
Datum: 25.09.2003
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 Sa 265/03
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2003:0925.11SA265.03.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Münster, 4 Ca 1448/02
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 4 AZR 42/04 Revision aufgehoben
06.07.2005

Normen: Art. 33 Abs. 2 GG

Leitsätze:

Die nicht mit dem Prinzip der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG vereinbare Praxis des Landes, bei der Höhergruppierung eines prozentualen Anteils der Lehrer an Gesamtschulen den Kreis der Begünstigten nach der Dauer des unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu bestimmen (generelle Höhergruppierung bei unbefristeter Einstellung im Schuljahr 1996/1997 und früher), begründete keinen Anspruch eines im maßgeblichen Jahr befristet und erst später unbefristet eingestellten Lehrers auf Höhergruppierung nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz (im Anschluss an BAG 19.02.2003 – 7 AZR 67/02 – AP Nr. 58 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

Rechtskraft: Die Revision wird zugelassen

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 20.12.2002 - 4 Ca 1884/02 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Tatbestand

1

2

Der Kläger erstrebt eine Bezahlung nach der Vergütungsgruppe II a BAT ab dem 01.01.2002.

Der am 09.01.1956 geborene Kläger ist bei dem beklagten L2xx als Lehrer beschäftigt. Er besitzt die Befähigung zum Lehramt für die Sekundarstufe II und die Sekundarstufe I in den Fächern Mathematik und Sport. Vom 24.10.1994 bis zum 15.05.1997 bestand zwischen den Parteien ein befristetes Arbeitsverhältnis (Erziehungsurlaubsvertretung). Dieser Vertrag wurde am 07.04.1997 bis zum 02.07.1997 verlängert (Vertragskopien Bl. 5-9 d.A.). Nach Verstreichen der Sommerferien wurde der Kläger mit Wirkung ab dem 18.08.1997 bei der Gesamtschule B1xx-M5xxx als Angestellter auf unbestimmte Zeit eingestellt. In § 3 des Arbeitsvertrages vom 28.08.1997 ist vereinbart, dass sich die Eingruppierung nach dem jeweils geltenden Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen betreffend Eingruppierung der im Angestelltenverhältnis beschäftigten Lehrer an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen, die die fachlichen und pädagogischen Voraussetzungen zur Übernahme in das Beamtenverhältnis erfüllen (Runderlass vom 16.11.1981 in der jeweils gültigen Fassung, BASS – Nr. 21 - 21 – Nr. 52) und dass der Kläger danach gemäss Ziffer 6.2 in Verbindung mit 2.2 in die Vergütungsgruppe III BAT eingruppiert ist und überwiegend in der Sekundarstufe I eingesetzt wird (wegen weiterer Einzelheiten zum Arbeitsvertrag vom 18.08.1997: Vertragskopie Bl. 10 – 12 d. A.). Inzwischen ist der Kläger zur Gesamtschule H2xxxxxxx versetzt worden. Der Kläger wird überwiegend in der Sekundarstufe I eingesetzt. Unter dem 03.12.2001 beantragte der Kläger seine Eingruppierung in die Vergütungsgruppe II a BAT. Mit Wirkung zum 01.01.2002 trat in Nordrhein-Westfalen das Gesetz zur Überleitung von Lehrkräften mit den Befähigungen für die Lehrämter für die Sekundarstufen I und II an Gymnasien und Gesamtschulen in die Besoldungsgruppe A 13 (höherer Dienst) in Kraft. Dort ist unter der Überschrift "2. Überleitungsregelungen" u.a. bestimmt:

"1. Mit Wirkung vom 01. Januar 2002 sind

i. alle Lehrkräfte (Besoldungsgruppe A 12 oder A 13 –gehobener Dienst–) an Gymnasien mit den Befähigungen für das Lehramt für die Sekundarstufe I und für das Lehramt für die Sekundarstufe II und

ii die Lehrkräfte (Besoldungsgruppe A 12 oder A 13 – gehobener Dienst -) an Gesamtschulen, die spätestens im Schuljahr 1996/1997 eingestellt worden sind, mit den Befähigungen für das Lehramt für die Sekundarstufe I und für das Lehramt für die Sekundarstufe II

in die Besoldungsgruppe A 13 (höherer Dienst) – Studienrätin/Studienrat – über-geleitet und in eine entsprechende Planstelle eingewiesen."

(Bl. 32 d. A.).

Unter Bezugnahme auf dieses Gesetz teilte die Bezirksregierung Münster den Leiterinnen und Leitern der öffentlichen Gesamtschulen unter dem 18.01.2002 mit:

"

Vorstehende Regelung gilt für Lehrkräfte im Beamtenverhältnis unmittelbar. Vergleichbare Lehrkräfte, die sich im Angestelltenverhältnis befinden, werden durch Änderung des Arbeitsvertrages ebenfalls in die vergleichbare Vergütungsgruppe II a BAT übergeleitet (rückwirkend zum 01.01.2002), sobald der Personalrat im Einzelfall zugestimmt hat (§ 72 Abs. 1 Nr. 4 LPVG).

Zur gegebener Zeit werden die betroffenen Lehrkräfte von hier aus benachrichtigt.	12
Das Ermitteln der in Betracht kommenden Lehrkräfte dauert noch an.	13
.....	14
... bitte ich Sie, in geeigneter Weise zu überprüfen, welche Lehrkräfte an Ihrer Schule die Voraussetzungen für die Überleitung in den höheren Dienst erfüllen (also: Kombinationslehramt und spätestens im Schuljahr 1996/1997 beim L2xx NRW eingestellt). ..."	15
(Bl. 13, 14 d. A.).	16
Unter dem 17.04.2002 beantwortete die Bezirksregierung Münster das Höhergruppierungsbegehren des Klägers vom 03.12.2001 (s.o.) abschlägig: Der Kläger könne nicht in die vergleichbare Vergütungsgruppe II a BAT übergeleitet werden, da er die Voraussetzung "spätestens im Schuljahr 1996/1997 eingestellt" nicht erfülle; er sei zwar bis zum 02.07.1997 tätig gewesen, dann aber sei er erst wieder seit dem 18.08.1997 beschäftigt worden; dabei sei nicht entscheidungserheblich, dass es sich bei dem Zeitraum der Nichtbeschäftigung vom 03.07.1997 bis zum 17.08.1997 um die Sommerferien 1997 gehandelt habe (Bl. 15, 16 d. A.).	17
Die vorliegende Klage ist am 05.06.2002 bei dem Arbeitsgericht eingegangen und dem beklagten L2xx am 24.06.2002 zugestellt worden. Die Vergütungsdifferenz zwischen der begehrten und der aktuell gezahlten Vergütung beträgt monatlich insgesamt 380,26 €.	18
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, sein Anspruch auf Höhergruppierung folge aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Er werde unberechtigt gegenüber vergleichbaren Lehrkräften, die spätestens im Schuljahr 1996/1997 eingestellt worden seien, ungleich behandelt. Auch er sei spätestens seit dem Schuljahr 1996/1997 ununterbrochen im Schuldienst und in derselben Beschäftigungsdienststelle tätig gewesen. Die Befristung von Lehrerarbeitsverhältnissen bis zum Beginn der Ferien und die Wiedereinstellung nach Ende der Ferien habe allein das Ziel, Vergütungskosten zu sparen. Eine Rechtfertigung, das Arbeitsverhältnis des Klägers anders zu behandeln, als die Arbeitsverhältnisse solcher Lehrkräfte, die im Schuljahr 1996/1997 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis gestanden hätten, bestehe jedoch nicht. Darüber hinaus folge der Anspruch auch daraus, dass eine Ungleichbehandlung gegenüber solchen Lehrkräften bestehe, die an Gymnasien beschäftigt seien. Bei den dortigen Lehrkräften werde nicht nach der Beschäftigungsdauer der Lehrkräfte differenziert. Für diese Ungleichbehandlung zwischen Lehrern an Gymnasien und an Gesamtschulen gebe es keinen sachlichen Grund.	19
Der Kläger hat beantragt,	20
festzustellen, dass das beklagte L2xx verpflichtet ist, den Kläger ab dem 01.01.2002 entsprechend Vergütungsgruppe II a BAT (Bund, Länder) vergüten und die Differenzbeträge zwischen der Vergütung gemäss Vergütungsgruppe BAT II a und der tatsächlich gezahlten Vergütung mit 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 24.06.2002 zu vergüten,	21
hilfsweise,	22
das beklagte L2xx zu verurteilen, dem Kläger den Abschluss eines Änderungsvertrages vom 23.08.1997 anzubieten, nachdem dem Kläger abweichend hilfsweise von § 3 des Arbeitsvertrages vom 28.08.1997 rückwirkend zum 01.01.2002 eine Vergütung entsprechend	23

der Vergütungsgruppe II a BAT (Bund, Länder) gezahlt wird.

Das beklagte L2xx hat beantragt,	24
die Klage abzuweisen.	25
Das beklagte L2xx hat die Auffassung vertreten, der geltend gemachte Anspruch bestehe nicht. Übertrage man die gesetzliche Überleitungsregelung für Beamte sinngemäß auf angestellte Lehrkräfte, so folge hieraus, dass nur solche angestellte Lehrkräfte vergleichbare Lehrkräfte seien, die spätestens zum 31.07.1997 unbefristet eingestellt worden seien. Diese Voraussetzung erfülle der Kläger nicht. Der geltend gemachte Anspruch könne auch nicht aus einer Ungleichbehandlung mit Lehrern an Gymnasien hergeleitet werden. Diese Differenzierung folge aus dem Gesetz. Dieses Gesetz sei wirksam. An die gesetzliche Regelung sei das beklagte L2xx gebunden. Der Grund für die unterschiedliche Behandlung von Lehrkräften an Gymnasien gegenüber den Lehrkräften an Gesamtschulen bestehe darin, dass die Gesamtschule von ihrer Anlage her nicht darauf ausgerichtet sei, dass sämtliche Schüler auch in die Oberstufe einträten und das Abitur ablegten. An einem Gymnasium bestehe prozentual ein wesentlich höherer Bedarf an solchen Lehrkräften, die in der Sekundarstufe II eingesetzt würden. Demgegenüber sei es an den Gesamtschulen aufgrund der Schulform so, dass die Lehrkräfte teilweise ganz überwiegend im Bereich der Sekundarstufe I eingesetzt würden.	26
Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Urteil vom 20.12.2002 abgewiesen. Der Kläger könne sich nicht auf einen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen, weil die Zeit des befristeten Arbeitsverhältnisses nicht der Zeit des unbefristeten Arbeitsverhältnisses zugerechnet worden sei. Die bereits 1996/1997 unbefristet eingestellten Lehrer hätten zu diesem Zeitpunkt im Rahmen der Bestenauslese die Einstellungsvoraussetzungen erfüllt, was bei dem Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht der Fall gewesen sei. Auch mit der unterschiedlichen Behandlung von Lehrern an Gesamtschulen einerseits und Lehrern an Gymnasien andererseits habe das beklagte L2xx nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Das beklagte L2xx habe sich bei seiner Entscheidung an dem Gesetz zur Überleitung von Lehrkräften orientiert. Es könne nicht sachwidrig und willkürlich sein, wenn das beklagte L2xx sich mit seinem Runderlass an dem entsprechenden Gesetz zur Überleitung der beamteten Lehrern orientiere. Ob das Gesetz vom 19.12.2001 willkürliche Differenzierungen enthalte, könne vom Arbeitsgericht nicht überprüft werden. Existiere für beamtete Lehrkräfte eine entsprechende gesetzliche Regelung, so sei es nicht willkürlich, wenn mit angestellten Lehrern vergleichbar verfahren werde.	27
Gegen dieses am 29.01.2003 zugestellte Urteil richtet sich die am 19.02.2003 eingelegte Berufung des Klägers. Die Berufung ist zugleich mit ihrer Einlegung begründet worden.	28
Der Kläger wendet ein, er werde ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt gegenüber den Lehrern an Gesamtschulen, die spätestens im Schuljahr 1996/1997 unbefristet eingestellt gewesen seien. Diese seien nach dem einschlägigen Runderlass von ihrer Tätigkeit her ebenso wenig wie der Kläger in die Vergütungsgruppe II a BAT einzustufen. Eine unberechtigte Ungleichbehandlung liege auch gegenüber den Gymnasiallehrern vor. Das beklagte L2xx habe schriftsätzlich keine Gründe für die Ungleichbehandlung des Klägers vorgetragen, wie dies dem beklagten L2xx prozessual oblegen hätte. Das Arbeitsgericht habe sich zum Anwalt des beklagten L3xxxx aufgeschwungen und für das beklagte L2xx die sachliche Rechtfertigung der vorgenommenen Ungleichbehandlungen aus eigener Überzeugung dargelegt. Die	29

Ausführungen des Arbeitsgerichts zur sachlichen Rechtfertigung seien zudem auch inhaltlich nicht überzeugend. Der Kläger habe seit dem Schuljahr 1996/1997 die gleichen Arbeitsleistungen erbracht wie die Gesamtschullehrer, die ihm gegenüber bevorzugt worden seien. Es sei auch nicht gesagt, dass der Kläger grundsätzlich schlechter qualifiziert sei als die ihm gegenüber bevorzugten Gesamtschullehrer, weil er sich erst im Rahmen des Einstellungsverfahrens zum Schuljahr 1997/1998 für eine unbefristete Beschäftigung habe durchsetzen können. Es sei nicht zu erkennen, weshalb der Kläger nicht aufgrund seiner Noten auch in vorhergehenden Einstellungsverfahren zu berücksichtigen gewesen wäre. Das Arbeitsgericht habe nicht dargelegt, warum die Berücksichtigung in dem Lehrereinstellungsverfahren zum Schuljahr 1996/1997 oder in vorhergehenden Lehrereinstellungsverfahren eine höhere Vergütung gegenüber später eingestellten Lehrern rechtfertigen solle. Das beklagte L2xx habe darzulegen, warum die dem Kläger gegenüber bevorzugten Lehrer im Wege der Vertragsänderung höher vergütet worden seien und warum diese Gründe für eine Höhergruppierung im Fall des Klägers nicht maßgeblich sein sollten. In gleicher Weise sei nicht dargelegt, warum der Kläger gegenüber den Gymnasiallehrern ungleich behandelt werde. Es seien keine sachlichen Gründe genannt, warum bei Gesamtschullehrern anders als die Gymnasiallehrern nach dem Einstellungsdatum differenziert werde. Allein der Hinweis auf ein für Beamte geltendes Gesetz könne hier nicht überzeugen. Die Problematik befristeter Beschäftigung gebe es im Beamtenverhältnis nicht. Aus diesem Grunde könne das Überleitungsgesetz nicht entsprechend auf Angestellte angewandt werden. Arbeitsrechtlich sei es verboten, befristet beschäftigte Arbeitnehmer gegenüber unbefristeten Arbeitnehmern ungleich zu behandeln, nur weil diese befristet eingestellt gewesen seien (§ 4 Abs.2 TzBfG). Das beklagte L2xx berufe sich zur Rechtfertigung der Grenzziehung mit dem Einstellungsschuljahr zu 1996/1997 auf den theoretischen Gesamtanteil von 44 % der Schüler in der Gesamtschule, die die gymnasiale Oberstufe anstrebten. Dies stehe in keiner sachlichen Beziehung zum Differenzierungskriterium der befristeten oder unbefristeten Einstellung im Schuljahr 1996/1997. Eine Stichtagsregelung könne daran anknüpfen, ob an einem bestimmten Stichtag eine Arbeitsleistung erbracht worden sei oder nicht; eine Stichtagsregelung könne aber nicht daran anknüpfen, ob die Arbeitsleistung zu diesem Zeitpunkt auf der Grundlage eines befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnisses erbracht worden sei.

Der Kläger beantragt,

30

das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 20.12.2002 – 4 Ca 1884/02 – abzuändern und festzustellen, dass das beklagte L2xx verpflichtet ist, den Kläger ab dem 01.01.2002 entsprechend Vergütungsgruppe II a BAT (Bund, Länder) zu vergüten und die Differenzbeträge zwischen der Vergütung gemäss Vergütungsgruppe BAT II a und der tatsächlich gezahlten Vergütung in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 24.06.2002 zu vergüten; hilfsweise,

das beklagte L2xx zu verurteilen, dem Kläger den Abschluss eines Änderungsvertrages zum Arbeitsvertrag vom 28.08.1997 anzubieten, nachdem dem Kläger abweichend von § 3 des Arbeitsvertrages vom 28.08.1997 rückwirkend zum 01.01.2002 eine Vergütung entsprechend der Vergütungsgruppe II a BAT (Bund, Länder) gezahlt wird.

Das beklagte L2xx beantragt,

33

die Berufung zurückzuweisen.

34

Das beklagte L2xx verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Zutreffend habe das Arbeitsgericht einen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

35

verneint. Das folge bereits aus der Bindungswirkung der gesetzlichen Regelung, welche die nämliche Differenzierung treffe. An Gymnasien sei ein größerer Anteil Unterricht in der Sekundarstufe II zu erteilen als dies in Gesamtschulen der Fall sei. Die an Gymnasien zu leistende Arbeit sei damit insgesamt gesehen höherwertig als die an Gesamtschulen. Deshalb rechtfertige sich auch eine unterschiedliche Eingruppierung. Bei der Regelung zur Höhergruppierung an Gesamtschulen habe sich der Gesetzgeber von der Überlegung leiten lassen, dass es dort anders als an Gymnasien nicht das erste Ziel sei, zur allgemeinen Hochschulreife zu führen. Die meisten Schüler der Gesamtschule beendeten ihre Schullaufbahn mit einem mittleren Bildungsabschluss. Dieser Tatsache habe der Gesetzgeber mit den Regelungen des Überleitungsgesetzes vom 19.12.2001 Rechnung getragen. Grundlage hierfür sei die Annahme gewesen, dass etwa 80 % der Schüler der Gesamtschule dem Sekundarstufe-I-Bereich und 20 % der Oberstufe angehörten und von den Schülern der Sekundarstufe I ca. 30 % die gymnasiale Oberstufe anstrebten. Es errechne sich danach ein theoretischer Gesamtanteil von 44 % der Schüler mit dem Ziel der allgemeinen Hochschulreife (20 % zzgl. 30 % der restlichen 80 %). Tatsächlich sei der Anteil der Schüler der Oberstufe in den vergangenen Jahren aber mit 13 bis 14 % sogar noch deutlich geringer, so dass die Vorgabe von 44 % sogar sehr großzügig sei. Unter Zugrundelegung einer Quote von 44 % der Schüler an Gesamtschulen, die entweder bereits die Oberstufe besuchten oder diese anstrebten, habe der Gesetzgeber im Überleitungsgesetz das Einstellungsdatum des Schuljahres 1996/1997 als maßgebend für die Höhergruppierung festgelegt. Durch diese Grenzziehung werde eine dem prozentualen Anteil entsprechende Zahl von Höhergruppierungen erreicht.

Mit Beschluss vom 14.07.2003 hat die Kammer den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreitet (Höhergruppierung ab dem 01.08.2002) und in der Begründung des Vergleichsvorschlags darauf hingewiesen, dass sich die Frage stelle, ob nicht im Bereich der Gesamtschulen eine Auswahl ausschließlich nach den Kriterien des Artikel 33 Abs. 2 GG (= ausschließlich nach Eignung, Befähigung und Leistung der in Betracht kommenden Lehrkräfte) hätte erfolgen müssen (Bl. 90, 91 d. A.). Das beklagte L2xx hat eine derartige gütliche Einigung abgelehnt. 36

Entscheidungsgründe 37

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. 38

I. 39

Die Berufung ist an sich statthaft und nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 1, 2 ArbGG). Die Berufung ist in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). 40

II. 41

Die Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Klage ist mit dem Haupt- und mit dem Hilfsantrag zulässig. Haupt- und Hilfsantrag sind jedoch unbegründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Klage insgesamt als unbegründet abgewiesen. Unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt kann der Kläger eine Vergütung nach II a BAT beanspruchen, auch eine entsprechende Vertragsänderung kann der Kläger nicht erfolgreich einfordern. Ein Anspruch auf Höhergruppierung/Vertragsänderung folgt zunächst nicht aus den einschlägigen Erlassen des beklagten Landes zur Eingruppierung von Lehrern (1). Auch Artikel 33 Abs. 2 GG, der den Zugang von Bewerbern zum öffentlichen Amt regelt, bietet keine Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren (2). Schließlich kann der Kläger nicht nach dem arbeitsrechtlichen 42

Gleichbehandlungsgrundsatz (3) und auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes (4) eine Höhergruppierung oder eine Vertragsänderung verlangen.

1. Nach dem einschlägigen Eingruppierungserlass ergibt sich kein Anspruch des Klägers auf Höhergruppierung/Vertragsänderung (Rd. Kultusministerium NW v. 16.11.1981 i.d.F.v. 17.09.1997 - Eingruppierung der im Angestelltenverhältnis beschäftigten Lehrerinnen und Lehrer an allgemeinbildenden Schulen und Berufskollegs mit den fachlichen und pädagogischen Voraussetzungen zur Übernahme in das Beamtenverhältnis, BASS 21 – 21 Nr. 52 – Erfüllererlass -). Die für Gesamtschullehrer maßgebliche Ziffer 6 des Erlasses macht die Eingruppierung von Gesamtschullehrern in die Vergütungsgruppe II a BAT davon abhängig, dass der Lehrer überwiegend entsprechend der bei ihm vorhandenen Befähigung für das Lehramt am Gymnasium oder der Sekundarstufe II verwendet wird. Unstreitig wird der Kläger nicht überwiegend entsprechend der Lehrbefähigung für die Sekundarstufe II eingesetzt. Der Kläger unterrichtet nach wie vor überwiegend in der Sekundarstufe I. Nach dem Eingruppierungserlass besteht kein Anspruch auf eine Vergütung nach BAT II a. 43
2. Haupt- und Hilfsantrag sind nicht aus Artikel 33 Abs. 2 GG begründet. Die von dem Kläger erstrebte Höhergruppierung stellt der Sache nach eine Beförderung dar. Die begehrte höhere Eingruppierung führt zu einer höheren Vergütung des Klägers und eröffnet dem Kläger den Weg zu einer höherwertig eingestuften Unterrichtstätigkeit. Bei Beförderungen im öffentlichen Dienst ist Artikel 33 Abs. 2 GG zu beachten. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Es gilt das Prinzip der Bestenauslese. Die Regelung des Artikel 33 Abs. 2 GG gilt nicht nur für Beamte, sondern auch für die auf arbeitsvertraglicher Grundlage tätigen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes. Für den einzelnen Bewerber ergeben sich aus Art. 33 Abs. 2 GG unmittelbare Rechte. Artikel 33 Abs. 2 GG regelt nicht nur den Eintritt in den öffentlichen Dienst, sondern ist auch bei der Auswahl für Beförderungsstellen zu beachten (BAG 19.02.2003 AP Nr. 58 zu Artikel 33 Abs. 2 GG; BAG 05.11.2002 AP Nr. 57 zu Artikel 33 Abs. 2 GG; BAG 28.05.2002 AP Nr. 56 zu Artikel 33 Abs. 2 GG; BAG 18.09.2001 AP Nr. 52 zu Artikel 33 Abs. 2 GG). Der Anspruch auf Zugang zu einem öffentlichen Amt nach Artikel 33 Abs. 2 GG setzt allerdings voraus, dass aktuell eine haushaltsrechtlich abgesicherte Position im öffentlichen Dienst zur Besetzung ansteht. Ist eine Stelle endgültig mit einem anderen Bewerber besetzt worden, so scheidet ein Anspruch des nicht berücksichtigten Bewerbers auf Einstellung oder Beförderung aus. Die Stelle ist dann nicht mehr verfügbar. Der nicht berücksichtigte Bewerber kann weder verlangen, dass die Stelle doppelt besetzt wird, noch kann er beanspruchen, dass der eingestellte/beförderte Bewerber aus der dauerhaft übertragenen Position entfernt wird. Etwaige Verstöße gegen den Grundsatz der Bestenauslese können allenfalls Schadensersatzansprüche begründen (BAG 02.07.2003 7 AZR 529/02; BAG 28.05.2002 AP Nr. 56 zu Artikel 33 Abs. 2 GG; BAG 02.12.1997 AP Nr. 40 zu Artikel 33 Abs. 2 GG; BAG 14.11.2001 AP Nr. 1 zu MTA § 2 SR 2a). Hier sind die Ende 2001 beschlossenen Höhergruppierungen entsprechend den Vorgaben des Erlasses mit Wirkung vom 01.01.2002 vollzogen worden. Damit scheidet ein unmittelbar aus Artikel 33 Abs. 2 GG herzuleitender Anspruch des Klägers auf Höhergruppierung / Vertragsänderung aus (zur Problematik eines Schadensersatzanspruchs: sogleich unter 4). 44
3. Der Kläger kann Höhergruppierung oder Vertragsänderung nicht nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einfordern. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt vom Arbeitgeber die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage. Er verbietet die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe und auch eine sachfremde Gruppenbildung. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist daher verletzt, wenn der Arbeitgeber 45

einzelne Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage sachfremd schlechter stellt. Bildet der Arbeitgeber Gruppen von begünstigten und nicht begünstigten Arbeitnehmern, muss diese Gruppenbildung sachlichen Kriterien entsprechen. Dabei kommt es darauf an, ob sich nach dem Zweck der Leistung Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, der einen Arbeitnehmergruppe Leistungen vorzuenthalten, die der anderen Gruppe eingeräumt worden sind. Eine unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer ist dann mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar, wenn die Unterschiede nach dem Zweck der Leistung gerechtfertigt sind. Ist dies nicht der Fall, kann die übergangene Arbeitnehmergruppe verlangen, nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmergruppe behandelt zu werden (BAG 21.03.2001 AP Nr. 17 zu § 33 a BAT = NZA 2001, 782; BAG 10.03.1998 AP Nr. 207 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG 23.04.1997 AP Nr. 22 zu §§ 22, 23 BAT 1975 Zulagen). Fraglich ist, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz im Anwendungsbereich des Artikel 33 Abs. 2 GG als Anspruchsgrundlage in Betracht kommt oder ob dem Artikel 33 Abs. 2 GG als möglicherweise abschließende Regelung des Zugangs zum öffentlichen Amt entgegensteht. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage in dem bereits zitierten Urteil vom 19.02.2003 offengelassen (BAG AP Nr. 58 zu Artikel 33 Abs. 2 GG). Auch im vorliegenden Fall kann diese Frage dahingestellt bleiben, weil unabhängig davon ein Anspruch des Klägers nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht begründet ist.

a) Soweit der Kläger beanstandet, dass das beklagte L2xx ihn gegenüber anderen Gesamtschullehrern mit der gleichzeitigen Qualifikation für die Sekundarstufen I und II nur deshalb nicht höhergruppiert hat, weil er im Schuljahr 1996/1997 nicht in einem unbefristeten Anstellungsverhältnis stand, führt dies nicht zu einem Anspruch des Klägers auf Gleichbehandlung mit den entsprechend dem Erlass höhergruppierten Lehrern an Gesamtschulen mit länger bestehenden Arbeitsverhältnissen. Die von dem beklagten L2xx in dem Erlass gewählte Differenzierung verstößt zwar gegen den Grundsatz der Bestenauslese nach Artikel §§ 33 Abs. 2 GG (aa). Der Kläger kann jedoch nicht verlangen, ebenso unter Verletzung des Artikel 33 Abs. 2 GG höhergruppiert zu werden ("keine Gleichbehandlung im Unrecht") (bb).

46

aa) Es verstößt gegen das Gebot der Bestenauslese und damit gegen die Vorgabe des Artikel 33 Abs. 2 GG, wenn das beklagte L2xx seine Entscheidung für oder gegen eine Höhergruppierung von Gesamtschullehrern mit gleichzeitiger Qualifikation für beide Sekundarstufen allein davon abhängig macht, ob der betreffende Lehrer zu einem bestimmten Zeitpunkt bereits in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zum beklagten L2xx stand oder nicht. Die bloße Dauer des Bestandes eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ist nicht aussagekräftig für eine bessere oder schlechtere Eignung, Befähigung oder Leistung der jeweiligen Lehrkraft. Die in früheren Jahren eingestellten Gesamtschullehrer mit Doppelqualifikation sind nicht zwangsläufig die besser qualifizierten Lehrkräfte. Das beklagte L2xx hätte entsprechend dem Gebot des Art. 33 Abs. 2 GG nach Leistungskriterien auswählen müssen. Es hätte bei der Frage der Höhergruppierung insbesondere nach Examensnoten und nach den im Anstellungsverhältnis bisher gezeigten Leistungen der Lehrer differenzieren und auswählen müssen. Nicht tragfähig ist der Hinweis des Arbeitsgerichts, die 1996/1997 unbefristet beschäftigten Lehrer hätten sich seinerzeit in einer Bestenauslese gegenüber den jetzt nicht berücksichtigten Lehrern durchgesetzt. Diese Argumentation vernachlässigt, dass für Einstellung, Nichteinstellung und etwaige befristete Einstellung seinerzeit nicht allein die Examensnote, sondern auch die jeweilige Fächerkombination der Bewerber und auch etwaige Ortswünsche der Bewerber (mit)ursächlich gewesen sein können. Ausgeblendet bleibt bei diesem Argument zudem die aktuell gegebene Eignung, Befähigung und Leistung in dem seit 1996/1997 praktizierten Anstellungsverhältnis, obwohl die Bestenauslese auf der Grundlage der gegenwärtig

47

vorhandenen Eignung, Befähigung und Leistung zu erfolgen hat. Schließlich benachteiligt die Vorgehensweise des beklagten L3xxxx entgegen den Vorgaben des Artikel 33 Abs. 2 GG jüngere Lehrkräfte mit guten Examensergebnissen, die sich allein wegen ihres späteren Examensdatums der Bestenauslese der Jahre 1996/1997 (und früher) nicht stellen konnten. Damit ist das in dem Erlass ausgewiesene Differenzierungskriterium der Sonderung von begünstigten und nicht begünstigten Lehrern mit Doppelqualifikation allein nach dem Einstellungsdatum nicht mit Artikel 33 Abs. 2 GG vereinbar.

bb) Der in dieser Vorgehensweise liegende Verstoß des beklagten L3xxxx gegen das Prinzip der Bestenauslese führt jedoch gleichwohl nicht zu einer Verpflichtung des beklagten L3xxxx, nun auch den Kläger höherzugruppieren. Würde dies dem Kläger zugesprochen, weil er 1996/1997 in einem befristeten Arbeitsvertrag zu dem beklagten L2xx stand, so würde wiederum ein mit Art. 33 Abs.2 GG nicht vereinbarer Gesichtspunkt zur Grundlage der Höhergruppierung genommen. Dies kann nicht Inhalt eines Gleichbehandlungsanspruches sein. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gewährt keinen Anspruch auf Wiederholung eines unrechtmäßigen Verwaltungshandelns. Dem steht der Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung entgegen. Dies hat das BAG jüngst speziell für den Bereich des Art. 33 Abs.2 GG in seiner Entscheidung zur Lehrereinstellung in den sog. Vertretungspoolfällen noch einmal herausgestellt (BAG 19.02.2003 AP Nr. 58 zu Artikel 33 Abs. 2 GG). 48

b) Soweit der Kläger sich gegen eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu den Lehrern mit Doppelqualifikation an Gymnasien wendet, weil diese unabhängig von der Dauer des Bestandes des Arbeitsverhältnisses alle höhergruppiert worden sind, handelt es sich um eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung. Gesamtschule und Gymnasien sind verschiedene Schulformen. Die Anforderungen, die den Lehrern an Gymnasien gestellt sind, unterscheiden sich aufgrund des unterschiedlichen Schulziels von den Anforderungen, die an Lehrer an Gesamtschulen gestellt werden. Bei den Gymnasien ist die allgemeine Hochschulreife der von den Schülern aller Klassen gleichermaßen angestrebte Abschluss, bei den Gesamtschulen trifft dies nur für weniger als die Hälfte der Schüler zu, den unwidersprochen gebliebenen Zahlenangaben des beklagten L3xxxx zufolge für 44 % der Schülerschaft. Damit werden von dem Kläger in der Sekundarstufe I überwiegend Schüler unterrichtet, die nicht zum Abschluss der allgemeinen Hochschulreife geführt werden. Diese schulformabhängigen Unterschiede rechtfertigen unterschiedliche Vergütungsgruppen. Ob und mit welchem Inhalt das beklagte L2xx diese unterschiedliche Ausgangslage zum Anlass für eine unterschiedliche Behandlung der Lehrer der beiden Schulformen nimmt, steht in seinem nur beschränkt überprüfbaren Verwaltungsermessen. Die Grenzen dieses Ermessens sind nicht überschritten, wenn die Lehrer an Gymnasien mit Qualifikation für die Sekundarstufe I und Sekundarstufe II in größerem Umfang höhergruppiert werden als die entsprechenden Lehrer an Gesamtschulen. Das beklagte L2xx ist durch den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verpflichtet, Lehrer an Gymnasien und Lehrer an Gesamtschulen in der hier strittigen Frage gleichzubehandeln. 49

4. Haupt- und Hilfsantrag sind nicht aus dem Gesichtspunkt eines Schadensersatzanspruches begründet. Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines derartigen Anspruches sind von dem hierfür darlegungspflichtigen Kläger nicht dargetan. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Art. 33 Abs.2 GG käme in Betracht, wenn für das Gericht feststellbar wäre, dass bei der Höhergruppierungsentscheidung des L3xxxx unter Zugrundelegung des Maßstabes des Artikel 33 Abs. 2 GG allein die Entscheidung für die Person des Klägers die einzig denkbare rechtmäßige Entscheidung der Behörde gewesen wäre. Dazu hätte der Kläger mit Tatsachen belegen müssen, dass ihm aufgrund 50

seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gegenüber den höhergruppierten Lehrkräften der Vorrang hätte eingeräumt werden müssen (vgl. BAG 19.02.2003 AP Nr. 58 zu Artikel 33 Abs. 2 GG unter III 2 a, b). Für die Begründung einer zum Schadensersatz verpflichtenden Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG sind vom Anspruchsteller Tatsachen vorzutragen, aus denen sich ergibt, dass er für die fraglichen Stellen in jeder Hinsicht zumindest gleich geeignet war wie die bevorzugten Bewerber und dass die getroffenen Entscheidungen zugunsten der Mitbewerber ermessensfehlerhaft waren. Dafür reicht es nicht aus, die eigene Eignung zu behaupten und eine bessere Eignung von Mitbewerbern zu bestreiten (BAG 02.07.2003 7 AZR 529/02 unter II 3). Diesen Anforderungen an eine schlüssige Begründung eines Schadensersatzanspruches wegen Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG genügt der Prozessvortrag des Klägers nicht. Der Kläger macht nicht geltend, der best geeignete Bewerber zu sein. Auch nach dem gerichtlichen Hinweis auf Artikel 33 Abs. 2 GG im schriftlichen Vergleichsvorschlag der Kammer vom 14.07.2003 und auch im entsprechenden Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung vom 20.09.2003 hat der Kläger sein Begehren auf Höhergruppierung/Vertragsänderung nicht in dieser Weise und mit entsprechenden Tatsachen zur eigenen Qualifikation begründet. Es verbleibt deshalb bei der Unbegründetheit von Haupt- und Hilfsantrag.

III. 51

Weil der Kläger ohne Erfolg Berufung eingelegt hat, fallen ihm gemäss § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens zur Last. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache hat die Kammer gemäss § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision zugelassen. 52

Limberg	Pohlmeyer	Knoke
---------	-----------	-------

 53