche Erwägungen verweigert werden könne. Insoweit könne das Ermessen nach § 5 Abs. 6 AVR lediglich auf solche Gesichtspunkte gestützt werden, die sich auf die Leistung des Arbeitnehmers bezögen. Bereits aus dem Wortlaut ergebe sich, dass allein leistungsbezogene Gesichtspunkte eine Rolle spielen dürften. Insofern bedeute das Verb „bewähren“, „sich als geeignet, zuverlässig erweisen“ sowie „beweisen, zeigen“. Der Arbeitgeber entscheide, ob er dem Arbeitnehmer einen Aufstieg gewähre, der voraussetze, dass sich dieser in

seiner bisherigen Tätigkeit als geeignet und zuverlässig erwiesen habe. Darüber hinausgehende Kriterien könnten weder § 5 Abs. 6 AVR noch den jeweiligen Tätigkeitsbeschreibungen des Berufsgruppenverzeichnisses entnommen werden. Die alleinige Funktion des § 5 Abs. 6 AVR sei die Klarstellung, dass der Arbeitgeber im Rahmen seines Ermessens die Anforderungen an die Bewährung aufstelle. Dies entspreche auch der Systematik des § 5 Abs. 6 und Abs. 7 AVR. § 5 Abs. 6 eröffne den Ermessenspielraum, § 5 Abs. 7 lege die Grenzen fest, indem er bestimme, dass ein Bewährungsaufstieg nur in Betracht komme, wenn der Arbeitnehmer seine Aufgaben zufriedenstellend erfüllt habe. Bei gesamter Betrachtung der AVR werde deutlich, dass eine Einbeziehung wirtschaftlicher Erwägungen systemwidrig sei. Dies sei an keiner Stelle vorgesehen. Es könne nicht nachvollziehbar begründet werden, dass der Bewährungsaufstieg aus wirtschaftlichen Gründen verweigert werden könnte, während beispielsweise Zeitaufstiege weiterhin gewährt würden. Die Einbeziehung wirtschaftlicher Erwägungen in die Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 6 widerspreche auch dem Zweck von Bewährungsaufstiegen, nämlich dem Arbeitnehmer einen Anreiz zur zuverlässiger Aufgabenerfüllung zu geben und den höheren Wert der Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers, der über gesteigerte Erfahrungen verfüge und sich über einen längeren Zeitraum als zuverlässig erwiesen habe, widerzuspiegeln. Selbst wenn wirtschaftliche Erwägungen einzubeziehen seien, sei auf die wirtschaftliche Situation der Beklagten insgesamt und nicht auf die wirtschaftliche Situation eines Hauses abzustellen.

Die Klägerin habe daher Anspruch auf die jeweiligen Vergütungsdifferenzen.

Die Klägerin beantragte erstinstanzlich (unter Einbeziehung einer Wechselschichtzulage):

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Vergütung nach Vergütungsgruppe V b der vom Gesamtverband des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes herausgegebenen Arbeitsvertragsrichtlinien zu zahlen.
2. Hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag unter 1):

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Vergütung nach Vergütungsgruppe V c der vom Gesamtverband des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes herausgegebenen Arbeitsvertragsrichtlinien zu zahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, € 3.515,76 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

aus € 258,39 brutto seit dem 02.09.2011

aus € 258,39 brutto seit dem 02.10.2011

aus € 277,05 brutto seit dem 02.11.2012

aus € 277,05 brutto seit dem 02.12.2012

aus € 277,05 brutto seit dem 02.01.2012

aus € 309,69 brutto seit dem 02.02.2012

aus € 309,69 brutto seit dem 02.03.2012

aus € 309,69 brutto seit dem 02.04.2012

aus € 309,69 brutto seit dem 02.05.2012

aus € 309,69 brutto seit dem 02.06.2012

aus € 309,69 brutto seit dem 02.07.2012

aus € 309,69 brutto seit dem 02.08.2012

an die Klägerin zu bezahlen.

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich:

Klageabweisung.

Die Beklagte behauptete erstinstanzlich, dass sich das KWA Stift E. in einer schweren wirtschaftlichen Situation befinde. Trotz mehrfacher Existenz sichernder Maßnahmen habe das KWA Stift E. beispielsweise im Jahr 2008 einen Verlust i.H.v. € 296.874,00, im

Jahr 2009 einen Verlust i.H.v. € 260.593,00, im Jahr 2010 einen Verlust i.H.v. € 474.429,00 und im Jahr 2011 einen Verlust i.H.v. € 551.104,89 erwirtschaftet.

Die Beklagte war des Weiteren der Auffassung, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Höhergruppierung habe. Die Klägerin sei zunächst nicht in Vergütungsgruppe V b Nr. 1.2 einzureihen. Insoweit lägen die Voraussetzungen nicht vor, da der Bewährungsaufstieg im Ermessen des Arbeitgebers stehe. § 5 Abs. 7 AVR stelle weitere Voraussetzungen auf, die vorliegen müssten, damit ein Bewährungsaufstieg überhaupt in Betracht komme. Konkret regle § 5 Abs. 7 damit, wann ein Bewährungsaufstieg in Betracht komme, mehr aber auch nicht. Würde daraus ein Anspruch hergeleitet, bestünde kein Ermessensspielraum mehr. Demnach sei darin keine Beschränkung des Ermessens zu sehen. Anderenfalls hätte § 5 Abs. 6 AVR keinen eigenen Anwendungsbereich mehr. In das pflichtgemäße Ermessen des Arbeitgebers seien sämtliche für die Entscheidung relevanten Informationen einzubeziehen. Auch wirtschaftliche Gründe müssten berücksichtigt werden. Entsprechend sei der Maßstab des billigen Ermessens gem. § 315 BGB anzulegen. Eine Beschränkung der Ermessensausübung rein auf tätigkeitsbezogene Erwägungen sei nicht gerechtfertigt. Dafür ergäben sich auch aus der Formulierung des § 5 Abs. 6 AVR keinerlei Anhaltspunkte. Die Abgrenzung zu § 5 Abs. 7 AVR, in dem konkret auf die Tätigkeit eingegangen werde, verstärke den Eindruck, dass sämtliche der Entscheidung zugrunde liegenden Faktoren von § 5 Abs. 6 AVR zu berücksichtigen seien. Bei der Ablehnung der von der Klägerin begehrten Höhergruppierung habe die Beklagte zu Recht die schwierige wirtschaftliche Situation im KWA Stift Rottal berücksichtigt. Ein Anspruch bestehe nur, soweit eine Ermessensreduzierung auf Null bestehe, die hier ebenso wenig vorliege wie eine Selbstbindung der Beklagten oder Gleichbehandlungsgesichtspunkte. Abzustellen sei auf die finanzielle Lage des KWA Stift E., da die einzelnen Wohnstifte, obwohl sie rechtlich zur Beklagten gehörten, eigenverantwortlich für ihre finanzielle Situation seien.

Erstinstanzlich wurde Beweis erhoben über die finanzielle Situation des Stifts E. durch uneidliche Vernehmung des Zeugen F..

Mit dem angefochtenen Endurteil vom 23.11.2012 hat das Arbeitsgericht Passau die Klage abgewiesen, soweit die Klägerin den Bewährungsaufstieg aus Vergütungsgruppe V c nach Vergütungsgruppe V b geltend gemacht hat.

Es hat dies damit begründet, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Vergütung nach Vergütungsgruppe V b habe. Ein Bewährungsaufstieg insoweit sei von der Beklagten ohne erkennbaren Ermessensfehler zu Recht abgelehnt worden. Zwar erfülle die Klägerin die zeitlichen Voraussetzungen, da sie bereits seit 01.10.2001 als examinierte Altenpflegerin eingesetzt sei. Allerdings stehe der Bewährungsaufstieg im pflichtgemäßen Ermessen der Beklagten. Dies ergebe sich aus § 5 Abs. 6 Satz 1 AVR. Das insoweit dem Arbeitgeber eingeräumte Ermessen beschränke sich nicht auf leistungs- oder tätigkeitsbezogene Gesichtspunkte, sondern gebiete unter Berücksichtigung von Vertragszweck und allen wesentlichen Umständen eine Abwägung der Interessen beider Parteien. Die Auslegung des § 5 Abs. 6 und Abs. 7 ergebe, dass die Umstände, die bei der Ermessensausübung nach § 5 Abs. 6 Satz 1 AVR zu berücksichtigen seien, nicht ausdrücklich geregelt seien. Auch aus § 5 Abs. 7 AVR ergeben sich keine bei der Ermessensentscheidung einzubeziehenden Umstände ausdrücklich, vielmehr stelle § 5 Abs. 7 lediglich die Voraussetzungen dar, bei deren Erfüllung ein Bewährungsaufstieg überhaupt erst in Betracht komme. Somit regle § 5 Abs. 7 AVR die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Bewährungsaufstieg, während § 5 Abs. 6 Satz 1 AVR die Rechtsfolge bei einem Bewährungsaufstieg unter Berücksichtigung der Eröffnung des Ermessensspielraums für den Arbeitgeber regle. Damit bestehe auf der zunächst zu prüfenden Tatbestandsseite infolge der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „Bewährens“ ein Beurteilungsspielraum sowie im Rahmen des § 5 Abs. 7 Nr. 4 auch ein Ermessensspielraum. Soweit im Rahmen des § 5 Abs. 6 AVR nur leistungs- und tätigkeitsbezogenen Aspekte zugelassen würden, bliebe für ein weiteres Ermessen kein Raum. Insoweit wäre die Erwähnung des Ermessens in § 5 Abs. 6 Satz 1 AVR überflüssig. Nachdem auch die im Rahmen des Ermessens einzubeziehenden Erwägungen nirgends aufgeführt seien, dürften alle bei dieser Entscheidung wesentlichen Umstände und Interessen beider Parteien angemessen in die Ermessensentscheidung eingeführt werden. Zeit- und Bewährungsaufstieg hätten unterschiedliche Voraussetzungen. Daher ergebe sich hieraus auch nicht zwingend eine Beschränkung bezüglich des Ermessens auf reine leistungs- und tätigkeitsbezogene Erwägungen. Auch sei die Ausgestaltung des Bewährungsaufstiegs als Ermessensentscheidung nicht zweckwidrig. Auch im Rahmen der Ermessensentscheidung sei noch eine Anreizfunktion für den Arbeitnehmer zur guten Leistungserbringung gegeben. Deshalb dürfe der Arbeitgeber auch wirtschaftliche Erwägungen in seine Entscheidung einfließen lassen. Aufgrund der durch die Beweisaufnahme nachgewiesenen schwierigen wirtschaftlichen Lage des

KWA Stifts E. sei die Entscheidung des Arbeitgebers hinsichtlich des Bewährungsaufstiegs der Klägerin zutreffend getroffen worden. Insoweit sei es auch nicht unzulässig, allein auf das KWA Stift E. und dessen Situation abzustellen. Die Betriebsbezogenheit sei im Arbeitsrecht keine Besonderheit, sondern auch in anderen Bereichen als Maßstab angelegt. Hinzu komme, dass die einzelnen Wohnstifte der Beklagten eigenverantwortlich für ihre wirtschaftliche Situation seien. Die Beweisaufnahme habe die schwierige Situation des KWA Stift E. bestätigt.

Gegen dieses der Klägerin am 30.01.2013 zugestellte Endurteil richtet sich die Berufung der Klägerin mit Schriftsatz vom 28.02.2013, am gleichen Tag am Landesarbeitsgericht München eingegangen.

Die Klägerin begründet die Berufung vor allem damit, dass die Klägerin Anspruch auf Vergütung nach Vergütungsgruppe V b habe, da die Klägerin die Voraussetzung dieser Vergütungsgruppe über den Bewährungsaufstieg erfülle. Insoweit habe sich die Klägerin fünf Jahre bewährt und erfülle die Voraussetzung der Vergütungsgruppe V b Ziffer 1.2. Die Beklagte habe diese Eingruppierung nicht aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten verweigern dürfen. Aus Wortlaut, Sinn und Zweck der Vorschrift ergebe sich, dass nicht wirtschaftliche Belange zu berücksichtigen seien, sondern lediglich leistungsbezogene Aspekte. Dies ergebe sich zum einen aus dem Wortlaut „Bewährung“, welcher allein leistungsbezogene Aspekte beinhalte. Bei der Beurteilung des Begriffs „Bewährung“, der ein unbestimmter Rechtsbegriff sei, stehe dem Arbeitgeber auch grundsätzlich kein Beurteilungsspielraum zu. Vielmehr sei die Erfüllung dieser Voraussetzung vom Gericht voll überprüfbar. In § 5 Abs. 7 Ziffer 1 AVR sei als Mindestniveau und damit Voraussetzung für die Bewährung lediglich zum Ausdruck gebracht, dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben zufriedenstellend erfüllt haben müsse. Der entsprechende Beurteilungsspielraum nach § 5 Abs. 6 AVR werde daher hier nur nach unten eingeschränkt. Ein Bewährungsaufstieg dürfe nur erfolgen, wenn der Arbeitnehmer seine Aufgaben zumindest zufriedenstellend erfüllt habe. Soweit diese Voraussetzung erfüllt sei, komme der Spielraum des Arbeitgebers zum tragen, innerhalb der Grenzen seines Ermessens darüber zu entscheiden, ob aus seiner Sicht die Leistung des Arbeitnehmers über das Mindestniveau ausreichend gewesen sei, um einen Bewährungsaufstieg zu gewährleisten. Diese Auslegung entspreche auch dem Normzweck, insbesondere mit dem Bewährungsaufstieg einen An-

reiz zu guter Leistungserbringung zu geben. Die vom Arbeitsgericht angenommene Systematik widerspreche auch dem Sinn und Zweck von Vergütungsordnungen im Allgemeinen, welche dazu dienen sollten, objektive Kriterien aufzustellen, um nachprüfbar und gerechte Eingruppierungsentscheidungen zu treffen. Würde das Ermessen ausgeweitet, so würde die zutreffende Eingruppierung nicht mehr objektiv bestimmbar sein. Jedenfalls habe der Arbeitgeber nicht allein auf die wirtschaftliche Lage des KWA Stift E. abstellen dürfen, da dieses nicht Vertragsarbeitgeber der Klägerin sei, sondern vielmehr sei auf die Situation des Gesamtunternehmens abzustellen. Denn dieses sei z.B. in § 111 BetrVG als Bezugsgröße vorgesehen, wenn es auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers ankomme.

Die Klägerin beantragte zuletzt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichtes Passau vom 23.11.2012, Az.: 3 Ca 504/12, wird abgeändert.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Vergütung nach Vergütungsgruppe V b der vom Gesamtverband des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes herausgegebenen Arbeitsvertragsrichtlinien zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere € 1.747,07 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

aus € 136,00 brutto seit dem 02.09.2011

aus € 136,00 brutto seit dem 02.10.2011

aus € 138,96 brutto seit dem 02.11.2012

aus € 138,96 brutto seit dem 02.12.2012

aus € 138,96 brutto seit dem 02.01.2012

- 12 -

aus € 151,17 brutto seit dem 02.02.2012  
aus € 151,17 brutto seit dem 02.03.2012  
aus € 151,17 brutto seit dem 02.04.2012  
aus € 151,17 brutto seit dem 02.05.2012  
aus € 151,17 brutto seit dem 02.06.2012  
aus € 151,17 brutto seit dem 02.07.2012  
aus € 151,17 brutto seit dem 02.08.2012

zu zahlen.

Die Beklagte beantragte zuletzt:

Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte war der Auffassung, dass ein Bewährungsaufstieg der Klägerin nicht in Betracht komme, da auch die wirtschaftlichen Umstände des KWA Stift E. in die Ermessensentscheidung des Arbeitgebers eingestellt werden dürften. Insbesondere ergebe sich aus Wortlaut und Systematik der AVR keinerlei Beschränkung des auszuübenden Ermessens des Arbeitgebers. Weder aus § 5 Abs. 6 Satz 1, noch aus § 5 Abs. 7 AVR ergebe sich eine Beschränkung der Ermessensentscheidung auf bestimmte Umstände. Demnach stelle § 5 Abs. 7 AVR lediglich die tatbestandlichen Voraussetzungen auf, bei deren Vorliegen ein Bewährungsaufstieg überhaupt in Betracht komme. Für die Ermessensausübung seien nur solche Gesichtspunkte erheblich, die nicht bereits schon auf der Tatbestandseite zu berücksichtigen seien. Es ergäben sich auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass bei der Ermessensentscheidung hinsichtlich der Rechtsfolge gleiche oder ähnliche Erwägungen anzustellen seien, wie sie bereits auf Tatbestandseite anzustellen waren. Das Ermessen werde insbesondere auch nicht eingeschränkt durch § 5 Abs. 7 Nr. 1 AVR. Vielmehr würde durch die Regelung ein bis an die Grenzen der Billigkeit heranreichender Ermessens- und Gestaltungsspielraum eröffnet. Im Rahmen dessen seien auch wirtschaftliche Erwägungen mit einbeziehbar. Hierdurch würde auch der Sinn und Zweck der Vergütungsordnung nicht beeinträchtigt. Die Anreizfunktion bleibe weiterhin erhalten. Da-

bei sei auch insbesondere auf das KWA Stift E. abstellbar. Dort sei die Klägerin ausschließlich beschäftigt. Die einzelnen Wohnstifte seien eigenverantwortlich für ihre finanzielle Situation.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 28.02.2013, 02.04.2013, 06.05.2013 sowie auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

#### **I.**

Die gem. § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO) und daher zulässig.

#### **II.**

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Soweit das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hat, wird, insbesondere im Hinblick auf die Erwägungen zum Bewährungsaufstieg und dem insoweit bestehenden Ermessen des Arbeitgebers auf die zutreffende Begründung des Arbeitsgerichts Bezug genommen.

Darüber hinaus ist Folgendes an Anmerkungen veranlasst:

**1.** Die Beklagte hat zutreffenderweise im Rahmen ihrer Ermessenentscheidung wirtschaftliche Belange mit einfließen lassen und insoweit den Bewährungsaufstieg der Klägerin abgelehnt.

(1) Weder der Wortlaut noch die Systematik der AVR führen dazu, dass zwingenderweise nur leistungsbezogenen Aspekte im Rahmen der Beurteilung des Bewährungsaufstieges einfließen dürften.

Was den Wortlaut „bewähren“ anbelangt, so spricht zwar dieses Wort dafür, dass es um leistungsbezogene Aspekte bei der Frage der Bewährung zunächst geht, eine Einschränkung auf allein diese Aspekte ist aber dem Wortlaut der Vorschrift schon nicht zu entnehmen. § 5 Abs. 6 AVR spricht davon, dass beim Bewährungsaufstieg ein Ermessen des Arbeitgebers besteht. Eine Einschränkung auf leistungsabhängige Umstände ist hier jedoch nicht zu entnehmen und ist auch an keiner Stelle der AVR ausdrücklich vorgesehen. Somit lässt der Wortlaut der AVR durchaus die Berücksichtigung wirtschaftliche Gesichtspunkte zu. Darüber hinaus wäre auch ohne Weiteres durch eine klarstellende Formulierung eine solche Beschränkung vornehmbar gewesen. Dies ist jedoch nicht erfolgt, so dass dies wiederum dafür spricht, dass sämtliche im Zusammenhang mit dem Bewährungsaufstieg stehende Umstände in die Ermessensentscheidung einfließen dürfen.

(2) Auch die Systematik spricht nicht zwingenderweise dafür, dass nur leistungsabhängige Umstände in die Entscheidung einfließen dürfen. An sich sind sich die Parteien darüber einig, dass in § 5 Abs. 7 die grundsätzlichen Voraussetzungen für den Bewährungsaufstieg formuliert sind. Dazu gehört neben einem zeitlichen Aspekt insbesondere auch eine mindestens zufriedenstellende Leistung. Dabei sind die Begriffe der „Bewährung“ und auch der „zufriedenstellenden“ Leistung als unbestimmte Rechtsbegriffe nicht eindeutig festlegbar, sondern unterliegen auch einem Beurteilungsspielraum. Ein solcher Beurteilungsspielraum ist in der Rechtsprechung des Bundsarbeitsgerichts bei unbestimmten Rechtsbegriffen durchaus anerkannt (vgl. BAG Urteil vom 20.10.1993 – 4 AZR 45/93 Rn. 32 zitiert nach Juris). Zu Recht verweist das Arbeitsgericht insoweit darauf, dass ein weiteres, ähnlich zu beurteilendes Ermessen nach § 5 Abs. 6 AVR neben dem Beurteilungsspielraum im Rahmen der Beurteilung der zufriedenstellenden Leistung zumindest fraglich ist.

Zwar ist der Klägerin insoweit recht zu geben, als § 5 Abs. 7 lediglich bestimmte Mindestanforderungen für den Bewährungsaufstieg stellt und insoweit ist es durchaus möglich, darüber hinausgehend weitere Ermessensentscheidungen zu treffen, im Rahmen des § 5

Abs. 6. Das heißt, so wie es auch die Beklagte versteht, dass zunächst hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen die Anforderungen des § 5 Abs. 7 AVR zu überprüfen sind und bei deren Vorliegen schließlich anschließend eine Ermessensentscheidung zu treffen ist. Insoweit sind sich die Parteien an sich einig. Die Klägerin kann aber nicht begründen, warum nunmehr im Rahmen der Ermessensentscheidung lediglich noch leistungsbezogene Aspekte einfließen dürfen. Hierfür spricht insbesondere nicht die Systematik und auch nicht der Sinn und Zweck des Bewährungsaufstieges. Denn die Anreizfunktion, die im Zusammenhang mit dem Bewährungsaufstieg eine Rolle spielen mag, bleibt bestehen, auch wenn wirtschaftliche Aspekte in die Ermessensentscheidung mit einfließen können. Der Arbeitnehmer hat nur dann, wenn er sich entsprechend bewährt, also eine entsprechend gute Leistung erbringt, überhaupt die Möglichkeit in den Genuss des Bewährungsaufstieges zu kommen. Dies muss aber nicht der alleinige Gesichtspunkt bei der Gewährung des Bewährungsaufstieges sein. Dies hätten die Tarifvertragsparteien ohne Weiters vorsehen können. Sie haben es aber nicht gemacht. Auch die Frage der objektiven Feststellbarkeit der Kriterien des Bewährungsaufstieges, sprechen nicht für die Ansicht der Klägerin. Auch die Klägerin selbst geht davon aus, dass im Rahmen einer nur leistungsbezogene Aspekte berücksichtigenden Ermessensentscheidung eine solche Ermessensentscheidung nach wie vor zu treffen ist. Denn insoweit besteht die ausdrückliche Regelung des § 5 Abs. 6 AVR. Eine Ermessensentscheidung lässt aber immer einen bestimmten Beurteilungsspielraum offen. Wenn also nur leistungsbezogene Aspekte zu berücksichtigen wären, wäre auch insoweit eine eindeutige objektive Bestimmbarkeit nicht gegeben. Auch insoweit bestünden noch Beurteilungsspielräume. Daher spricht auch dieses Argument nicht dafür, dass nur leistungsbezogene Aspekte einfließen dürfen.

**(3)** Das Heranziehen von wirtschaftlichen Aspekten ist auch nicht im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung unzulässig. Bei einer Ermessensentscheidung sind die wesentlichen Umstände des Falls und die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen ( vgl. z.B. BAG Urt. vom 12.10.2011 – 10 AZR 758/10). Ein Bewährungsaufstieg hat aber immer auch finanzielle Auswirkungen auf den Arbeitgeber. Hierdurch erhöht sich die Vergütung der Arbeitnehmer. Daher hat das BAG in der von Seiten des Arbeitsgerichts zitierten Entscheidung vom 26.11.1986 (4 AZR 789/85) im Rahmen etwa der Zuerkennung einer fakultativen Stufe auch wirtschaftliche Erwägungen als im Rahmen der Ermessensentscheidung heranziehbar gebilligt.

(4) Schließlich ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Arbeitgeberseite nicht auf das Gesamtunternehmen, sondern lediglich auf das KWA Stift E. und dessen wirtschaftliche Situation abgestellt hat. Ein Bewährungsaufstieg mag zwar bei einem Unternehmen, das sich in einer guten oder sehr guten wirtschaftlichen Situation befindet, dieses nicht erheblich finanziell belasten. Andererseits mag bei einzelnen Einrichtungen, die wie das KWA Stift E. wirtschaftlich selbständig betrachtet werden, durchaus beim Arbeitgeber die Entscheidung reifen, eine einzelne Einrichtung, die wirtschaftlich unrentabel ist und insbesondere auch Gewinne des Gesamtunternehmens schmälert, zu schließen oder Personal abzubauen. Dass somit im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung allein auf eine einzelne Einrichtung abgestellt wird, erscheint insoweit durchaus nachvollziehbar und zulässig. Jedenfalls handelt es sich hierbei nicht um einen Umstand, der das Ermessen des Arbeitgebers überschreiten würde. Da im Arbeitsrecht sowohl unternehmens- wie betriebsbezogene Vorschriften vorhanden sind, kann auch für den vorliegenden Fall nicht geschlossen werden, dass in das Ermessen die Betriebsbezogenheit nicht einfließen darf, sondern lediglich unternehmensbezogene Aspekte. Angesichts der dargestellten und durch die Beweisaufnahme bestätigten schwierigen finanziellen Situation des KWA Stift E. hat die Beklagte das ihr eröffnete Ermessen auch nicht überschritten.

Da somit die Ermessensentscheidung des Arbeitgebers nicht zu beanstanden ist, konnte die Klägerin über den Bewährungsaufstieg auch nicht Vergütungsgruppe V b erreichen. Die Berufung war daher zurückzuweisen.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

3. Die Revision war wegen der grundlegenden Bedeutung der Rechtsfrage, was an Gesichtspunkten in das Ermessen einfließen darf, zuzulassen. Auf die Rechtsmittelbelehrung wird verwiesen

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann die Klägerin Revision einlegen.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Neumeier

Aumiller

Bianco