

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

Stichwörter:

Vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit, keine Eingruppierungspflicht des Arbeitgebers, Arbeitsvorgang, die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit muss für den Beschäftigten deutlich erkennbar sein, Dauervertretung als Rechtsmissbrauch, die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit bedarf eines sachlichen Grundes, Rechtsfolgen eines unterlassenen Mitbestimmung bei der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit.

Hinweis des Bearbeiters:

Mit dem vorliegenden Urteil gab das BAG seine bisherige Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen einer unterlassenen Mitbestimmung der Personalvertretung bei der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit auf (vgl. Rn. 24 – 29). In soweit handelt es sich um ein Grundsatzurteil.

Hinweis des Bearbeiters:

Bei dem vorliegenden Urteil handelt es sich um den Originaltext. Das Urteil wurde vom Bearbeiter in drei Spalten aufgeteilt. Die im Text gefetteten Stellen wurden durch den Bearbeiter hervorgehoben. Weiterhin stammen die kursiv gesetzten Anmerkungen, die Randnummern sowie die Hinweise auf die Entscheidungssammlung „**EEöD**“ vom Bearbeiter.

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

1. Die nur vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit darf als arbeitsvertragliches Gestaltungsmittel nicht funktionswidrig verwendet werden. Sie kommt in Betracht, wenn die wahrzunehmende Tätigkeit keine Daueraufgabe darstellt oder der bisherige Arbeitsplatzinhaber nur vorübergehend abwesend ist oder sonstige berechnigte Interessen des Arbeitgebers einer sofortigen Übertragung der Tätigkeit auf Dauer entgegenstehen. Eine Daueraufgabe liegt auch dann vor, wenn ständiger Vertretungsbedarf besteht.

2. Überträgt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer eine höherwertige Tätigkeit auf Dauer oder rechtsmissbräuchlich nur vorübergehend, ist er arbeitsvertraglich zur Zahlung der Vergütung nach der höheren Vergütungsgruppe verpflichtet, auch wenn er den Personalrat nicht beteiligt hat (Aufgabe von BAGE 38, 130, 139 = AP Nr. 7 zu § 75 BPersVG m. w. Nachw.).

Bundesarbeitsgericht
Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90

2. Instanz: Landesarbeitsgericht Köln
Urteil vom 15.03.1990 – 10 Sa 1240/89 –

Tenor:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. März 1990 - 10 Sa 1240/89 - wird auf Kosten der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte ab 1. Oktober 1989 verpflichtet ist, die Klägerin nach VergGr. V c MTA zu vergüten.

Tatbestand:	
1	Die 39jährige Klägerin steht seit 22. September 1980 als Angestellte in den Diensten der Beklagten und wird bei dem Arbeitsamt K beschäftigt. Die Klägerin ist Mitglied einer Gewerkschaft, die mit der Beklagten den Manteltarifvertrag für die Angestellten der Bundesanstalt für Arbeit (MTA) abgeschlossen hat. Ferner haben die Parteien im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 23. September 1980 vereinbart, dass für das Arbeitsverhältnis der Manteltarifvertrag der Bundesanstalt vom 21. April 1961 und die ihn ergänzenden oder ändernden Tarifverträge gelten. Die Klägerin erhielt zunächst Vergütung nach VergGr. VII MTA. Seit 22. September 1986 erhält sie aufgrund sechsjähriger Bewährungszeit Ver-

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		gütung nach VergGr. VI MTA.
	2	Die Klägerin wurde als Hilfsbearbeiterin für Arbeitslosengeld / Arbeitslosenhilfe / Fortbildung und Umschulung (Alg/Alhi/FuU) eingestellt und beschäftigt. Während ihrer Beschäftigungszeit wurde sie wiederholt vorübergehend mit höherwertigen Aufgaben beauftragt und erhielt hierfür eine persönliche Zulage in Höhe der Differenz zwischen den Bezügen ihrer Vergütungsgruppe und der für die höherwertige Tätigkeit nach dem MTA vorgesehenen Vergütungsgruppe.
	3	Im Einzelnen wurden der Klägerin folgende Aufgaben vorübergehend übertragen:
		1. Bearbeiterin für Alg/Alhi/FuU in der Zeit vom 1. Dezember 1981 bis 31. Oktober 1983. Die Klägerin übernahm diese Aufgabe zunächst auf dem Dienstposten II 222, weil die Dienstposteninhaberin E. anderweitig als Sachbearbeiterin und Anordnungsbefugte eingesetzt war. Ab 1. Oktober 1982 war die Klägerin auf dem Dienstposten II 221 tätig, weil die Dienstposteninhaberin F. anderweitig auf einem Dienstposten als Sachbearbeiterin und Anordnungsbefugte tätig war. Ab 1. Juli 1983 wurde die Klägerin auf dem Dienstposten II 231 eingesetzt.
		2. Antragsannehmerin / Auskunfterteilerin in der Zeit vom 2. November 1983 bis 31. Mai 1984, weil dieser Dienstposten in der genannten Zeit nicht besetzt war. Ab 1. Juni 1984 wurde der Dienstposten mit einem anderen Mitarbeiter besetzt.
		3. Bearbeiterin für Alg/Alhi/FuU vom 1. Oktober 1984 bis 28. September 1986. Die Klägerin war hier zunächst deshalb eingesetzt, weil die Stelle noch unbesetzt war. Später wurde der Dienstposten durch Umorganisation mit der bereits als Bearbeiterin tätigen Angestellten M. besetzt. Da Frau M. zunächst anderweitig eingesetzt wurde, wurde die Klägerin vertretungsweise bis 28. September 1986 weiterbeschäftigt.
		4. Sachbearbeiterin Alg/Alhi/FuU in der Zeit vom 29. September 1986 bis 30. März 1987. Die Klägerin wurde auf diesem Dienstposten eingesetzt, da kein anderer

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		geeigneter Mitarbeiter zur Verfügung stand. Ab 1. April 1987 wurde auf dem Dienstposten der Angestellte K. nach Abschluss einer Fortbildungsmaßnahme beschäftigt.
		5. Bearbeiterin Alg/Alhi/FuU in der Zeit vom 1. April 1987 bis 31. Januar 1988. Die Klägerin wurde hier vertretungsweise auf dem Dienstposten III 233 eingesetzt, weil der Dienstposteninhaber M. anderweitig beschäftigt wurde.
		6. Bearbeiterin Alg/Alhi/FuU in der Zeit vom 3. Oktober 1988 bis 31. August 1989. Die Klägerin wurde in dieser Zeit auf dem Dienstposten III 221 eingesetzt, weil die Dienstposteninhaberin G. anderweitig als Sachbearbeiterin / Anordnungsbefugte beschäftigt wurde. Ab 1. September 1989 war die Rückkehr der Angestellten G. auf ihren Dienstposten vorgesehen.
	4	Die Klägerin hat vorgetragen, im Hinblick auf die ihr wiederholt übertragenen höherwertigen Tätigkeiten sei sie auf Dauer nach VergGr. V c MTA als "Bearbeiterin" zu vergüten. Die nur vorübergehenden Übertragungen der höherwertigen Tätigkeiten durch die Beklagte seien rechtsmissbräuchlich gewesen. In der Zeit vom 1. Juli 1983 bis 31. Oktober 1983 sei sie als "Springerin" für urlaubs- und krankheitsbedingt abwesende Mitarbeiter an verschiedenen Arbeitsplätzen als Sachbearbeiter oder Bearbeiter eingesetzt worden. Die Beklagte besetze freie Bearbeiterstellen nicht nur mit Mitarbeitern, die erfolgreich an einer Fortbildungsmaßnahme teilgenommen hätten. Die erfolgreiche Teilnahme an einer .Fortbildungsmaßnahme bringe im Übrigen nicht in jedem Fall eine bessere Qualifikation mit sich als sie die Klägerin besitze. Sie habe zwar den Test für die Teilnahme an dem Fortbildungslehrgang 1989 nicht bestanden. An einem weiteren Test sei sie aber nicht interessiert, denn sie könne während der etwa neun Monate dauernden Fortbildungsmaßnahme kein um die Zulage erhöhtes Arbeitseinkommen beziehen und habe selbst nach erfolgreichem Abschluss des Lehrgangs keinen Rechtsanspruch auf Einsatz als Bearbeiterin. Diese unsichere Lage könne sie nicht hinnehmen.
	5	Die Klägerin hat beantragt

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEÖD

		festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin in die VergGr. V c MTA Teil I Allgemeiner Teil einzugruppieren und diese Eingruppierung gemäß § 22 Abs. 3 MTA im Arbeitsvertrag festzuschreiben.
	6	Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, für die stets nur vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeiten habe jeweils ein sachlicher Grund bestanden. Die Beklagte habe in der Vergangenheit Schwierigkeiten gehabt, qualifizierte Kräfte für die Leistungsabteilung auf dem Arbeitsmarkt zu gewinnen. Sie habe daher Fortbildungslehrgänge eingerichtet, um betriebsinterne Fachkräfte heranzubilden. Seit Februar 1984 würden freie Bearbeiterstellen grundsätzlich nur noch mit Arbeitnehmern besetzt, die sich erfolgreich einer Fortbildungsmaßnahme unterzogen hätten. Seit dieser Zeit seien von insgesamt 66 Bearbeiterstellen 61 mit geprüften Kräften besetzt worden. Die Besetzung mit ungeprüften Kräften sei nur wegen bestimmter Besonderheiten der Dienstposten oder aus Gründen in der Person der Mitarbeiter (z. B. spezielle Vorkenntnisse) vorgenommen worden. Die Klägerin sei mehrfach zur Teilnahme an einer Fortbildungsmaßnahme aufgefordert worden. Einen erfolgreichen Test für die Teilnahme habe sie aber nicht abgelegt.
	7	Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin gemäß der Eingruppierung in die VergGr. V c MTA Teil I Allgemeiner Teil zu vergüten.
	8	Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision. Hierbei hat sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargelegt, dass sie die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Vergütung nach VergGr. V c MTA für die Zeit ab 1. Oktober 1989 begehrt, nachdem das erstinstanzliche Urteil ergangen war.

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		Entscheidungsgründe:
	9	Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage mit revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Begründung stattgegeben. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin Vergütung nach VergGr. V c MTA zu gewähren. Diese Feststellung war - entsprechend der Klarstellung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat - für die Zeit ab 1. Oktober 1989 zu treffen. Denn die Beklagte hat der Klägerin Tätigkeiten der VergGr. V c MTA rechtsmissbräuchlich nur vorübergehend übertragen.
<i>Keine Eingruppierungspflicht des Arbeitgebers</i>	10	Die Klage ist zulässig. Der Klageantrag ist entsprechend den klarstellenden Ausführungen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat dahin auszulegen, dass sie die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten begehrt, sie ab 1. Oktober 1989 nach VergGr. V c MTA zu vergüten. Der von der Klägerin in den Vorinstanzen gestellte Klageantrag ist nach seinem Wortlaut zu unbestimmt. Eine Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin in VergGr. V c MTA einzugruppieren, gibt es nicht, da die Eingruppierung keine vom Arbeitgeber vorzunehmende Handlung ist, sondern sich aus der von dem Arbeitnehmer ausübenden Tätigkeit ergibt (vgl. für den insoweit wortgleichen BAT: BAGE 31, 26, 30 = EEöD Nr. 208). Nach dem gesamten Klagevorbringen hat aber schon das Landesarbeitsgericht den Klageantrag zutreffend dahin ausgelegt, dass die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten begehrt, ihr Vergütung nach VergGr. V c MTA zu gewähren. Das steht mit der Senatsrechtsprechung zur Zulässigkeit von Klageanträgen in Eingruppierungsrechtsstreitigkeiten in Einklang (vgl. BAG, aaO).
	11	Darüber hinaus ist nach dem gesamten Klagevorbringen der Klageantrag dahin auszulegen, dass sich der Feststellungsantrag der Klägerin auf die Zeit ab 1. Oktober 1989 bezieht. Dies hat die Klägerin zwar in den Vorinstanzen in ihrem Klageantrag nicht ausdrücklich zum Ausdruck gebracht. Sie hat aber die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten beantragt, die begehrte Eingruppierung "im Arbeitsvertrag festzuschreiben". Damit hat sie zu erkennen gegeben, dass sie eine Änderung des Arbeitsvertrags und die damit verbundene

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		Erhöhung der Vergütung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung erstrebt. Dies ist dahin auszulegen, dass die Änderung des Arbeitsvertrags nach einer gerichtlichen Entscheidung von der Klägerin begehrt wird. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist darunter die erstmalige gerichtliche Entscheidung zu verstehen, die die Klägerin beim Arbeitsgericht beantragt hat. Diese ist am 19. September 1989 verkündet worden. Der Klageantrag erfasst daher den nachfolgenden Zeitraum ab 1. Oktober 1989.
<i>Arbeitsvorgang</i>	12	Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden kraft beiderseitiger Tarifbindung die Vorschriften des Manteltarifvertrags für die Angestellten der Bundesanstalt für Arbeit (MTA) mit unmittelbarer und zwingender Wirkung Anwendung (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). Danach kommt es für die Eingruppierung der Klägerin - entsprechend dem wortgleichen § 22 BAT - darauf an, ob bei ihr zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die jeweils für sich die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals der von ihr in Anspruch genommenen VergGr. V c MTA erfüllen (§ 22 Abs. 2 Unterabs. 1 und Unterabs. 2 Satz 1 MTV). Dabei ist von dem von der Senatsrechtsprechung entwickelten Begriff des Arbeitsvorgangs auszugehen, unter dem eine unter Hinzurechnung der Zusammenhangstätigkeiten und bei Berücksichtigung einer sinnvollen, vernünftigen Verwaltungsübung nach tatsächlichen Gesichtspunkten abgrenzbare und rechtlich selbständig zu bewertende Arbeitseinheit der zu einem bestimmten Arbeitsergebnis führenden Tätigkeit eines Angestellten zu verstehen ist (vgl. BAGE 51, 59, 65 = EEöD Nr. 376 , m.w.N.).
	13	Das Landesarbeitsgericht stellt insoweit fest, dass der Klägerin die Tätigkeit einer Bearbeiterin in der Zeit vom 3. Oktober 1988 bis September 1989 übertragen wurde, die den Tätigkeitsmerkmalen der VergGr. V c MTA entsprach. Diese tarifliche Bewertung ist zwischen den Parteien nicht umstritten. Sie entspricht einer langjährigen Bewertung entsprechender Dienstposten im Bereich des Arbeitsamts K und durfte daher auch von dem Landesarbeitsgericht zugrunde gelegt werden.
	14	Bei dieser Tätigkeit der Klägerin als Bearbeiterin handelte es sich auch entgegen der Auffassung der Beklag-

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

<i>Art und Weise der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit</i>		ten um die von der Klägerin nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit, wie es für eine Eingruppierung nach VergGr. V c MTA erforderlich ist (§ 22 Abs. 2 Unterabs. 1 MTA). Wenn eine Tätigkeit nur zur vorübergehenden Ausübung übertragen werden soll, muss dies für den Angestellten deutlich erkennbar werden; andernfalls handelt es sich um die Übertragung einer nicht nur vorübergehend auszuübenden Tätigkeit (BAG Urteil vom 10. Februar 1988 - 4 AZR 585/87 – EEöD Nr. 440). Das Landesarbeitsgericht lässt offen, ob die Beklagte der Klägerin die Tätigkeit als Bearbeiterin ab 3. Oktober 1988 mit der erforderlichen Klarheit nur vorübergehend übertragen hat. Aber auch wenn dies zugunsten der Beklagten unterstellt wird, ist die Tätigkeit als Bearbeiterin gleichwohl die von der Klägerin nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit. Denn eine nur vorübergehende Übertragung der Tätigkeit als Bearbeiterin auf die Klägerin durch die Beklagte war rechtsmissbräuchlich. Dies führt dazu, dass die Tätigkeit als auf Dauer übertragen gilt (vgl. BAG Urteil vom 10. Februar.1988, aaO, mit weiteren Nachweisen).
<i>Rechtsmissbrauch - Dauervertretung</i>	15	Im vorliegenden Fall ist die Klägerin stets zur Vertretung oder auf einem vorübergehend unbesetzten Arbeitsplatz beschäftigt worden. Bei der letzten vorübergehenden Beschäftigung vom 3. Oktober 1988 bis 31. August 1989 handelte es sich um eine vertretungsweise Tätigkeit für die Angestellte G., die anderweitig eingesetzt war. Die Zuweisung eines vorübergehend freien Arbeitsplatzes und die Zuweisung einer Tätigkeit zur Vertretung eines anderen Angestellten stellen grundsätzlich einen sachlichen Grund für eine nur vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit dar. Besteht aber ständiger Vertretungsbedarf, kann es rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber dem Angestellten nicht auf Dauer die höherwertige Tätigkeit zuweist; denn auch Vertretungstätigkeiten, die immer wiederkehrend auf Dauer ausgeübt werden sollen, gehören zur nicht nur vorübergehend auszuübenden Tätigkeit (vgl. BAG Urteil vom 5. September 1973 - 4 AZR 549/72 – EEöD Nr. 150).
	16	Das Landesarbeitsgericht nimmt an, dass die Beklagte in rechtsmissbräuchlicher Weise der Klägerin die Tätig-

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		keit einer Bearbeiterin nur zur vorübergehenden Ausübung übertragen hat. Das Landesarbeitsgericht begründet dies damit, dass die Klägerin in der Vergangenheit seit 1. Dezember 1981 bis 31. August 1989 fast ununterbrochen Tätigkeiten der VergGr. V c MTA tatsächlich ausgeübt habe aufgrund von "vorübergehenden Aufträgen". Lediglich in der Zeit vom 1. Juni bis 30. September 1984 habe die Klägerin keine Tätigkeit der VergGr. V c MTA ausgeübt. In der Zeit vom 1. Februar bis 2. Oktober 1988 habe sie zwar keine persönliche Zulage wegen der Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit erhalten. Das Landesarbeitsgericht stellt hierzu aber als unstrittig fest, dass die Klägerin auch in dieser Zeit die Tätigkeit eines Bearbeiters der VergGr. V c MTA ausgeübt hat.
	17	Diese tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts binden das Revisionsgericht (§ 561 Abs. 2 ZPO). Die Revision rügt insoweit nur, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht festgestellt, dass die Klägerin in der Zeit vom 1. Februar bis 2. Oktober 1988 die Tätigkeit einer Bearbeiterin ausgeübt habe. Die hiergegen erhobene Verfahrensrüge nach § 139 ZPO (mangelnde Aufklärung) ist jedoch unzulässig. Eine Aufklärung durch das Berufungsgericht war nicht erforderlich. Wenn die Beklagte auf den Vortrag der Klägerin, sie habe in der Zeit vom 1. Februar bis 2. Oktober 1988 die Tätigkeit eines Bearbeiters ausgeübt, erwiderte, die Klägerin sei damit nicht beauftragt worden und habe "somit" keine Tätigkeit auf Beraterebene ausgeübt, durfte das Landesarbeitsgericht daraus schließen, dass die Beklagte die Tätigkeit der Klägerin als Bearbeiterin nur wegen fehlender Beauftragung in Abrede stellte, die Tätigkeit als solche aber nicht bestritt. Damit war eine weitere Sachverhaltsaufklärung durch das Landesarbeitsgericht nicht erforderlich. Es steht damit fest, dass die Klägerin nahezu acht Jahre lang (vom 1. Dezember 1981 bis 31. August 1989) fast ununterbrochen Tätigkeiten der VergGr. V c MTA ausübte und lediglich in der Zeit vom 1. Februar bis 2. Oktober 1988 hiermit nicht ausdrücklich beauftragt war.
	18	Daran anknüpfend führt das Landesarbeitsgericht aus, der Entschluss der Beklagten aus dem Jahr 1984, bei einer Stellenbesetzung für Bearbeiter in der Leistungs-

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		<p>abteilung nur noch Angestellte nach erfolgreicher Teilnahme an einer behördlichen Fortbildungsmaßnahme zu berücksichtigen, bilde für sich allein keinen sachlichen Grund, die Klägerin nur vorübergehend mit Aufgaben einer Bearbeiterin zu beauftragen. Grundsätzlich könne die Beklagte unter mehreren Stellenbewerbern zwar denjenigen auswählen, der die Fortbildung aufweise. Sie könne jedoch nicht einem Angestellten - wie der Klägerin -, der die entsprechende höherwertige Tätigkeit ausübe, die daraus folgende Höhergruppierung auf Dauer einzig und allein mit der Begründung verweigern, dass es an der Fortbildung fehle. Damit umgehe die Beklagte die tarifgerechte Vergütung eines auch auf die Dauer einsetzbaren und entsprechend qualifizierten Angestellten. Im Übrigen habe die Beklagte ihren Grundsatz "keine Höhergruppierung ohne Fortbildung" nicht ausnahmslos durchgeführt. Vielmehr seien auch nach 1984 mindestens drei Stellen in der Leistungsabteilung mit Mitarbeitern besetzt worden, die an der Fortbildungsmaßnahme nicht teilgenommen hätten. Unter diesen Umständen sei für das Gericht nicht mehr erkennbar, inwiefern die Fortbildungsmaßnahmen überhaupt eine notwendige Qualifikation für die Verwendung auf dem Dienstposten eines Bearbeiters in der Leistungsabteilung erbringen würden, die nicht ebenso gut auch anderweitig erworben werden könnten. Die Beklagte habe insoweit nicht einmal angedeutet, welche bestimmten Kenntnisse oder Fähigkeiten, die nur aus der Fortbildungsmaßnahme resultierten, für die Ausübung der Tätigkeit als Bearbeiterin erforderlich seien.</p>
	19	<p>Mit dieser Begründung konnte das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei bejahen, dass die nur vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich war. Bei den Begriffen des Rechtsmissbrauchs und des sachlichen Grundes handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Subsumtion den Tatsachengerichten ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt. Die Subsumtion ist nur daraufhin überprüfbar, ob das Tatsachengericht den Rechtsbegriff verkennt, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, bei der Subsumtion den Rechtsbegriff wieder aufgegeben oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (vgl. BAG Urteil vom 10. Februar 1988 - 4 AZR 585/87 – EEöD Nr. 440,</p>

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		m.w.N.). Solche Rechtsfehler sind hier nicht ersichtlich.
<i>Rechtsmissbrauch</i>	20	Das Landesarbeitsgericht hat den Begriff des Rechtsmissbrauchs nicht verkannt. Nach der Senatsrechtsprechung ist Rechtsmissbrauch dann anzunehmen, wenn für die nur vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit kein sachlicher Grund besteht (BAGE 49, 95, 98 = EEöD Nr. 366 ; BAG Urteil vom 5. September 1973 - 4 AZR 549/72 – EEöD Nr. 150 , m.w.N.).
<i>sachlicher Grund</i>	21	Die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit steht sachlich einer befristeten Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit gleich. Auch für diese wird ein sachlicher Grund gefordert (BAGE 52, 197, 207 = AP Nr. 19 zu § 2 KSchG 1969). Anknüpfend an die Rechtsprechung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts zur Befristung von Arbeitsverträgen darf auch die nur vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit als arbeitsvertragliches Gestaltungsmittel nicht funktionswidrig verwendet werden (vgl. BAGE 55, 1, 5 = AP Nr. 111 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG Urteil vom 26. April 1985 - 7 AZR 316/84 - AP Nr. 91 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, m.w.N.). Die nur vorübergehende Übertragung einer Tätigkeit kommt dann in Betracht, wenn die wahrzunehmende Tätigkeit keine Daueraufgabe darstellt, also in absehbarer Zukunft wegfällt, oder der Arbeitgeber den Arbeitsplatz für einen vorübergehend abwesenden oder besser qualifizierten Arbeitnehmer, der in absehbarer Zeit zur Verfügung steht, freihalten will oder aus sonstigen berechtigten Interessen den Arbeitsplatz vorläufig nicht mit dem betreffenden Arbeitnehmer endgültig besetzen will, z. B. weil dieser noch nicht ausreichend qualifiziert ist oder zunächst eine Ausschreibung vorgenommen werden soll. Nur unter diesen Voraussetzungen wird ein verständiger und sozial denkender Arbeitgeber eine Tätigkeit nur vorübergehend übertragen.
	22	Damit kommt es bei der Prüfung des sachlichen Grundes darauf an, ob die betreffende Stelle frei und auf Dauer zu besetzen ist, der Arbeitnehmer ausreichend befähigt ist und berechnete Interessen des Arbeitgebers


Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		einer sofortigen Übertragung der Tätigkeit auf Dauer nicht entgegenstehen. Auf diese bei der Prüfung des sachlichen Grundes zu berücksichtigenden Gesichtspunkte nimmt das Landesarbeitsgericht Bedacht und führt weiter zutreffend aus, im vorliegenden Fall - bei mehrfacher jahrelanger vorübergehender Übertragung - seien an das Vorliegen eines sachlichen Grundes verschärfte Anforderungen zu stellen (vgl. BAG Urteil vom 5. September 1973 - 4 AZR 549/72 – EEöD Nr. 150). Dies stimmt auch mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Befristung von Arbeitsverträgen überein, nach der mit zunehmender Dauer der Beschäftigung des Arbeitnehmers die Anforderungen an den sachlichen Grund der Befristung steigen (BAG Urteil vom 21. Januar 1987 - 7 AZR 265/85 - AP Nr. 4 zu § 620 BGB Hochschule, mit weiteren Nachweisen).
	23	Das Landesarbeitsgericht durfte vorliegend aus der fast achtjährigen ununterbrochenen Tätigkeit der Klägerin als Bearbeiterin einerseits schließen, dass ein ständiger Bedarf der Beklagten für die Besetzung der Stelle einer Bearbeiterin vorlag, also insoweit eine Daueraufgabe vorhanden war, und andererseits, dass die Klägerin die erforderliche Qualifikation für ihren Arbeitsplatz besaß. Mit Recht weist das Landesarbeitsgericht darauf hin, dass die Beklagte nicht angedeutet hat, welche bestimmten Kenntnisse oder Fähigkeiten, die bei der von der Beklagten geforderten Fortbildungsmaßnahme vermittelt würden, für die Ausübung der Tätigkeit als Bearbeiterin erforderlich seien und die die Klägerin nicht besitze. Wenn die Beklagte die Klägerin fast acht Jahre ununterbrochen durch wiederholte Beauftragungen als Bearbeiterin einsetzt und keine Beanstandung gegen die Arbeitsleistung der Klägerin erhebt, muss davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die für ihre Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt. Andernfalls wäre der ständige Einsatz der Klägerin als Bearbeiterin durch die Beklagte nicht verständlich. Weitere Gesichtspunkte, die es sachlich rechtfertigen könnten, der Klägerin die Tätigkeit einer Bearbeiterin nur vorübergehend zu übertragen, sind nicht ersichtlich. Damit ist mit dem Landesarbeitsgericht davon auszugehen, dass die nur vorübergehende Übertragung einer Tätigkeit als Bearbeiterin durch die Beklagte, zumindest bei der letzten Übertragung am 3. Oktober 1988,

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		rechtsmissbräuchlich war. Dies führt dazu, dass die Tätigkeit als Bearbeiterin als auf Dauer übertragen gilt.
<i>Mitbestimmung des Personalrats – Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen einer unterlassenen Beteiligung der Personalvertretung.</i>	24	Die Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin Vergütung nach VergGr. V c MTA zu gewähren, wird nicht dadurch berührt, dass der Personalrat der Übertragung der Tätigkeit einer Bearbeiterin auf die Klägerin nicht zugestimmt hat. Die nicht nur vorübergehende Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit bedarf allerdings der Zustimmung des Personalrats (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG). <u>Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist die Ausübung des Mitbestimmungsrechts nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG auch Wirksamkeitsvoraussetzung für die Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit</u> (vgl. zuletzt BAG Urteil vom 30. Mai 1990 - 4 AZR 74/90 – EEöD Nr. 473 , m.w.N.). Der Arbeitgeber ist nach dieser Rechtsprechung lediglich verpflichtet, die tatsächlich ausgeübte höherwertige Tätigkeit in Anlehnung an § 612 Abs. 2 BGB entsprechend zu vergüten, kann aber vor Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens dem Arbeitnehmer jederzeit die höherwertige Tätigkeit entziehen und damit auch die entsprechende höhere Vergütung (BAGE 38, 130, 139 = AP Nr. 7 zu §75 BPersVG, m.w.N.), was im vorliegenden Fall zum Wegfall des geltend gemachten Vergütungsanspruchs der Klägerin führen müsste, weil sie seit 1. September 1989 nicht mehr mit höherwertigen Tätigkeiten betraut ist. Diese Rechtsprechung kann der Senat aber nicht mehr aufrechterhalten.
	25	Der Senat hat in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht genügend zwischen dem arbeitsvertraglichen Anspruch und der mitbestimmungspflichtigen Zuweisung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit unterschieden. Durch Arbeitsvertrag oder Änderung des Arbeitsvertrags kann sich der Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine höherwertige Tätigkeit zuzuweisen und ihn entsprechend zu vergüten. Eine solche vertragliche Gestaltung wird durch das Personalvertretungsgesetz nicht verboten. Nur bei der Kündigung bestimmt § 79 Abs. 4 BPersVG, dass diese unwirksam ist, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist. Eine entsprechende Vorschrift, die die Vereinbarung einer höherwertigen Tätigkeit ohne Zustimmung des Perso-

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEÖD

		nalrats verbietet oder sie für unwirksam erklärt, gibt es nicht. Die Verpflichtung zur Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit und zu einer entsprechenden Vergütung verstößt auch nicht gegen allgemeine Grundsätze des Zivilrechts, Insbesondere handelt es sich hierbei nicht um eine auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vereinbarung, die nichtig wäre (§ 306 BGB).
	26	Der Vollzug der Vereinbarung einer höherwertigen Tätigkeit, nämlich die Zuweisung eines entsprechenden Arbeitsplatzes, bedarf zwar nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG der Mitbestimmung des Personalrats und kann ohne sie nicht durchgeführt werden. Der Personalrat kann jederzeit die Rückgängigmachung einer ohne seine Zustimmung durchgeführten Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit verlangen. Insoweit kann aber die vom Arbeitgeber versprochene Leistung (Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit) nur nachträglich bei einer endgültigen und wirksamen Zustimmungsverweigerung des Personalrats unmöglich werden. Dies löst nur die Rechtsfolgen der §§ 323 ff BGB aus, ändert aber nichts an der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung der Parteien.
	27	Im vorliegenden Fall ist der Klägerin vorab die Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit ab 3. Oktober 1988 mitgeteilt worden, womit sie einverstanden war. Damit ist zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen, der die Beklagte zur Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit (Bearbeiterin nach VergGr. V c MTA) und zur entsprechenden Vergütung verpflichtete. Dieser Vertrag ist wirksam. Wenn die Beklagte sich nunmehr wegen der fehlenden Zustimmung des Personalrats zumindest vorläufig daran gehindert sieht, die Klägerin als Bearbeiterin mit einer Tätigkeit der VergGr. V c MTA zu beschäftigen, so hat sie dies zu vertreten, bleibt aber nach §§ 324, 325 BGB zur Zahlung der entsprechenden Vergütung verpflichtet.
	28	Dieses Ergebnis wird sowohl den auf vertraglicher Vereinbarung beruhenden berechtigten Interessen der Arbeitnehmer gerecht, wenn der Arbeitgeber unter Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte eine höherwertige

Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“	Urteil 492
BAG Urteil vom 16.01.1991 – 4 AZR 301/90 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	EEöD

		Tätigkeit überträgt, als auch den auf den Regelungen des Personalvertretungsrechts beruhenden berechtigten Interessen des Personalrats, der die Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit nach wie vor verhindern kann. Wenn infolgedessen der Arbeitgeber möglicherweise zur Zahlung einer höheren Vergütung verpflichtet ist, ohne den Arbeitnehmer entsprechend beschäftigen zu können, hat er dies selbst zu vertreten, weil er sich nicht gesetzeskonform verhalten hat.
	29	Dieses Ergebnis stimmt auch mit der Rechtsprechung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts überein, der durch Urteil vom 2. Juli 1980 - 5 AZR 56/79 - (AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972) entschieden hat, dass ein ohne Zustimmung des Personalrats abgeschlossener Arbeitsvertrag wirksam ist, der Personalrat aber verlangen kann, dass der ohne seine Zustimmung eingestellte Arbeitnehmer nicht in der Verwaltung beschäftigt wird. Was für die Einstellung gilt, muss konsequenterweise auch für die Änderung des Arbeitsvertrags (durch Höhergruppierung) gelten. Auch insoweit handelt es sich um den Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags, dessen Wirksamkeit nicht von personalvertretungsrechtlichen Bestimmungen beeinträchtigt wird.
	30	Der Auffassung des Landesarbeitsgerichts, es bedürfe hier deshalb keiner Mitbestimmung des Personalrats, weil es sich um ein "Hineinwachsen" in eine höher zu bewertende Tätigkeit handele, kann nicht gefolgt werden. Die Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit durch die Klägerin beruht hier auf einer entsprechenden Übertragung (Vereinbarung) der Tätigkeit. Dies ist eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts würde dazu führen, dass der Arbeitgeber durch wiederholte und schließlich rechtsmissbräuchliche Übertragung vorübergehender Tätigkeiten das Mitbestimmungsrecht des Personalrats aushöhlen könnte.
	31	Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.