

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

91

Gesetz: BAT §§ 22, 23, 24; Anlage 1 a zum BAT: VergGr. VI b, V c, V b; Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen (LPVG NW): §§ 61, 69; BGB § 612.

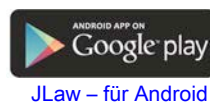
Leitsätze:

1. Ein Höhergruppierungsanspruch (§ 23 BAT) besteht nicht, wenn der Angestellte im Vergleich zu seiner bisherigen zwar eine höherwertige Tätigkeit auszuüben hat, diese ihm aber nicht auf Dauer zugewiesen worden ist.
2. In einem Klagebegehren des Angestellten, es solle festgestellt werden, daß er nach einer bestimmten Vergütungsgruppe zu vergüten sei, kann nicht auch die Klage auf Feststellung der Verpflichtung des Arbeitgebers gesehen werden, eine persönliche Zulage nach § 24 BAT zu zahlen.
3. Für die Übertragung einer nicht nur vorübergehend auszuübenden, jedoch tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit auf den Angestellten ist die Zustimmung des zuständigen Personalrats nach § 69 LPVG NW deswegen erforderlich, weil die nunmehr vertraglich auszuübende Tätigkeit kraft Tarifautomatik die Vergütung nach einer höheren Vergütungsgruppe des Bundes-Angestellten-tarifvertrages als der bisherigen und damit eine Höhergruppierung sowohl im Sinne des Landespersonalvertretungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen als auch des Bundes-Angestelltentarifvertrages nach sich zieht.
4. In der Übertragung einer tariflich höher zu bewertenden und nicht nur vorübergehend auszuübenden Tätigkeit liegt immer eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme des Arbeitgebers.
5. Ist dem Angestellten eine Tätigkeit durch den Arbeitgeber zugewiesen worden, die gegenüber der bisherigen faktisch zwar höherwertig ist, aber den Tarifanspruch auf Höhergruppierung nicht auslösen kann, weil die entsprechende Maßnahme des Arbeitgebers wegen fehlender Mitbestimmung des Personalrats unwirksam und deshalb die vertraglich auszuübende Tätigkeit die bisherige geblieben ist, dann steht dem Angestellten wegen fak-

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

tisch höherwertiger Arbeitsleistung gleichwohl die höhere Vergütung für die Zeit der höherwertigen Arbeitsleistung zu.

6. Unterläßt es der Arbeitgeber schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) bei einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme den zuständigen Personalrat einzuschalten, um das Mitbestimmungsverfahren einzuleiten, so daß ein wirksamer Höhergruppierungsanspruch des Angestellten nicht entsteht, dann kann dem Angestellten ein Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber zustehen.

Aktenzeichen: 4 AZR 315/71

Urteil des BAG vom 14. Juni 1972

LAG Hamm



Im Namen des Volkes!

91

Verkündet am
14. Juni 1972

gez. Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Juni 1972 durch den Senatspräsidenten Dr. Poelmann, die Bundesrichter Dr. Neumann und Dr. Feller sowie die Bundesarbeitsrichter Willems und Clemens für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 18. Juni 1971 - 2 Sa 252/71 - in der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als der Antrag des Klägers zurückgewiesen worden ist, ihm ab 1. März 1968 Vergütung nach VergGr. V b, hilfsweise nach VergGr. V c BAT zu gewähren.

Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



Tatbestand:

Der Kläger war vom 1. Juli 1966 bis zum 30. September 1970 bei der Beklagten als Angestellter beschäftigt und dort in der Verbrauchsabteilung der Stadtwerke tätig. Er erhielt Vergütung nach VergGr. VI b BAT.

Von 1967 bis Ende Februar 1968 wurde bei den Stadtwerken das herkömmliche Buchungsverfahren auf eine Abrechnung mit Hilfe einer bei der Stadt O installierten EDV-Anlage umgestellt. An den Vorbereitungen zur Umstellung war der Kläger, der außerdienstlich an mehreren Lehrgängen über maschinelle Datenverarbeitung mit Erfolg teilgenommen hatte, maßgeblich beteiligt, wobei die Parteien jedoch über den Umfang dieser Beteiligung und deren Bewertung streiten. Jedenfalls wurden die Verhandlungen mit dem Leiter der EDV-Anlage in O teils vom Kläger allein, teils zusammen mit dem Werksdirektor der Beklagten geführt. Vom Kläger gemachte Vorschläge und Anregungen wurden dabei in nicht unerheblichem Umfange berücksichtigt.

Nach Beendigung der Umstellung im Februar 1968 war es Aufgabe des Klägers, die für die Berechnung der Verbrauchergebühren wesentlichen Daten zu erfassen und auf die für die EDV-Anlage benötigten Lochkarten zu übertragen. Hierzu war die Kenntnis der einschlägigen Tarifbestimmungen, Rechtsvorschriften und sonstigen Gegebenheiten, die bei der Errechnung der Gebühren zu berücksichtigen sind, erforderlich. Zu dieser Arbeit benötigte der Kläger etwa 2/3 seiner Arbeitszeit. Weitere 15% seiner Dienstzeit beanspruchte die Beantwortung und die Bearbeitung von Nachfragen und Beschwerden einzelner Kunden sowie die Kundenberatung.

Am 25. Oktober 1967 beantragte der Kläger seine Höhergruppierung in die VergGr. V b BAT. Eine Zustimmung des zuständigen Personalrates zur Höhergruppierung des Klägers liegt nicht vor.

Der Kläger ist der Ansicht, er erfülle mindestens seit dem Oktober 1967 die Tätigkeitsmerkmale der VergGr. V b BAT,



jedenfalls aber der VergGr. V c BAT. Entscheidend sei, daß er zu einem wesentlichen Teil die Verhandlungen über die Umstellung auf elektronische Datenverarbeitung geführt und die dafür erforderlichen Vorarbeiten geleistet habe. Insgesamt habe es sich nicht etwa um eine zeitlich begrenzte Aufgabe gehandelt. Er habe des weiteren die einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser und elektrischer Energie kennen müssen und neben einem besonderen Maß an sonstigen Kenntnissen anzuwenden gehabt; entsprechend diesen Kenntnissen habe er überwiegend selbständige geistige Leistungen erbringen müssen. Seine Arbeit erfordere auch eine Ausbildung auf dem Gebiet der Datenverarbeitung und die Anwendung der dabei erworbenen Kenntnisse.

Der Kläger ist der Meinung, auf die mangelnde Zustimmung des Personalrates könne sich die Beklagte nicht berufen, denn ihr sei bekannt gewesen, daß er eine höherwertige Tätigkeit ausgeübt habe; die Beklagte habe es schuldhaft unterlassen, den Personalrat einzuschalten. Die Beklagte hafte hierfür aus § 823 Abs. 2 BGB sowie aus positiver Forderungsverletzung. Aus der Bescheinigung des Personalrates vom 27. Oktober 1970 ergebe sich, daß dieser der Höhergruppierung zugestimmt haben würde, wenn er darum ersucht worden wäre.

Der Kläger hat demgemäß beantragt festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihm für die Zeit vom 1. Oktober 1967 bis 30. September 1970 Vergütung nach VergGr. V b, hilfsweise nach VergGr. V c BAT zu gewähren.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne aus möglicherweise höherwertiger Tätigkeit während der Zeit der Umstellung des Buchungsverfahrens keinen Anspruch auf Höhergruppierung herleiten, da es sich dabei um eine vorübergehende Aufgabe gehandelt habe. Im übrigen habe der Kläger dazu zwar gründliche, nicht aber vielseitige Fachkenntnisse benötigt. Kenntnisse der Datenverarbeitung seien nach der Umstellung nicht mehr erforderlich gewesen, da es sich nur um eine Erfassung und listenmäßige Mitteilung tatsächlicher Daten unter Anwendung der vier Grundrechnungsarten



gehandelt habe. Überwiegend selbständige Leistungen seien dabei nicht erforderlich gewesen, auch nicht bei der Kundenberatung.

Der Kläger könne auch schon deshalb keinen Anspruch auf Höhergruppierung geltend machen, weil es an der notwendigen Zustimmung des Personalrates fehle. Daraus, daß der Personalrat nicht beteiligt worden sei, könne der Beklagten kein Vorwurf gemacht werden, da sie der berechtigten Auffassung gewesen sei, der Kläger habe keinen Anspruch auf Höhergruppierung gehabt. Im übrigen hätte sich der Kläger selbst an den Personalrat wenden können.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist vom Landesarbeitsgericht zurückgewiesen worden. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist für den Klagezeitraum ab 1. Oktober 1967 bis 28. Februar 1968 unbegründet. Im übrigen ist sie begründet.

Für die Zeit bis zum 28. Februar 1968 hat das Landesarbeitsgericht den vom Kläger geltend gemachten Anspruch deshalb als unbegründet erachtet, weil dem Kläger die während der Zeit der Umstellung des Buchungsverfahrens auf Abrechnung mit Hilfe einer EDV-Anlage auszuübende Tätigkeit nur vorübergehend zugewiesen worden sei, eine Höhergruppierung nach § 23 BAT aber eine nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit voraussetze.

Das Landesarbeitsgericht hat hierzu ausgeführt, daß die Umstellung selbst nur eine vorübergehende gewesen sei, ihre zeitliche Begrenzung habe von vornherein festgestanden. Auf die vorübergehende Natur der Umstellungstätigkeit des Klägers sei dieser von der Beklagten mit Schreiben vom 7. Dezember 1967 auch hingewiesen worden. Vor allem habe sich aber die vorübergehende Natur der Umstellungstätigkeit für den Kläger erkennbar auch aus den Umständen des Falles ergeben. Die während der Zeit der Umstellung geleistete Arbeit sei zwangsläufig vorübergehender Natur gewesen und habe ihr Ende mit der endgültigen



Umstellung der Abrechnung auf die EDV-Anlage gefunden.

Damit hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, daß dem Kläger die nach seiner Ansicht höherwertige Tätigkeit während der Umstellung nicht auf Dauer zugewiesen war. Diese Feststellung bindet das Revisionsgericht gemäß § 561 Abs. 2 ZPO, da die gegen diese Feststellung erhobene Rüge der Revision, es fehle an einer ausreichenden Begründung hierfür (§ 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO), unbegründet ist. Es reicht nämlich aus, wenn das angefochtene Urteil seine Feststellung, daß dem Kläger die Umstellungstätigkeit nur vorübergehend zugewiesen worden war, damit begründet, daß dies dem Kläger schon bei Beginn der entsprechenden Tätigkeit aus den Umständen des Falles erkennbar gewesen war. Dafür bezieht sich das angefochtene Urteil auf die Tatsache, daß die Umstellung der Abrechnung auf die EDV-Anlage, deren zeitliche Begrenzung von vornherein feststand, selbst nur vorübergehender Natur war und mit der endgültigen Umstellung der Abrechnung ihr Ende fand; damit kommt es auf den schriftlichen Hinweis der Beklagten vom 7. Dezember 1967 nicht mehr an.

Steht damit aber für das Revisionsgericht bindend fest, daß die Umstellungstätigkeit nur vorübergehend zugewiesen worden war, so entfällt auch für die Zeit bis zum 28. Februar 1968, an dem die Umstellung beendet worden war, der geltend gemachte Höhergruppierungsanspruch. Dafür kommen aber insoweit auch Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung oder wegen eventueller unerlaubter Handlung hier aus dem Gesichtspunkt der schuldhaften Nichteinschaltung des Personalrates seitens der Beklagten nicht in Betracht, weil eine Beteiligung desselben an einer Höhergruppierung hier nicht in Frage kommt.

Soweit dem Kläger für eine vorübergehende Ausübung gegebenenfalls höherwertiger Tätigkeit eine persönliche Zulage nach § 24 BAT zustehen könnte, hat er einen entsprechenden Anspruch mit der vorliegenden Klage nicht geltend gemacht, denn in dem Klagebegehren, den Kläger nach VergGr. V b bzw. V c zu vergüten, kann nicht auch die Klage auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten gesehen werden, die Zulage i.S.



von § 24 BAT zu zahlen (vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 71 PersVG). Es bleibt dem Kläger daher unbenommen, einen Anspruch nach § 24 BAT noch geltend zu machen.

Die Klage auf Vergütung nach einer höheren Vergütungsgruppe für die Zeit bis zum 28. Februar 1968 ist nach allem zu Recht abgewiesen worden, so daß auch die Revision insoweit zurückgewiesen werden mußte.

Für die Zeit ab 1. März 1968 gehen das Landesarbeitsgericht wie auch das Arbeitsgericht davon aus, daß dem Kläger schon deshalb keine Ansprüche auf Vergütung nach VergGr. V b oder V c BAT zustehen könnten, weil unstreitig eine vorherige Zustimmung des Personalrates zur Höhergruppierung des Klägers fehle (vgl. § 69 LPVG NW).

Das ist jedenfalls insoweit zutreffend, als für die Übertragung einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit auf den Angestellten die Zustimmung des zuständigen Personalrates deswegen erforderlich ist, weil die nunmehr vertraglich auszuübende Tätigkeit kraft Tarifautomatik die Vergütung nach einer höheren Vergütungsgruppe des BAT als der bisherigen und damit eine Höhergruppierung sowohl im Sinne des LPVG NW als auch des BAT nach sich zieht (vgl. § 69 LPVG NW i.V. m. § 22 BAT). Dabei ist zu beachten, daß in der Übertragung einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit immer eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme des Arbeitgebers liegt (vgl. § 61 Abs. 1, Abs. 2 LPVG NW), auch wenn in der Regel zur Übertragung selbst das Einverständnis des Angestellten erforderlich ist; denn grundsätzlich kann keinem Angestellten gegen seinen Willen eine im Verhältnis zu seiner bisherigen Tätigkeit tariflich höher oder niedriger zu bewertende Tätigkeit übertragen werden. Sollte mithin dem Kläger von der Beklagten eine höherwertige Tätigkeit auf Dauer übertragen worden sein, so ist diese Maßnahme der Beklagten, auch bei Einverständnis des Klägers, mangels Zustimmung des Personalrates und damit wegen Fehlens einer gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam, so daß ein Höhergruppierungsanspruch des Klägers nicht entstehen konnte. Für die tarifrechtliche Bewertung bleibt daher weiterhin die schon vertraglich bisher auszuübende Tätigkeit des



Klägers maßgebend (vgl. BAG 17, 248 257 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge: BAVAV; BAG 18, 142 150, 151 = AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: BAVAV; BAG 19, 295 300 = AP Nr. 9 zu § 1 TVG Tarifverträge: BAVAV; BAG AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: BAVAV; BAG AP Nr. 11 zu § 71 PersVG).

Jedoch liegt danach eine mitbestimmungspflichtige Höhergruppierung im Sinne des § 69 LPVG NW nur dann vor, wenn dem Kläger eine höherwertige Tätigkeit durch eine Maßnahme der Beklagten nicht nur vorübergehend zugewiesen worden ist. Es besteht demgegenüber aber auch die Möglichkeit, daß die ursprünglich vertraglich auszuübende Tätigkeit im Laufe der Zeit dadurch zu einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit wird, daß z.B. ein Teil der Aufgaben des Angestellten sich nach Umfang und Art ändert und infolgedessen der Angestellte von einem späteren Zeitpunkt an überwiegend mit Tätigkeiten einer höheren Vergütungsgruppe beschäftigt wird und ihm aus diesem Grunde ein Höhergruppierungsanspruch erwächst (vgl. § 23 Abs. 1 BAT). Liegt ein solcher Fall vor, so kann von einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme des Arbeitgebers nicht gesprochen werden (vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 71 PersVG). Der Angestellte hat dann im Rahmen der von ihm vertraglich auszuübenden Tätigkeit kraft Tarifautomatik einen Anspruch auf Höhergruppierung, d. h. auf Vergütung nach der Vergütungsgruppe erworben, deren Tätigkeitsmerkmal die auszuübende Tätigkeit nunmehr entspricht.

Für die Entscheidung der Frage, ob dem Kläger ab 1. März 1968 eine eventuell höherwertige Tätigkeit durch eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme des Arbeitgebers übertragen worden ist oder nicht, fehlt es an jeglichen Feststellungen im angefochtenen Urteil. Aus diesem läßt sich nur entnehmen, daß dem Kläger jedenfalls bis zum 28. Februar 1968 die ihm übertragenen Aufgaben bei der Umstellung auf EDV-Abrechnung nicht auf Dauer zugewiesen worden waren. Hingegen bleibt offen, ob der Kläger neben dieser vorübergehenden Tätigkeit auch Aufgaben der Verbrauchsabrechnung wahrgenommen hat, und welche Aufgaben dem Kläger sonst, insbesondere auch vor der Zeit der Umstellung, zugewiesen worden waren. Daher kann das Revisionsgericht nicht



beurteilen, ob die vom Kläger in der Zeit ab 1. März 1968 ausgeübte Tätigkeit der Erfassung wesentlicher Daten für die Verbrauchsabrechnung ihm von diesem Zeitpunkt an neu übertragen worden war, oder ob es weiterhin die schon bisher vom Kläger auszuübende Tätigkeit war, die sich in ihrem Umfang nur dadurch geändert hat, daß vom 1. März 1968 an die bisherige vorübergehend auszuübende Umstellungstätigkeit weggefallen war. Es steht ferner auch nicht fest, ob die ab 1. März 1968 vom Kläger auszuübende Tätigkeit eine einheitlich zu bewertende Gesamttätigkeit war, oder ob es sich um verschiedene Teiltätigkeiten gehandelt hat, von denen eine, wie der Kläger vorträgt, überwog und dann nach §§ 22, 23 BAT die allein zu bewertende überwiegende Tätigkeit war.

Schon aus diesen Gründen mußte das angefochtene Urteil für die Zeit ab 1. März 1968 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden. Dieses wird zunächst einmal zu prüfen haben, ob die ab 1. März 1968 überwiegend auszuübende und ausgeübte Tätigkeit - falls keine einheitlich zu bewertende Gesamttätigkeit in Betracht kommt (vgl. BAG AP Nr. 27 zu §§ 22, 23 BAT) - dem Kläger durch eine Maßnahme des Arbeitgebers neu übertragen worden war, oder ob die vom Kläger seinerzeit auszuübende Tätigkeit sich lediglich quantitativ oder auch qualitativ geändert hat, ohne daß insoweit eine Maßnahme des Arbeitgebers hierfür ursächlich war (vgl. § 23 Abs. 1 BAT). In letzterem Falle könnte der Anspruch des Klägers, wenn seine Tätigkeit die Merkmale der VergGr. V b bzw. V c BAT erfüllt, begründet sein, ohne daß es in diesem Falle, wie schon ausgeführt, auf eine Beteiligung des Personalrates im Mitbestimmungsverfahren bei Höhergruppierung ankommt (vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 71 PersVG).

Ergibt jedoch die Prüfung, daß dem Kläger ab 1. März 1968 durch eine Maßnahme der Beklagten eine insgesamt oder überwiegend auszuübende Tätigkeit im oben näher gekennzeichneten Sinn neu übertragen worden ist, die gegenüber der bisherigen höherwertig war und deren Übertragung deshalb, wie schon ausgeführt,



der Zustimmung des Personalrates zu ihrer Wirksamkeit bedurft hätte, so ist folgendes zu beachten:

Der Kläger hat in diesem Falle tatsächlich eine höherwertige Tätigkeit ausgeübt. Diese ist zwar nicht die vertraglich auszuübende Tätigkeit und damit nicht die für die Tarifautomatik - Bestimmung der tariflichen Mindestvergütungsgruppe - maßgebliche Tätigkeit, so daß ein tariflicher Anspruch auf Vergütung nach einer höheren Vergütungsgruppe entfällt. Gleichwohl kann der Klageanspruch auf Vergütung nach VergGr. V b bzw. V c BAT für die Zeit gerechtfertigt sein, während der der Kläger die höherwertige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt hat, obwohl sie nicht die von ihm vertraglich auszuübende Tätigkeit war. Das folgt aus einer hier gebotenen entsprechenden Anwendung des § 612 BGB. Danach hat derjenige Arbeitnehmer, der faktisch seinem Arbeitgeber Arbeit leistet, zu der er mangels völliger oder teilweiser Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nicht verpflichtet ist, gleichwohl Anspruch auf die Vergütung, die bei voller Wirksamkeit des Arbeitsvertrages üblicherweise vom Arbeitgeber zu zahlen wäre, denn der Arbeitgeber hat in einem solchen Falle die höherwertige Tätigkeit des Arbeitnehmers erhalten.

Im vorliegenden Falle wäre also eine Vergütung nach VergGr. V b bzw. V c BAT von der Beklagten dann zu zahlen, wenn die Tätigkeit des Klägers den Merkmalen dieser Vergütungsgruppen entsprach. Denn im öffentlichen Dienst ist es üblich, einem Arbeitnehmer regelmäßig die Vergütung zu gewähren, die bei Erfüllung bestimmter Tätigkeitsmerkmale als Mindestvergütung anzusehen ist (§ 612 Abs. 2 BGB analog).

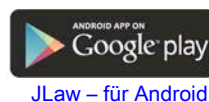
Es kann in einem Falle wie dem vorliegenden nichts anderes gelten, als was Rechtsprechung und Lehre an Grundsätzen über das sogenannte faktische Arbeitsverhältnis bei Mängeln oder Fehlern des Arbeitsvertrages aufgestellt haben. Hiernach kann sich der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Zahlung der Vergütung für geleistete Arbeit grundsätzlich nicht dadurch entziehen, daß er sich auf u.U. rückwirkende Nichtigkeit des Arbeitsvertrages beruft. Er hat die entgegengenommene, vom Arbeitnehmer tatsächlich geleistete Arbeit so zu vergüten, als ob der Ar-



beitsvertrag fehlerfrei voll wirksam wäre (vgl. ARS 40, 250; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7. Aufl., S. 114, 183 f.; 186 ff. [191]; Nikisch, Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl., S. 173 ff., 214 ff. [219]). Das ist vor allem für den Fall der Leistung unzulässiger, gesetz- oder tarifwidriger Mehrarbeit ausgesprochen worden. Hier ist allgemein anerkannt, daß trotz Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot ungesetzliche oder tarifwidrige Mehr- bzw. Überarbeitsstunden grundsätzlich so zu vergüten sind, wie wenn es gesetzlich oder tariflich zulässigerweise geleistete Arbeitsstunden gewesen wären (vgl. BAG 8, 25 [29] = AP Nr. 5 zu § 7 AZO; BAG AP Nr. 9 zu § 15 AZO; BAG 5, 86 [93] = AP Nr. 1 zu § 2 TO.A; BAG 8, 245 [251] = AP Nr. 2 zu § 2 TO.A; BAG AP Nr. 3 zu § 10 JugArbSchutzG; ARS 13, 563; 14, 165; 15, 509; 38, 23; Hueck-Nipperdey, aaO, S. 191, 279; Nikisch, aaO, S. 219, 348).

Ähnlich ist auch bei Verstoß gegen eine tarifliche Schriftform und daraus folgender Nichtigkeit des Arbeitsvertrages das Arbeitsverhältnis wie ein fehlerfrei zustande gekommenes behandelt worden (vgl. BAG 5, 58 [65] = AP Nr. 2 zu § 125 BGB); auch ist dem Arbeitnehmer für am arbeitsfreien Tag tarifwidrig geleistete Arbeit ein Lohn nach den in Betracht kommenden Tarifvorschriften zu zahlen (BAG AP Nr. 108 zu § 1 TVG Auslegung).

Entsprechendes hat zu gelten, wenn dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit durch den Arbeitgeber zugewiesen worden ist, die gegenüber der bisherigen faktisch höherwertig ist, aber den Tarifanspruch auf Höhergruppierung deshalb nicht auslösen kann, weil die entsprechende Maßnahme des Arbeitgebers wegen fehlender Mitbestimmung des Personalrates und damit Fehlens einer gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam ist, so daß auch die vertraglich auszuübende Tätigkeit die bisherige geblieben ist. In diesem Falle steht dem Arbeitnehmer wegen faktisch höherwertiger Arbeitsleistung auch die höhere Vergütung für die Zeit der höherwertigen Arbeitsleistung zu (BAG, Urteil vom 8. September 1971 - 4 AZR 405/70, zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk vorgesehen).



Der Unterschied dieser Rechtsfolge zu der Höhergruppierung des Angestellten (§ 23 BAT) besteht darin, daß die Arbeitsvertragsparteien vertraglich noch nicht gebunden sind, einerseits eine höherwertige Arbeit zu leisten und andererseits diese entgegenzunehmen. Der Arbeitnehmer kann vielmehr die Leistung der höherwertigen Tätigkeit jederzeit verweigern und der Arbeitgeber insbesondere die höherwertige Tätigkeit jederzeit entziehen, um wieder vertrags- und gesetzestreu zu werden. Vor allem besteht für den Angestellten aufgrund der vertraglich weiterhin auszuübenden bisherigen Tätigkeit kein tariflicher Anspruch auf Höhergruppierung im Sinne des § 23 BAT. Erst wenn der Personalrat in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise der Maßnahme des Arbeitgebers zustimmt, wird die in der Regel im Einverständnis mit dem Angestellten erfolgte Übertragung höherwertiger Tätigkeit wirksam, die nunmehr die tarifliche Höhergruppierung nach sich zieht. Da aber im vorliegenden Falle eine Erklärung des Personalrates zur Frage der höherwertigen Tätigkeit des Klägers erst vom 27. Oktober 1970 vorliegt, also nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien mit Ablauf des 30. September 1970 durch Ausscheiden des Klägers, konnte diese Erklärung, falls hierin überhaupt eine Zustimmung zur höherwertigen Tätigkeit liegen könnte, keine Wirksamkeit mehr entfalten.

Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht den Klageanspruch des Klägers unter dem Gesichtspunkt eines Schadenersatzanspruches abgewiesen. Selbst wenn man den Antrag des Klägers unter Berücksichtigung der hierfür gegebenen Begründung sehr weit dahin auslegen wollte, daß mit ihm hilfsweise auch Schadenersatzansprüche in Höhe des Unterschieds zur von ihm in der Hauptsache beantragten Zahlung einer Vergütung nach den höheren Vergütungsgruppen V b bzw. V c BAT und der tatsächlich erhaltenen Vergütung nach der VergGr. VI b BAT im Wege einer entsprechenden Feststellungsklage geltend gemacht werden sollten, scheiden im vorliegenden Fall solche Ansprüche aus. Sie würden als Schadenersatzansprüche einerseits aus positiver Forderungsverletzung in Betracht kommen, andererseits aus unerlaubter Handlung nach



§ 823 Abs. 2 BGB, wenn man die einschlägigen Vorschriften des PersVG NW über die Mitbestimmung des Personalrates bei Höhergruppierung als ein Schutzgesetz auch für den einzelnen Arbeitnehmer anzusehen hätte, was hier jedoch unerörtert bleiben kann. Denn in jedem Falle müßte feststehen, daß die Beklagte schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) gehandelt hatte, als sie es unterließ, den Personalrat einzuschalten, um das Mitbestimmungsverfahren einzuleiten (vgl. § 61 LPVG NW).

Das ist nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils und den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts jedoch nicht der Fall. Das Landesarbeitsgericht führt zur Frage des Verschuldens der Beklagten aus, daß sie sorgfältig die Angelegenheit der Höhergruppierung des Klägers geprüft, das Für und Wider gegeneinander abgewogen und zumutbare Erkundigungen bei dafür zuständigen Stellen eingezogen habe. Sie habe bereits in einer Zeit, als der Kläger mit der zeitlich begrenzten Umstellung beschäftigt gewesen sei, den Werksleiter aufgefordert, zum Höhergruppierungsantrag des Klägers Stellung zu nehmen und von vornherein beabsichtigt, die Vereinigung kommunaler Arbeitgeber (VKA) nach Stellungnahme des Werksleiters zu einer Stellungnahme zu dem Höhergruppierungsantrag des Klägers aufzufordern. Als dann der Kläger seine Arbeitsplatzbeschreibung vom 28. August 1968 dem Werksleiter eingereicht habe, sei diese, da sie nur pauschale Angaben über die Tätigkeit des Klägers enthalten habe, nicht ohne weiteres geeignet gewesen, dem Stadtdirektor der Beklagten die Beurteilung des Vorliegens der tariflichen Voraussetzungen für eine Höhergruppierung zu erläutern, zumal dem Dienststellenleiter angesichts des Ineinanderübergehens der Tätigkeitsmerkmale der in Frage kommenden Vergütungsgruppen ein gewisser Beurteilungsspielraum habe zugebilligt werden müssen. Der Stadtdirektor der Beklagten habe sich mit der ablehnenden Stellungnahme des Werksleiters zum Antrag des Klägers nicht begnügt, sondern sich vielmehr an die für die Beklagte zuständige Tarifvertragspartei (VKA) gewandt und um eine Stellungnahme gebeten. Wenn der Stadtdirektor sodann aufgrund der



die Unbegründetheit des Höhergruppierungsantrages bestätigen-
den Auskunft der VKA diesen abgelehnt habe, so habe er damit
alles getan, was man billigerweise habe von ihm verlangen
können.

Aufgrund dieser mit einer zulässigen und begründeten Ver-
fahrensrüge nicht angegriffenen Feststellungen des Landesar-
beitsgerichts kann dessen Rechtsauffassung, ein Verschulden
der Beklagten sei zu verneinen, revisionsrechtlich nicht be-
anstandet werden. Entgegen der Auffassung der Revision ist der
Arbeitgeber nicht immer schon dann verpflichtet, den Personalrat
einzuschalten, wenn für die Höherwertigkeit einer übertragenen
Tätigkeit auch nur eine entfernte Möglichkeit besteht. Solange
die Beklagte nach gründlicher Prüfung mit guten Gründen
damit rechnen konnte, daß eine nicht nur vorübergehend über-
wiegend auszuübende Tätigkeit des Klägers nicht als höherwertig
anzusehen war, war die Nichteinschaltung des Personalrates
jedenfalls noch nicht verschuldet; die Beklagte hat vielmehr
im vorliegenden Falle insoweit mit der verkehrsüblichen Sorg-
falt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB) gehandelt.

Nach allem wird das Landesarbeitsgericht nur noch darüber
zu befinden haben, ob der Klageanspruch ab 1. März 1968 ohne
Beteiligung des Personalrates nach § 23 Abs. 1 BAT oder wegen
faktisch höherwertiger Tätigkeit in entsprechender Anwendung
des § 612 BGB gerechtfertigt ist.

Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der
Revision mitzubefinden haben.

gez. Dr. Poelmann

Dr. Feller

Dr. Neumann

Willems

Clemens

