
Datum: 29.03.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 Sa 1925/10
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2011:0329.12SA1925.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 5 Ca 635/10
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 4 AZR 484/11
Schlagworte: Eingruppierung eines Lehrers nach dem "Erfüllererlass" (Runderlass des Kultusministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16.11.1981) - Zulagengewährung
Normen: Ziff. 10.2 des „Erfüllererlass“, § 10 TVÜ-L, § 14 TV-L, § 46 BBesG
Leitsätze:

1. Angestellte Lehrkräfte haben nach § 10 TVÜ-L keinen Anspruch auf die Zulage gem. § 14 TV-L wegen vorübergehender Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit.
2. Die Voraussetzungen des analog anwendbaren § 46 BBesG sind auch bei angestellten Lehrkräften nur erfüllt, wenn die Planstelle des konkreten Amtes vorhanden und frei ist.

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 19.10.2010 - 5 Ca 635/10 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten über die zutreffende Eingruppierung des Klägers.	2
Der am 28.04.1964 geborene Kläger ist seit 1999 zunächst befristet und seit dem 01.08.2000 unbefristet bei dem beklagten Land als Lehrer im Angestelltenverhältnis beschäftigt. Seine Dienststelle ist das H1-H2-Gymnasium in D1. Das Arbeitsverhältnis wird bestimmt durch den Arbeitsvertrag vom 15.08.2000, in dem es auszugsweise heißt:	3
§ 2	4
Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) vom 23.02.1961 und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen sowie der Sonderregelung für Angestellten als Lehrkräfte (SR 2 L BAT).	5
§ 4	6
Die Vergütung bestimmt sich nach Nr. 5.1 des Runderlasses des Ministeriums für Schule und Weiterbildung NW vom 16.11.1981 –GABl. 1982 S. 5 – in der jeweils geltenden Fassung.	7
.....	8
Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich Zuschlägen, Zulagen und Sonderzahlungen sowie deren Fälligkeit richten sich nach den verschiedenen tarifrechtlichen Bestimmungen.	9
Der Kläger, der Mitglied der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) ist, wurde zum 01.08.2006 nach einer erfolgreichen Bewerbung um eine Beförderungsstelle von der bis dahin geltenden Vergütungsgruppe II a BAT in die Vergütungsgruppe I b BAT eingruppiert. Mit Inkrafttreten des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) wurde der Kläger zum 01.11.2006 in die Entgeltgruppe 14/Stufe 5 TV-L übergeleitet.	10
Seit dem 01.08.2006 nimmt der Kläger die Funktion des Koordinators des mathematisch-naturwissenschaftlichen Aufgabenfeldes am H1-H2-Gymnasium wahr. Zuvor hatte der Schulleiter den Kläger gefragt, ob er diese Funktion wahrnehmen wolle, und darauf hingewiesen, dass diese Stelle üblicherweise nach der Besoldungsgruppe A 15 dotiert sei, er aber seine solche Stelle zurzeit nicht habe. Eine Eingruppierung des Klägers in diese Tarifgruppe erfolgte in der Folgezeit nicht.	11
Mit Schreiben vom 16.04.2009 beantragte der Kläger die Höhergruppierung in die Entgeltgruppe 15 TV-L. Die Beklagte wies den Antrag des Klägers mit Schreiben vom 14.07.2009 mit der Begründung zurück, die Aufgabe des Koordinators des mathematisch-naturwissenschaftlichen Aufgabenfeldes sei dem Kläger nicht auf Dauer übertragen worden und werde nur kommissarisch wahrgenommen. Für die beantragte Höhergruppierung sei eine dauerhafte Besetzung erforderlich, die nur nach offizieller Ausschreibung und Durchführung des Auswahlverfahrens erfolgen könne.	12
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er sei seit dem 01.08.2006 in die Entgeltgruppe 15 TV-L einzugruppieren, da er die Funktion des Koordinators für den mathematisch-	13

naturwissenschaftlichen Bereich seit nunmehr vier Jahren ausübe. Nach Ziffer 10.2 des Eingruppierungserlasses vom 16.11.1981 seien Lehrkräfte, die in Funktionen verwendet werden, in die Entgeltgruppe einzugruppieren, die der Besoldungsgruppe vergleichbarer Funktionsstelleninhaber entspricht. Die Höhergruppierung eines Lehrers im Angestelltenverhältnis müsse sich nicht am Grundsatz der Gleichbehandlung mit beamteten Lehrern ausrichten, so dass der Anspruch des Klägers auf Höhergruppierung nicht an den beamtenrechtlichen Vorschriften zu messen sei. Eine Gleichbehandlung der angestellten und der beamteten Lehrer habe zwar hinsichtlich der Tätigkeit, nicht aber hinsichtlich der Vergütung zu erfolgen. Da beamtete Lehrer aufgrund des Sonderrechtsverhältnisses zu dem beklagten Land eine wesentliche höhere Nettovergütung erhielten, schließe gerade dieses Sonderrechtsverhältnis eine Gleichbehandlung hinsichtlich der Vergütung aus. Im Übrigen erfülle der Kläger nach vierjähriger Tätigkeit als Koordinator für den mathematisch-naturwissenschaftlichen Bereich auch sämtliche beamtenrechtlichen Voraussetzungen mit Ausnahme des Umstandes, dass eine Planstelle nicht zur Verfügung stehe. Allein das Fehlen einer Planstelle könne aber nicht zu einer Ablehnung des Anspruchs auf Höhergruppierung führen, da dies zu einer willkürlichen Versagung des Anspruchs auf Höhergruppierung führe, wenn das beklagte Land sich grundlos weigere, eine Planstelle für die entsprechende Funktion zu Verfügung zu stellen. Die nur vorübergehende Übertragung sei auch rechtsmissbräuchlich, da kein sachlicher Grund dafür erkennbar sei, die von dem Kläger wahrgenommene Funktionsstelle des Koordinators für den mathematisch-naturwissenschaftlichen Bereich, die zwingend an Gymnasien einzurichten sei, nicht dauerhaft zu besetzen.

Bei nur vorübergehender Übertragung habe der Kläger Anspruch auf Zahlung einer Zulage nach § 14 TV-L in im Ergebnis gleicher Höhe. Diese tarifvertragliche Regelung könne nicht einseitig durch das beklagte Land durch den Grundlagenerlass vom 23.04.2007 außer Kraft gesetzt werden. Auch wenn keine Planstelle zur Verfügung stehe, sei der Dienstherr verpflichtet, den höherwertigen Einsatz mit außerplanmäßig bereitstehenden Mitteln (z.B. aus anderen Planstellen) zu vergüten. 14

Der Kläger hat beantragt, 15

das beklagte Land zu verurteilen, den Kläger rückwirkend ab dem 01.08.2006 in die Entgeltgruppe 15, Stufe 5 TV-L einzugruppieren und ab diesem Zeitpunkt entsprechen zu vergüten, 16

hilfsweise das beklagte Land zu verurteilen, den Kläger rückwirkend ab dem 01.08.2006 vergütungsrechtlich so zu stellen, als sei er in die Entgeltgruppe 15, Stufe 5 TV-L eingruppiert. 17

Das beklagte Land hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Das beklagte Land hat die Auffassung vertreten, dass ein Anspruch des Klägers weder auf Höhergruppierung, noch auf Zahlung bestehe. Maßgebend für die Eingruppierung angestellter Lehrer im Tarifbeschäftigungsverhältnis sei der Runderlass des früheren Kultusministeriums vom 16.11.1981 (sog. Erfüllererlass), nach dem der Kläger gemäß Ziffer 5 richtigerweise in die Entgeltgruppe 14 TV-L eingruppiert sei. 20

Eine Anspruch auf Höhergruppierung sei an § 14 TV-L i.V.m. Ziffer 3.1 des Funktionsstellenerlasses i.V.m. Ziffer 10.2 des Eingruppierungserlasses zu messen. Diese 21

tarifrechtliche Grundlage sei durch das zuständige Ministerium weiter konkretisiert worden, u.a. durch den Grundlagenerlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 23.04.2007. Nach dessen Ziffer 3 Absatz 4 seien Lehrkräfte im Tarifbeschäftigungsverhältnis bei Bewerbungen den beamteten Lehrkräften gleichgestellt, was eine Anlehnung an das Laufbahnrecht erfordere. Sie hätten deshalb ebenso wie vergleichbare beamtete Lehrkräfte für jede Beförderung an einem Bewerbungs- und Auswahlverfahren teilzunehmen, wenn entsprechende Stellen ausgeschrieben seien. Ein solches Verfahren habe der Kläger aber nicht durchlaufen.

Nach beamtenrechtlichen Regelungen könne zudem eine Höhergruppierung nicht erfolgen, wenn eine zu besetzende Planstelle – wie vorliegend - nicht existiere. Die Versagung der Höhergruppierung wegen einer fehlenden Planstelle sei auch nicht rechtsmissbräuchlich: Für die Zulässigkeit einer nur vorübergehenden Übertragung einer Funktion sei allein entscheidend, ob dafür ein sachlicher Grund vorliege. Als sachlicher Grund in diesem Sinne seien haushaltsrechtliche Überlegungen von der Rechtsprechung anerkannt. 22

Auch die Gewährung einer persönlichen Zulage nach § 14 Abs. 1 und 3 TV-L scheide aus, da gemäß Ziffer 3 des Grundlagenerlasses vom 23.04.2007 die §§ 14, 31 und 32 TV-L bis zum Inkrafttreten einer tariflichen Entgeltordnung nicht anwendbar seien. Die Zahlung einer Zulage würde zudem dem Prinzip der Gleichbehandlung mit beamteten Lehrkräften widersprechen, da auch diesen keine Zulage gezahlt werde, falls eine Einstufung in die entsprechende Besoldungsgruppe nicht vorgenommen werden könne, da haushaltsrechtliche Mittel in Form von Planstellen nicht zur Verfügung stünden. 23

Mit Urteil vom 19.10.2010 das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Ein Anspruch des Klägers ergebe sich nicht aus dem Erfüllererlass. Dort sei keine ausdrückliche Eingruppierungsregelung für Koordinatoren enthalten. Die Eingruppierung der angestellten Lehrer richte sich im Übrigen nach dem beamtenrechtlichen Besoldungsvorschriften. Auch diese erforderten eine dauerhafte Übertragung der Funktion, was hier nicht der Fall sei. Der Anspruch auf eine höhere Vergütung durch eine Zulagengewährung sei für den Zeitraum vom 01.08.2006 bis zum 30.09.2008 verfallen. Im Übrigen finde Paragraph 14 TV-L keine Anwendung. Die Voraussetzungen einer Zulage nach § 46 BBesG lägen nicht vor. 24

Gegen das ihm am 22.10.2010 zugestellte und wegen der weiteren Einzelheiten in Bezug genommene Urteil hat der Kläger am 11.11.2010 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 04.01.2011 rechtzeitig begründet. 25

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht die Eingruppierung nach beamtenrechtlichen Regelungen beurteilt. Im Übrigen müsse nach viereinhalb Jahren Tätigkeit als Koordinator von einer endgültigen Übertragung der Funktion ausgegangen werden. Jedenfalls habe der Klägeranspruch auf eine Zulage nach Paragraph 14-TV L. Auch die Voraussetzungen für eine Zulage nach § 46 BBesG seien gegeben, da zum Stand 22.01.2011 60 Funktionsstellen der Besoldungsgruppe A15 bzw. Entgeltgruppe EG 15 zur Besetzung ausgeschrieben seien. Es komme nicht darauf an, dass keine dieser Stellen die Funktion des Koordinators des Mathematik-Naturwissenschaftlichen Aufgabenfeld am H1-H2-Gymnasium betreffe. Hilfsweise stützt der Kläger den Anspruch auf eine Amtspflichtverletzung. Das beklagte Land habe den durch die Nichtbeförderung des Klägers entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Stelle des Koordinators des mathematisch-naturwissenschaftlich Aufgabenbereiches sei nach den einschlägigen Organisationsrichtlinien an Gymnasien des Landes Nordrhein-Westfalen vorgesehen. Diese Stelle fülle der Kläger seit viereinhalb Jahren aus. Das beklagte Land habe in dieser Zeit die Schaffung beziehungsweise Bereitstellung einer Stelle nach der Entgeltgruppe 15 für die Funktion des Koordinators des mathematischen- 26

naturwissenschaftlichen Aufgabenbereichs am H1-H2-Gymnasium in D1 weder beantragt noch in die Wege geleitet.

Der Kläger hat die Berufung beschränkt auf den Zeitraum ab dem 01.10.2008 und beantragt, 27

das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 19.10.2000 - 5 Ca 635/10 abzuändern und 28
festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet, den Kläger ab dem 01.10.2008 nach der
Entgeltgruppe 15 Stufe 5 TV-L. zu bezahlen,

hilfsweise festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet, den Kläger rückwirkend ab dem 29
01.10.2008 durch Zahlung einer Zulage vergütungsrechtlich so zu stellen, als sei er in die
Entgeltgruppe 15 Stufe 5 TV-L eingruppiert,

äußerst hilfsweise festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet ist, den Kläger 30
rückwirkend ab dem 01.10.2008 nach der Entgeltgruppe 15 Stufe 4 TV-L zuzüglich eines
Garantiebetrages von 50,00 Euro brutto monatlich zu bezahlen.

Das beklagte Land beantragt, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

Es verteidigt unter Vertiefung seines Vorbringens erster Instanz das angefochtene Urteil. 33
Auch Schadensersatzansprüche bestünden nicht. Es gebe keine Verpflichtung eine
bestimmte Anzahl von Beförderungsstellen an jeder Schule zu schaffen. Einen
Beförderungsanspruch habe der Kläger nicht.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten 34
Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle Bezug genommen.

Entscheidungsgründe 35

I. Die Berufung ist zulässig. 36

Sie ist gemäß § 64 Abs. 1 ArbGG statthaft und nach dem Wert des 37
Beschwerdegegenstandes gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG zulässig sowie in gesetzlicher Form
und Frist nach den §§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519 ZPO eingelegt und
innerhalb der durch § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG bestimmten Frist ordnungsgemäß nach den §§
64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG in Verbindung mit § 520 Abs. 3 ZPO begründet worden. Soweit der
Kläger in der Berufungsinstanz den Anspruch hilfsweise auch auf Schadensersatzansprüche
stützt, ergibt sich die Zulässigkeit jedenfalls aus § 533 ZPO.

II. Die Berufung bleibt aber ohne Erfolg. 38

1. Die Klage ist mit dem im Berufungsrechtszug gestellten Antrag zulässig. Der Kläger hat die 39
im öffentlichen Dienst allgemein übliche Eingruppierungsfeststellungsklage erhoben, die
unbedenklich zulässig ist (vgl. BAG Ur. v. 08.11.2006 4 AZR 620/05 AP BAT 1975 §§ 22, 23
Nr. 304; Ur. v. 06.12.2006 4 AZR 659/05 AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 303; Ur. v. 12.03.2008
4 AZR 67/07 NJOZ 2008, S. 4644 ff; Ur. v. 27.01.2011 6 AZR 578/09 Beck-RS 2011, 69918).
Die Klage ist auch zulässig, soweit der Kläger eine bestimmte Stufe geltend macht. (BAG,
Ur. v. 27.01.2011 6 AZR 382/09 Beck RS 2011, 68123). Dabei handelt es sich zwar um
einen anderen Streitgegenstand, der deswegen auch eines Feststellungsinteresses bedarf.
Hier ist diese Stufenzuordnung aber im Streit, wie der zweite Hilfsantrag zeigt.

2. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrte Vergütung, weder aus originärer Eingruppierung, noch durch eine Zulagengewährung.

a) Nach dem Arbeitsvertrag aber auch Kraft Tarifgebundenheit bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen Ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen sowie der Sonderregelung für Angestellte als Lehrer (SR 2 L BAT). Nach Nr. 5 der Vorbemerkung zu allen Vergütungsgruppen gilt die Anlage 1 a nicht für Angestellte, die als Lehrkräfte beschäftigt sind. Deswegen haben die Parteien in § 4 des Arbeitsvertrages geregelt, dass sich die Vergütung nach Nr. 5.1 des Runderlasses des Ministeriums für Schule und Weiterbildung NW vom 16.11.1981 in der jeweils geltenden Fassung (Erfüllererlass) richtet. Daher kann die Klage des Klägers zunächst nur dann Erfolg haben, wenn sich aus dem Runderlass die gewünschte Eingruppierung nach der Entgeltgruppe 15 TV-L ergibt. 41

aa) Dies ist allerdings nicht der Fall. Im Erfüllererlass sind für die einzelnen Schulformen und deren Lehrkräfte geknüpft an Befähigung und Verwendung einzelne Entgeltgruppen des TV-L bezeichnet. Die Ziffer 5 erfasst die Lehrkräfte an Gymnasien, zu denen auch der Kläger gehört. Danach ist maximal eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 14 TV-L möglich. 42

bb) Aus den gemeinsamen Bestimmungen der Ziffer 10 des Erfüllererlasses, die wohl nach dem Willen der Parteien ebenfalls einbezogen sein sollen, gilt Folgendes: 43

"10.2 44

Sollen Lehrkräfte in Funktionen verwendet werden, für die in den Fallgruppen 1 bis 8 kein Eingruppierungsmerkmal vorgesehen ist, erfolgt die Eingruppierung in die Entgeltgruppe, die - abgeleitet aus der Anlage 4 Teil B des Tarifvertrages zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L (TVÜ Länder) – nach Nr. 6 der Vorbemerkung zu allen Vergütungsgruppen (Anlage 1 a zum BAT) der Besoldungsgruppe vergleichbarer Funktionsstelleninhaberinnen, Funktionsstelleninhaber entspricht. Ist das vergleichbare besoldungsrechtlich bewertete Amt mit einer Amtszulage versehen, wird diese Zulage den Tarifbeschäftigten ebenfalls gewährt. Sie gilt dann als Bestandteil des Tabellenentgeltes im Sinne des § 15 TV-L." 45

Der Sinn dieser Regelung besteht darin, die angestellten Lehrer den beamteten Lehrern vergütungsrechtlich gleichzustellen. Daraus folgt, dass die angestellten Lehrer die für entsprechende Lehrkräfte im Beamtenverhältnis bestehenden notwendigen Voraussetzungen für eine Beförderung in ein Amt der höheren Besoldungsgruppe erfüllen müssen und auch eine Planstelle für eine Lehrkraft mit der entsprechenden Lehrbefähigung in der höheren Besoldungsgruppe zur Verfügung steht (vgl. BAG Urt. v. 30.09.2004 8 AZR 551/03 Beck-RS 2004, 42773; Urt. v. 09.11.2005 4 AZR 434/04 AP BGB § 611 Lehrer und Dozenten Nr. 172). 46

cc) Dies ergibt die Auslegung des Erfüllererlasses. 47

Das Bundesarbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung bisher die Auffassung vertreten, dass der Erfüllererlass nach den Regeln des Verwaltungsrechts auszulegen ist, auch wenn seine Anwendbarkeit auf arbeitsvertraglicher Vereinbarung, also nach zivilrechtlichen Vorschriften, erfolgt. Abgestellt wurde auf die Sicht des Erlassgebers, der hier gleichzeitig auch der Eingruppierer ist (vgl. z.B. Urt. des BAG v. 05.07.2006 4 AZR 555/05 AP BAT §§ 22, 23 Lehrer Nr. 103). Neuerdings hat das Bundesarbeitsgericht an der Ausgangsüberlegung Zweifel geäußert. Nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 läge es näher, ohne dass das Bundesarbeitsgericht das bisher abschließend entschieden hat, auch 48

Erlasse, sowie hier den Erfüllererlass, nach den Regeln des Vertragsrechts auszulegen und auf den Empfängerhorizont, also auf den Einzugruppierenden abzustellen (vgl. BAG Urt. v. 24.09.2008 4 AZR 685/07; NZA 2009, 499, 500; Urt. v. 18.03.2009 4 AZR 79/08 NZA-RR 2010, S. 218, 220).

dd) Auch die an den TV-L angepasste Ziffer 10.2 des Erfüllererlasses ist - gleich welcher Methodik man folgt - dahingehend auszulegen, dass die Erfüllung der beamtenrechtlichen Voraussetzungen notwendig ist. Geht man aus verwaltungsrechtlicher Sicht vor, hat das Bundesarbeitsgericht darauf hingewiesen, dass bereits der Wortlaut des Erfüllererlasses dafür spricht, dass sich die Vergütung der angestellten Lehrer nach den beamtenrechtlichen Besoldungsvorschriften richten soll. Vergleichbar kann ein angestellter Funktionsstelleninhaber nur dann sein, wenn er die besoldungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, die auch ein beamteter Funktionsstelleninhaber erfüllt. Aus der Systematik des Erfüllererlasses, dem Sinn und Zweck dieser Regelung und dem Gesamtzusammenhang der Regelungen zur Eingruppierung von Lehrkräften im Angestelltenverhältnis hat das Bundesarbeitsgericht gefolgert, dass Ziffer 10.2 des Erfüllererlasses gerade der vergütungsrechtlichen Gleichbehandlung von angestellten und beamteten Lehrkräften dient. Diese sei nur zu erreichen, wenn für die Einstufung in die entsprechende Besoldungsgruppe auch die beamtenrechtlichen Vorschriften Anwendung finden (vgl. BAG Urt. v. 09.11.2005 4 AZR 434/04 AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 172). Aber auch aus dem Empfängerhorizont ergibt sich nichts anderes. Die Intention des Erlassgebers wird aus dem Erlass auch für den betroffenen Adressaten deutlich. Schon im Eingangssatz des Erfüllererlasses wird erkennbar, dass eine Gleichstellung von beamteten und angestellten Lehrern erreicht werden soll. Es geht um die Eingruppierung der Lehrerinnen und Lehrer, die die fachlichen und pädagogischen Voraussetzungen zur Übernahme in das Beamtenverhältnis erfüllen. Damit wird nicht nur abgegrenzt zu denjenigen, die die fachlichen und pädagogischen Voraussetzungen nicht erfüllen, sondern auch zu denjenigen, die andere - fiskalische – Voraussetzungen für eine Übernahme in das Beamtenverhältnis erfüllen. Es soll bei gleicher fachlicher und pädagogischer Qualifikation und Tätigkeit auch eine Gleichstellung mit den entsprechenden beamteten Lehrern erfolgen. Zu erkennen ist dies weiter aus den Einzelheiten des Erfüllererlasses. Denn in der für den Kläger maßgeblichen Gruppe 5.1 werden die Voraussetzungen für eine Beförderung in die Entgeltgruppe E 14 daran geknüpft, dass eine entsprechende Planstelle/Stelle mindestens der Besoldungsgruppe A 14 zur Verfügung steht. In 10.2 wird darauf verwiesen, dass auch der angestellte Lehrer eine Amtszulage erhält, wenn diese auch bei einem vergleichbar besoldungsrechtlich bewerteten Amt vorgesehen ist. Auch aus Sicht des Klägers folgt damit aus dem Erfüllererlass, dass auch der angestellte Lehrer die beamtenrechtlichen Voraussetzungen erfüllen muss.

49

Daran fehlt es hier, weil dem Kläger die Tätigkeit nur vorübergehend übertragen worden ist und eine Planstelle am H1-H2-Gymnasium in D1 für diese Funktionsstelle nicht zur Verfügung steht. Auch ein beamteter Lehrer, der nach A 14 besoldet wird, und die Funktionsstelle nur vorübergehend wahrnimmt, hätte keinen Anspruch auf eine Einstufung nach der Besoldungsgruppe A 15.

50

b) Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf die entsprechende Vergütung nach § 14 TV-L.

51

aa) Nach dieser Tarifvorschrift erhalten Beschäftigte, denen vorübergehend eine höherwertige Tätigkeit übertragen worden ist, eine Zulage, die der Höhe nach dem Unterschiedsbetrag beider Entgeltgruppen entspricht. Die entsprechende Überleitungsvorschrift ist in § 10 TVÜ Länder enthalten, und regelt, dass Beschäftigte, denen

52

am 31.10.2006 eine Zulage nach § 24 BAT zusteht, mit der Überleitung eine Besitzstandszulage in Höhe ihrer bisherigen Zulage erhalten, solange sie die Tätigkeit ausüben und die Zulage nach bisherigem Recht zu zahlen wäre.

bb) Die Unanwendbarkeit des § 14 TV-L folgt nicht aus dem Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 23.04.2007. Dort ist geregelt, dass bis zum Inkrafttreten einer tariflichen Entgeltordnung für Lehrkräfte unter anderem § 14 keine Anwendung findet. Wenn die Tarifparteien hier tarifgebunden sind, liegt es nicht in der Gestaltungsmacht des Landes, Tarifvorschriften für unanwendbar zu erklären. Nicht einmal eine Vereinbarung darüber wäre zulässig. 53

cc) Der Kläger hat aber keinen Anspruch auf die Zulage nach § 14 TV-L, wie sich aus § 10 TVÜ Länder ergibt. Diese Norm setzt nämlich voraus, dass dem Kläger bereits am 31.10.2006 eine Zulage nach § 24 BAT zugestanden hat. Dies war allerdings nicht der Fall, weil jedenfalls § 24 BAT für die Vergütung eines angestellten Lehrers während der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit nicht anwendbar ist. Dies ergibt sich aus Nr. 5 der Vorbemerkung zu allen Vergütungsgruppen der Anlage 1 a zum BAT, wonach die Eingruppierungsbestimmungen der Anlage 1 a nicht für angestellte Lehrkräfte gelten (vgl. BAG Ur. v. 09.11.2005 4 AZR 434/04 BAG AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 172 m.w.N.). 54

dd) Schließlich kann der Kläger den Anspruch auf die Zulage auch nicht aus Ziffer 10.2 des Erfüllererlasses in Verbindung mit § 46 BBesG herleiten. 55

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts findet § 46 BBesG auf angestellte Lehrer entsprechende Anwendung (vgl. BAG Ur. v. 09.11.2005 4 AZR 434/04 AP § 611 BGB Lehrer, Dozenten Nr. 172). Nach dieser Vorschrift erhalten Beamte denen Aufgaben eines höherwertigen Amtes vorübergehend übertragen worden ist nach 18 Monaten eine Zulage, wenn in diesem Zeitpunkt die haushaltsrechtlichen und laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung dieses Amtes vorliegen. Hier hat der Kläger zwar die 18-monatige Wartezeit überschritten, gleichwohl besteht nach der Vorschrift kein Anspruch, da jedenfalls die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, den Beamten einen Anreiz zu bieten, einen höherwertigen Dienstposten vertretungsweise zu übernehmen. Dadurch soll aber keine Mehrbelastung des Haushaltes entstehen. Dies wird deutlich durch den Wortlaut des § 46 Abs. 1 Satz 1 BBesG, wonach die haushaltsrechtlichen und laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung "dieses Amtes" vorliegen müssen (vgl. Bundesverwaltungsgericht Ur. v. 28.04.2005 2 C 29/04 NVBZ 2005, 1078, 1079). Nach der genannten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht es dabei um das Amt im statusrechtlichen Sinne, dem das vertretungsweise wahrgenommene Amt im konkret funktionellen Sinne der Bewertung nach zugeordnet ist. Daher ist Voraussetzung, dass die Planstelle des konkreten Amtes frei sein muss. Daran fehlt es hier. Der Dienststelle H1-H2-Gymnasium in D1 ist eine Planstelle mit der Wertigkeit A 15 BBesG für den Koordinator des naturwissenschaftlichen mathematischen Aufgabenbereichs nicht zugewiesen. Dass weitere Planstellen A 15 - bei der Anzahl der Stellen nicht verwunderlich - im Land Nordrhein-Westfalen und auch im Regierungsbezirk Arnsberg frei sind und ausgeschrieben werden, reicht für die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht aus. Denn diese Ämter sind nicht im Rahmen einer Poollösung allgemein besetzbar, sondern Planstellen werden nur konkret zugewiesen. 56

c) Der Kläger hat auch keinen Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG. 57

Voraussetzung wäre, dass eine Amtspflichtverletzung vorliegt, weil das Land insbesondere dem H1-H2-Gymnasium in D1 eine Planstelle für den Koordinator bislang nicht zugewiesen hat. Es ist schon zweifelhaft, ob eine solche Pflicht tatsächlich besteht und woraus sie herzuleiten ist. Selbst wenn sie verletzt wäre, hätte der Kläger keinen Schadensersatzanspruch. Nach § 249 BGB wäre der Kläger so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die behauptete Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre. Dann hätte das Land dem H1-H2-Gymnasium eine Stelle mit der Wertigkeit A 15 BBesG für den Koordinator zu weisen müssen. Ob der Kläger allerdings in dem erforderlich werdenden Bewerbungsverfahren berücksichtigt worden wäre, steht nicht fest, weil der Bewerberkreis unbekannt ist und die Stelle nach Art. 33 GG nach Eignung und Leistung zu besetzen wäre.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Berufung zu tragen. 59

Das Gericht hat die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen. 60