

Aktenzeichen: 2 AZR 348/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 12. April 1984

- 2 AZR 348/82 -

I. Arbeitsgericht
Heilbronn

Urteil vom 23. Dezember 1981
- 2 Ca 609/81 C -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 28. Mai 1982
- 5 Sa 23/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Einstellung in den öffentlichen Dienst und Wehrdienst

Gesetz: GG Art. 33 Abs. 2, Art. 3; ArbPlSchG (i.d.F.d.Bek. v. 14. April 1980, BGBl. I S. 425) §§ 9, 11 a, 13; BGB § 242 Gleichbehandlung; Erlaß des Ministeriums für Kultus und Sport des Landes Baden-Württemberg vom 29. Dezember 1978 - V 5008/83 (Amtsblatt K.u.U. 1979 S. 131)

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Zulässigkeit der in einem Ministerialerlaß getroffenen Regelung, nur solche Lehramtsbewerber, deren Ausbildung ausschließlich durch die Ableistung des Wehrdienstes und nicht noch zusätzlich in ihrer Person liegende Gründe verzögert wurde, in einen um die Dauer des Wehrdienstes vorverlegten Einstellungstermin "vorzustoßen", zu dem noch günstigere Einstellungsbedingungen (schwächere Prüfungsergebnisse) als zum tatsächlichen Einstellungstermin galten, um dadurch wehrdienstbedingte Benachteiligungen auszugleichen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 348/82

5 Sa 23/82 Baden-Württemberg

Verkündet am
12. April 1984

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil
In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. November 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hautmann und Brenne für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg
vom 28. Mai 1982 - 5 Sa 23/82 - wird auf
seine Kosten zurückgewiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Der am 14. April 1950 geborene Kläger erwarb im Juni 1971 die fachgebundene Hochschulreife. Von Juli 1971 bis Dezember 1972 war er zur Ableistung des Grundwehrdienstes einberufen. Auf seinen Antrag wurde er vorzeitig beurlaubt und begann im Oktober 1972 das Studium an der Pädagogischen Hochschule Heidelberg. Im Februar 1973 brach er das Studium ab und arbeitete bis September 1974 als Verkaufsberater für eine Brauerei. Danach studierte er von Oktober 1974 bis Juni 1978 an der Pädagogischen Hochschule Ludwigsburg und legte dort im Juni 1978 die Erste Dienstprüfung für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen ab. Von Juli 1978 bis 31. Januar 1980 befand er sich in der schulpraktischen Ausbildung zur Vorbereitung und Ablegung der Zweiten Dienstprüfung für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen, die er im Dezember 1979 mit der Gesamtnote "gut" (2,44) bestand. Im Anschluß daran wurde er befristet als Lehrer bis zum Schuljahresende am 31. Juli 1980 weiterbeschäftigt.



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



-3-

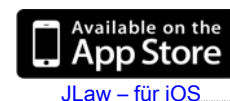
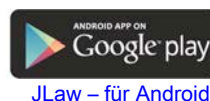
Im Juli 1980 bewarb sich der Kläger um die Einstellung als Lehrer für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen des beklagten Landes im Angestelltenverhältnis. Das Oberschulamt Stuttgart lehnte seinen Antrag durch Bescheide vom 14. Juli und 11. August 1980 ab. Mit der am 29. September 1980 bei Gericht eingegangenen Klage verfolgt der Kläger seine Einstellung weiter.

Für die Einstellung der Lehramtsbewerber des beklagten Landes nach den Sommerferien 1980 war der Ministerratsbeschuß vom 16. April 1980 maßgebend, der durch Erlaß des Ministeriums für Kultus und Sport vom 26. Juni 1980 - I 5008/956 - (veröffentlicht im Amtsblatt Kultus und Unterricht - K.u.U. - 1980 S. 1164; künftig: Erlaß 1980) mit Durchführungsbestimmungen bekanntgemacht wurde. Der Beschuß verweist, soweit er keine eigenständigen Bestimmungen enthält, auf die bisherigen Regelungen. Zu diesen gehört insbesondere der Ministerratsbeschuß vom 12. Dezember 1978 zur Einstellung der Lehramtsbewerber im Februar 1979, der durch Ministerialerlaß vom 29. Dezember 1978 - V 5008/830 - (Amtsblatt K.u.U. 1979 S. 131; künftig: Erlaß 1978) bekanntgemacht wurde.

Nach diesen Erlassen wurden unter anderem auch Bewerbern für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen, deren Verträge nach bestandener Zweiter Dienstprüfung am 31. Januar 1980 ausgelaufen, bis Schuljahresende 1979/1980 verlängert worden waren und die in den Schuldienst übernommen werden konnten, Anstellungsverträge mit einem 3/4-Lehrauftrag angeboten. Diese Verträge waren auf zwei Jahre (Ende des Schuljahres 1981/82) befristet und enthielten die Zusage einer anschließenden Übernahme als Beamter auf



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



eine volle Stelle, es sei denn, daß sich die Bewerber als für den Schuldienst nicht geeignet erwiesen hätten. Die Qualifikation richtete sich nach einer sogenannten Leistungsziffer, die als Gesamtnote aus der Ersten und Zweiten Prüfung im Verhältnis 1:2 errechnet wurde (Erlaß 1980, Abschnitt I Ziff. 1 b; Erlaß 1978 Ziff. 2 c Abs. 2). Bewerber, die Grundwehr- oder Ersatzdienst geleistet hatten, wurden gemäß Erlaß 1978 Ziff. 8 a

"hinsichtlich des Einstellungszeitpunkts so behandelt, als hätten sie keinen Grundwehr- bzw. Ersatzdienst abgeleistet, und

bei der Einstellung ... gegenüber gleichqualifizierten anderen Bewerbern grundsätzlich vorrangig berücksichtigt."

Weiter bestimmte Ziff. 8 c dieses Erlasses:

"Bei Lehrern mit Grund- bzw. Ersatzdienstzeiten ... sind ggf. das neueingeführte Prüfungssemester und zwangsläufige Wartezeiten (z. B. Zeiten zwischen Reifeprüfung und Beginn des Wehrdienstes bzw. zwischen Wehrdienstende und Beginn des Studiums) in die Zurückprojektion einzubeziehen."

Diese Regelung über die sogenannte Zurückprojektion gemäß Erlaß 1978 Ziff. 8 Buchst. a Abs. 1 und Buchst. c galt gemäß Erlaß 1980 Abschnitt I Ziff. 1 g auch für die unter Ziff. 1 b dieses neuen Erlasses fallenden Bewerber, zu denen der Kläger zählt. Das beklagte Land setzt für jedes Schuljahr eine von dem jeweiligen Bedarf abhängige Grenzleistungsziffer fest, bis zu der es Lehramtsbewerber einstellt. Demgemäß führt die Zurückprojektion für den Bewerber zur Geltung eines um die Dauer des Wehrdienstes vorverlegten fiktiven Einstellungstermins und zur Anwendung der für diesen festgesetzten Grenzleistungsziffer. Liegt die von ihm erzielte Leistungsziffer unter dieser Grenze, so wird



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



-5-

er - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - eingestellt, auch wenn die für seinen tatsächlichen (späteren) Einstellungs-termin festgesetzte Grenzleistungsziffer niedriger als seine Leistungsziffer ist, die Anforderungen an die fachliche Eignung somit gestiegen sind.

Der Kläger hat die Leistungsziffer 75,8 erreicht. Die Grenzleistungsziffer für Einstellungen von Lehramtsbewerbern seiner Fachrichtung für das Schuljahr 1980/81 betrug 72,2. Hätte der Kläger seine Ausbildung um die Dauer seines abgeleisteten Grundwehrdienstes von 15 Monaten früher abgeschlossen, wäre er unstreitig eingestellt worden, weil die Grenzleistungsziffer für das Schuljahr 1979/1980 noch bei 82,6 lag.

Unter Berufung auf die in den vorbezeichneten Erlassen getroffene Regelung über die "Zurückprojektion" sowie auf § 11 a Satz 2, § 13 Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 7 Satz 4 ArbPlatzSchutzG hat der Kläger die Auffassung vertreten, er müsse von dem beklagten Land im Hinblick auf seinen Grundwehrdienst so behandelt werden, als hätte er nach Abschluß seiner Schulausbildung im Jahre 1971 sofort sein Studium aufgenommen und keinen Wehrdienst geleistet. Er hätte dann 15 Monate früher seine Befähigung zum Lehramt erworben und wäre mit der Leistungsziffer 75,8 im Schuljahr 1979/80 mit einem 3/4-Lehrauftrag unter Zusage der anschließenden Übernahme in das Beamtenverhältnis eingestellt worden, da damals die Grenzleistungsziffer noch bei 82,6 gelegen habe. Dem stehe nicht entgegen, daß er kurzfristig sein Studium habe unterbrechen müssen, um sich das zum Studium notwendige Geld

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zu verdienen. Denn ohne den Grundwehrdienst hätte er vor Studienbeginn berufstätig sein und später ohne die nunmehr begehrten Vergünstigungen in den Staatsdienst eintreten können. Der verspätete Ausbildungsabschluß beruhe somit auch auf der Ableistung des Grundwehrdienstes. Die nach den Erlassen des beklagten Landes gebotene "Zurückprojektion" setze nicht voraus, daß der abgeleistete Wehrdienst die einzige Ursache für die Verzögerung des Ausbildungsabschlusses sei. Vielmehr reiche Mitursächlichkeit aus. Es sei auch kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb eine zum Wehrdienst hinzutretende weitere Ursache für einen verzögerten Ausbildungsabschluß die Abwendung von Nachteilen gerade der wehrdienstbedingten zeitlichen Verzögerung ausschließen solle. Er verlange allein die Berücksichtigung der wehrdienstbedingten, nicht dagegen auch der berufsausübungsbedingten Verzögerung des Ausbildungsabschlusses. Die durch die Berufsausübung bedingte Verzögerung unterbreche auch nicht den Ursachenzusammenhang, sondern trete nur zusätzlich zur wehrdienstbedingten Verzögerung hinzu.

Der Kläger hat beantragt,

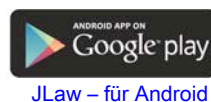
das beklagte Land zu verurteilen, mit dem Kläger ein Angestelltenverhältnis als Grund- und Hauptschullehrer mit einem Dreiviertellehrauftrag einzugehen mit der Befristung bis Schuljahresende 1981/82 und mit der Zusage einer anschließenden Übernahme als Beamter auf eine volle Stelle, es sei denn, daß sich der Kläger für den Schuldienst als nicht geeignet erweisen sollte;

hilfsweise:

festzustellen, daß der Kläger als Bewerber für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen mit zweiter Dienstprüfung aufgrund der von ihm abgeleisteten Grundwehrdienstzeit und der von ihm erreichten



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



-7-

Leistungsziffer die Voraussetzungen für den Abschluß eines Anschlußvertrages ab 1. August 1980 mit einem 16-Stunden-Lehrauftrag und ab 5. September 1980 mit einem Dreiviertellehrauftrag erfüllte.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Auffassung vertreten, nach den Ministerialerlassen habe der Kläger wegen des in den Jahren 1971/72 geleisteten Wehrdienstes keinen Anspruch auf Einstellung in den Schuldienst abweichend von den im Sommer 1980 gültigen Einstellungsvoraussetzungen (Grenzleistungsziffer 72,2). Nach diesen Erlassen sei eine "Zurückprojektion" nur möglich, wenn für die Verzögerung des Ausbildungsabschlusses allein der von dem Bewerber abgeleistete Wehrdienst ursächlich sei, ohne daß weitere von ihm selbst zu vertretende, den Ausbildungsabschluß verzögernde Umstände hinzuträten, wie vorliegend die Berufstätigkeit des Klägers vom Februar 1973 bis September 1974. Die entscheidende Verzögerung im Ausbildungsabschluß des Klägers sei durch die Berufstätigkeit eingetreten. Ohne sie wäre die Ausbildung bereits zum Schuljahresbeginn 1979/80 abgeschlossen gewesen und der Kläger mit der von ihm erreichten Leistungsziffer von 75,8 eingestellt worden. Die Rechtswohltat der "Zurückprojektion" solle nur denjenigen Bewerbern zugute kommen, deren Ausbildungsabschluß sich allein infolge des Wehrdienstes und nicht infolge sonstiger, nicht privilegierter Umstände verzögert habe. Diese Differenzierung sei auch unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes sachgerecht.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge mit der Maßgabe weiter, daß mit dem Hauptantrag die Eingehung eines auf zwei



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Jahre befristeten Angestelltenverhältnisses als Grund- und Hauptschullehrer mit einem Dreiviertellehrauftrag begehrt wird. Das beklagte Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet.

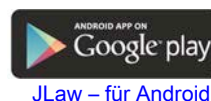
A. Die Klage ist zulässig.

Der auf die Eingehung eines Angestelltenverhältnisses gerichtete Klageantrag ist sachlich dahin zu verstehen, daß das beklagte Land gemäß § 894 ZPO zur Abgabe einer Willenserklärung, nämlich zur Annahme des Angebotes des Klägers auf Abschluß eines Arbeitsvertrages, verurteilt werden soll. Der Antrag ist auch inhaltlich bestimmt genug (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Hinsichtlich der Einzelheiten des Anstellungsverhältnisses in einem sogenannten "Dreiviertellehrauftrag" besteht unter den Parteien kein Streit. Sie ergeben sich aus dem Ministerratsbeschluß des beklagten Landes vom 16. April 1980 und den sie ergänzenden Erlassen sowie aus dem Tarifrecht des öffentlichen Dienstes und ergänzend aus den gesetzlichen Bestimmungen (vgl. Senatsurteil vom 15. Juli 1982 - 2 AZR 887/79 - BAG 39, 180 = AP Nr. 20 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

In der Revisionsinstanz hat der Kläger seinen Hauptantrag geändert, indem er nunmehr den Abschluß eines auf zwei Jahre statt bis zum Schuljahresende 1981/1982 befristeten Anstellungs-



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



vertrages begehrt. Dies ist gemäß § 264 Nr. 3 ZPO zulässig, da die in dem ursprünglich gestellten Antrag gewählte zeitliche Fixierung des Vertragsverhältnisses durch den Zeitablauf überholt ist, der Kläger aber inhaltlich weiterhin sein Begehren auf Abschluß eines zeitgleich befristeten Arbeitsvertrages verfolgt. Eine solche Anpassung des Klageantrages an die geänderten Verhältnisse ist auch noch in der Revisionsinstanz möglich (vgl. BAG Urteil vom 2. Februar 1968 - 3 AZR 462/66 - AP Nr. 22 zu § 74 HGB, zu II der Gründe).

B. Die Klage ist jedoch nicht begründet.

I. Wie das Berufungsgericht erkannt hat, kann der Kläger seine Einstellung in den Schuldienst des beklagten Landes als Lehrer nicht auf das Arbeitsplatzschutzgesetz stützen.

1. § 11 a Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 ArbPlSchG (in der im Zeitpunkt der Revisionsverhandlung im vorliegenden Verfahren geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 14. April 1980, BGBl. I S. 425) kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht.

a) Nach dieser Vorschrift haben Wehrpflichtige, die im Anschluß an den Grundwehrdienst eine für den künftigen Beruf im öffentlichen Dienst vorgeschriebene, über die allgemeinbildende Schulbildung hinausgehende Ausbildung ohne unzulässige Überschreitung der Regelzeit durchlaufen, Vorrang vor gesetzlich nicht bevorzugten Bewerbern gleicher Eignung, wenn sie sich innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf dieser Ausbildung um "Einstellung"



bewerben. Diese durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Arbeitsplatzschutzgesetzes vom 23. Dezember 1977 (BGBl. I S. 3110) in § 11 a eingefügte Bestimmung soll Nachteile ausgleichen, die Wehrpflichtigen, die bei Beginn des Wehrdienstes noch nicht im öffentlichen Dienst stehen und auch die für den öffentlichen Dienst vorgeschriebene Ausbildung erst nach Ableistung des Wehrdienstes beginnen konnten, gegenüber Nichtdienenden gleichen Jahrgangs in ihrem beruflichen Werdegang erleiden können. Ein solcher Nachteil kann darin liegen, daß der wehrpflichtige Bewerber nicht eingestellt wird, weil der Dienstherr den zu besetzenden Dienstposten nicht für die Dauer des Wehrdienstes und der anschließenden Ausbildung freihalten will oder einen jüngeren ungedienten Bewerber mit präsenterem Fachwissen bevorzugt. Der bei Erfüllung dieser Voraussetzungen bestehende Anspruch ist auf vorrangige Einstellung in den öffentlichen Dienst gerichtet. Dieser umfaßt nach der Begriffsbestimmung des § 15 Abs. 2 ArbPlSchG jede Tätigkeit im Dienste des Bundes, eines Landes, einer Gemeinde oder anderer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts und damit auch die Tätigkeit als Angestellter eines Landes (vgl. die Begründungen zu den Regierungsentwürfen des Zweiten und Dritten Gesetzes zur Änderung des Arbeitsplatzschutzgesetzes, BT-Drucks. VI/1682, S. 3 und BT-Drucks. 8/855, S. 7 unter Nr. 5; Sahmer, ArbPlSchG, E § 11 a Anm. 1 und 2).

b) Unter "Einstellung" im Sinne dieser Vorschrift ist die Begründung des Beamten- bzw. Arbeitsverhältnisses mit dem öffentlichen Dienstherrn zu verstehen. Für Beamtenverhältnisse ent-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

spricht dies der allgemeinen, in verschiedenen Beamtengesetzen, darunter auch in § 12 Abs. 1 Nr. 1 Landesbeamtengesetz Baden-Württemberg - BW LBG) ausdrücklich verwendeten Begriffsbestimmung (vgl. Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, 5. Aufl., Teil C, Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen - NW LBG - § 8 Rz 5; ferner BGHZ 81, 66, 71). Für Arbeitsverhältnisse gilt nichts anderes, da eine einheitliche Regelung für den Gesamtbereich des auch Arbeitsverhältnisse umfassenden öffentlichen Dienstes im Sinne des § 15 Abs. 2 ArbPlSchG getroffen werden sollte. Dies folgt auch aus der Begründung zum Regierungsentwurf des Zweiten Änderungsgesetzes zum Arbeitsplatzschutzgesetz (aaO). Darin wird der Nachteilsausgleich für gediente Bewerber um Einstellung in den öffentlichen Dienst als Arbeitnehmer oder Beamter ohne weitere Differenzierung als Ziel der gesetzlichen Regelung des § 11 a ArbPlSchG bezeichnet.

c) Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, ist Satz 2 des § 11 a ArbPlSchG bereits deshalb auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil diese Bestimmung nur für Bewerber gleicher Eignung im Sinne des Satzes 1 gilt, dem Kläger jedoch nur besser geeignete Bewerber vorgezogen wurden.

Das Gesetz knüpft insoweit an die Bestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG an. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Die "Eignung" ist die umfassendste Qualifikation. Sie erfaßt die ganze Persönlichkeit des Bewerbers und schließt die Befähigung und fachliche Leistung praktisch schon ein. Die



"Befähigung" ist speziell auf die in Aussicht genommene Tätigkeit bezogen. Sie ist vorhanden, wenn die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieser Tätigkeit vorliegen, deren Nachweis in erster Linie durch die vorgeschriebene Ausbildung und durch Ablegung entsprechender Prüfungen erbracht wird (Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand März 1966, Art. 33 Rz 19 unter a und b). Im Rahmen seiner auch durch das Sozialstaatsprinzip mitgestalteten Organisationsgewalt kann der Staat jedoch bei der Vergabe von öffentlichen Ämtern auch soziale Gründe berücksichtigen. Dazu rechnen vor allem Regelungen, die eine auf bestimmte Ereignisse zurückzuführende Benachteiligung einzelner Gruppen von Bewerbern ausgleichen sollen. Zu diesen Regelungen gehört auch das Arbeitsplatzschutzgesetz (vgl. BGHZ 69, 224, 227, 228; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, aaO, Rz 22; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, S. 64). Im Hinblick auf den inneren Zusammenhang der Regelungsmaterien ist somit davon auszugehen, daß der Gesetzgeber in § 11 a ArbPlSchG den Begriff der "Eignung" mit den in Art. 33 Abs. 2 GG umschriebenen Auswahlkriterien verwenden wollte.

Das von dem beklagten Land angewandte Verfahren, den Nachweis für die fachliche Eignung der Lehramtsbewerber durch Prüfungen erbringen zu lassen und die Einstellung von dem Erreichen einer auf den Prüfungsergebnissen beruhenden Leistungsziffer abhängig zu machen, entspricht dem in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegten Leistungsprinzip. Es gewährleistet eine unter Wettbewerbsbedingungen an objektiven Kriterien ausgerichtete Auswahl der Bewerber (vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, aaO, Rz 20). Es ist



-13-

ferner verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, daß die fachliche Eignung grundsätzlich nur nach den Anforderungen geprüft wird, die im Zeitpunkt der erstrebten Einstellung gelten, im vorliegenden Fall somit nach der für Einstellungen im Schuljahr 1980/81 festgelegten Leistungsziffer. Nach diesem Auswahlverfahren weist der Kläger jedoch nicht die gleiche Eignung wie diejenigen Lehramtsbewerber auf, die die vom beklagten Land für Einstellungen im Schuljahr 1980/81 festgesetzte Leistungsziffer von 72,2 erreicht hatten.

Scheitert die Anwendung des § 11 a Satz 2 ArbPlSchG bereits aus diesem Grund, so kann dahingestellt bleiben, ob es auch an der weiteren Voraussetzung fehlt, daß der Kläger seine Lehrerausbildung nicht "im Anschluß" an den Grundwehrdienst durchlaufen hat, wie das Berufungsgericht weiter angenommen hat.

2. Der Kläger kann die begehrte Einstellung auch nicht auf § 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 7 Satz 4 ArbPlSchG stützen.

a) Nach § 9 Abs. 7 Satz 4 ArbPlSchG darf die "Anstellung" nach Erwerb der Befähigung für die Laufbahn nicht über den Zeitpunkt hinausgeschoben werden, zu dem der Beamte ohne Ableisten des Wehrdienstes zur Anstellung herangestanden hätte. Diese Vorschrift gilt unmittelbar nur für die Anstellung eines bereits im öffentlichen Dienst stehenden und zur Ableistung des Grundwehrdienstes einberufenen Beamten. "Anstellung" im Sinne dieser Vorschrift bedeutet nach den allgemeinen beamtenrechtlichen Vorschriften – im Gegensatz zur Einstellung, d.h. der Ernennung zur



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

erstmaligen Begründung eines Beamtenverhältnisses (vgl. vorstehend unter Ziff. 1 b) - die Ernennung unter der ersten Verleihung eines Amtes (vgl. BGHZ 81, 66, 71; Sahmer, ArbPlSchG, E § 9 Anm. 31; Schütz, aaO, NW LBG § 8 Rz 8; BW LBG, § 9 Nr. 3). Die Vorschrift soll durch das Vorverlegen der Anstellung um die Dauer des Grundwehrdienstes verhindern, daß der Beamte nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes und Erfüllung der laufbahnrechtlichen Voraussetzungen noch die volle Probezeit ableisten muß und damit wegen der um die Dauer des Wehrdienstes verzögerten Anstellung gegenüber nicht einberufenen gleichaltrigen oder jüngeren Beamten in seiner Laufbahn benachteiligt wird (vgl. Sahmer, aaO).

b) § 13 Abs. 2 ArbPlSchG erstreckt u.a. auch den Anwendungsbereich des § 9 Abs. 7 Satz 7 auf Soldaten, die erst im Anschluß an den Grundwehrdienst mit ihrer Ausbildung für den künftigen Beamtenberuf beginnen, sich nach Beendigung der Ausbildung und erfolgreicher Ableistung des Vorbereitungsdienstes innerhalb von sechs Monaten um Einstellung bewerben und aufgrund dieser Bewerbung eingestellt werden. Nach dem eindeutigen Wortlaut, den die durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitsplatzschutzgesetzes vom 22. Dezember 1967 (BGBl. I S. 1349) in das Gesetz eingefügte Vorschrift durch den Beschluß des Verteidigungsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucks. V/1831 S. 7) erhalten hatte, setzt die entsprechende Anwendung der gesamten in § 13 Abs. 2 in Bezug genommenen Vorschriften voraus, daß der entlassene Soldat nach Abschluß seiner Ausbildung eingestellt, d.h. zur erstmaligen Begründung seines Beamtenverhältnisses ernannt wird. Erst dann soll er durch die entsprechende Anwendung des § 9



-15-

Abs. 7 Satz 4 hinsichtlich des Zeitpunktes seiner Anstellung dem erst nach der Einstellung einberufenen Beamten gleichgestellt werden. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift erstreckt sich somit nicht auf den Ausgleich von Nachteilen, die sich aus der Ableistung des Wehrdienstes für die Einstellung eines Bewerbers um ein öffentliches Amt ergeben. Diese Materie ist vielmehr ausschließlich in § 11 a ArbPlSchG in dem vorstehend unter Ziff. 1 dargelegten Umfang geregelt. Die Anwendung der Qualifikationsmerkmale, nach denen die Einstellung zu einem früheren, um die Dauer des Grundwehrdienstes vorverlegten Zeitpunkt erfolgt ist, zu dem noch geringere Anforderungen an die fachliche Eignung gestellt wurden, ist Gegenstand eines - im Grundsatz der Erlaßregelung des beklagten Landes für Lehramtskandidaten entsprechenden - Gesetzentwurfs des Bundesrats zur Änderung des Arbeitsplatzschutzgesetzes (Bundesrats-Drucks. 199/83 vom 15. Juli 1983), der jedoch im Zeitpunkt der Revisionsverhandlung im vorliegenden Verfahren noch nicht Gesetz geworden ist.

II. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht weiter angenommen, daß der Kläger auch nicht nach Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit den Erlassen 1978 und 1980 des beklagten Landes die Einstellung als Lehrer verlangen kann.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, aus Art. 33 Abs. 2 GG könne sich für einen Bewerber um ein öffentliches Amt ein Anstellungsanspruch dann ergeben, wenn nach den Verhältnissen des Einzelfalls jede andere Entscheidung als die Einstellung dieses Bewerbers rechtfertigbar oder von wesentlichen



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



JLaw - für Android



JLaw - für iOS

haft, mithin die Einstellung die einzige rechtmäßige Entscheidung der Behörde über die Bewerbung sei (BAG 28, 62 = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu II 2 a bis c der Gründe; BAG 39, 180 = AP Nr. 20, aaO, zu B I der Gründe). Der Kläger erfüllt unstreitig die laufbahnrechtlichen und sonstigen Voraussetzungen für eine Beschäftigung im Grund- und Hauptschuldienst des beklagten Landes. Der Klageanspruch hängt deswegen allein davon ab, ob das beklagte Land die Einstellung des Klägers deshalb ablehnen durfte, weil er die im Zeitpunkt der Bewerbung zum Maßstab für die fachliche Eignung genommene Grenzleistungsziffer nicht erreicht hat, obwohl seine Leistungsziffer bei der Bewerbung zu einem um die Dauer des Grundwehrdienstes vorverlegten Termin den damals geltenden Kriterien für eine Einstellung entsprochen hätte.

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger könne nach Ziff. 8 Buchst. a des Erlasses 1978 nicht verlangen, hinsichtlich der für die fachliche Eignung maßgebenden Grenzleistungsziffer nach den - geringeren - Anforderungen beurteilt zu werden, die zu dem um die Dauer seines Wehrdienstes vorverlegten Zeitpunkt an einen Lehramtsbewerber gestellt worden waren. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, es sei ersichtlich Sinn und Zweck der Erlaßregelung, gediente Bewerber nur dann gegenüber ihren Mitbewerbern zu begünstigen, wenn die Ableistung des Wehrdienstes die alleinige Ursache für die Verzögerung des Ausbildungsabschlusses gewesen sei. Dagegen habe für den Erlaßgeber kein Anlaß bestanden, auch solche Bewerber zu bevorzugen, die nach der Ableistung des Wehrdienstes zunächst ins Berufsleben



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

-17-

eingetreten und erst zu einem späteren Zeitpunkt eine Ausbildung für das Lehramt begonnen hätten. Ursache für die Verzögerung des Ausbildungsabschlusses des Klägers bis Dezember 1979 sei aber seine nach dem Erlaß nicht privilegierte Berufstätigkeit, die ihn um mehr als eineinhalb Jahre zurückgeworfen und die Kausalität zwischen Wehrdienst und Verzögerung des Ausbildungsabschlusses in einer die Anwendung des Erlasses ausschließenden Weise unterbrochen habe.

Diese Würdigung ist revisionsrechtlich jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden.

3. Wesentlich für die Beantwortung der umstrittenen Rechtsfrage ist die Rechtsnatur der Erlasse des beklagten Landes.

a) Erlasse dieser Art stellen dem öffentlichen Recht angehörende Weisungen einer vorgesetzten Behörde gegenüber nachgeordneten Behörden ohne normativen Charakter dar. Als Verwaltungsanordnungen kommt ihnen unmittelbar auch keine zivilrechtliche Bedeutung zu. Allein deswegen, weil sie im Amtsblatt des Ministeriums für Kultus und Sport des beklagten Landes veröffentlicht sind, enthalten sie noch kein den Vorschriften des bürgerlichen Rechts entsprechendes Angebot an alle Lehramtsbewerber, unter darin festgelegten Bedingungen einen Anstellungsvertrag abzuschließen, das von den Bewerbern konkludent mit der Bewerbung angenommen werden könnte. Die Erlasse sind vielmehr nur an die nachgeordneten Behörden gerichtet und enthalten die Weisung, bei der Einstellung entsprechend den darin enthaltenen Richtlinien zu



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

verfahren. Sie sind nicht zugleich an die Bewerber gerichtet und enthalten auch keine Weisung an die betreffende Behörde, sie den Bewerbern bekannt zu machen. Sie sind allenfalls als Aufforderung an die Bewerber zu verstehen, ein Angebot zum Abschluß eines Anstellungsvertrages abzugeben. Der erkennende Senat folgt insoweit der ständigen Rechtsprechung des Vierten Senats zur Rechtsnatur von Erlassen der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes über die Vergütung von Arbeitnehmern, insbesondere von angestellten Lehrern (vgl. die Urteile vom 30. September 1970 - 4 AZR 343/69 - AP Nr. 34 zu § 242 BGB Gleichbehandlung sowie vom 31. Januar 1973 - 4 AZR 258/72 - und vom 30. Januar 1980 - 4 AZR 1098/77 -, AP Nr. 4 und 6 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer), Es besteht kein sachlicher Gesichtspunkt, die Rechtsnatur von Erlassen, die Grundsätze über die Einstellung von Bewerbern enthalten, anders zu beurteilen.

b) Stellt der Erlaß 1978 damit lediglich eine innerdienstliche Verwaltungsanordnung dar, dann sind für seine Anwendung gegenüber den Lehramtsbewerbern weder die Grundsätze über die Auslegung von Gesetzen noch - wie bei Vertragsangeboten (§ 145 BGB) - die Grundsätze über die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen (§§ 133, 157, 242 BGB) anzuwenden. Sie gelten somit auch nicht wie empfangsbedürftige Willenserklärungen mit dem Inhalt, wie ihn der Erklärungsempfänger nach ihrem Wortlaut und den im Zeitpunkt des Zugangs bekannten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und mußte. Entgegen der Ansicht der Revision ist es deshalb unerheblich, ob in der Regelung in Ziff. 8 Buchst. a des Erlasses 1978 der Wille des beklagten Landes ge-



nügend erkennbar zum Ausdruck gekommen ist, daß nur solche gediente Bewerber in den Genuß der "Vorstufung" in einen früheren Prüfungsjahrgang gelangen sollten, deren Ausbildungsabschluß sich allein durch die Ableistung des Wehrdienstes verzögert hat.

4. Das beklagte Land ist vielmehr an den Erlaß zunächst insoweit gebunden, als es ihn tatsächlich generell in seiner Einstellungspraxis gegenüber den Bewerbern anwendet. Denn hierdurch tritt, ebenso wie durch eine ständige Verwaltungspraxis in der Ermessensausübung im Bereich des öffentlichen Rechts eine Ermessensbindung, eine Selbstbindung des Arbeitgebers ein, die es ihm grundsätzlich verwehrt, gegenüber einzelnen Bewerbern anders zu verfahren (vgl. zur Ermessensbindung bei der Anwendung eines dem Erlaß 1978 inhaltsgleichen Ministerratsbeschlusses des beklagten Landes über die Einstellung gedienter Lehramtsbewerber als Beamte den vom beklagten Land überreichten Beschluß des VGH Baden-Württemberg vom 16. Juli 1980 - IV 919/79 -; ferner BGHZ 81, 66, 71). Dies folgt aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der es dem Arbeitgeber verbietet, ohne sachlichen Grund aus einer allgemein begünstigenden Regelung einzelne Arbeitnehmer herauszunehmen und sie schlechter zu behandeln als andere vergleichbare Arbeitnehmer (BAG Urteil vom 11. September 1974 - 5 AZR 567/73 - AP Nr. 39 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, zu I 1 a der Gründe).

Die Anwendung dieser Grundsätze führt jedoch zu keinem Einstellungsanspruch des Klägers. Der für die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat nämlich



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

nicht behauptet, das beklagte Land habe in seiner tatsächlichen Einstellungspraxis generell gediente Lehramtsbewerber auch dann gemäß Ziff. 8 Buchst. a des Erlasses 1978 bevorzugt, wenn nicht nur der Wehrdienst, sondern auch noch eine zeitweise ausgeübte Berufstätigkeit zu einer zusätzlichen Verzögerung des Ausbildungsabschlusses geführt hatte. Er hat lediglich geltend gemacht, aus dem Erlaß ergebe sich keine Beschränkung seines Anwendungsbereichs auf solche Bewerber, die ihre Ausbildung ausschließlich wegen der Ableistung des Wehrdienstes später beendet hätten.

5.a) Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gleichbehandlung beschränkt sich allerdings nicht auf die gleichmäßige Anwendung der generellen Regeln mit dem von ihm bestimmten Inhalt. Der Arbeitgeber muß vielmehr die Regeln selbst so gestalten, daß nicht ein Teil der Arbeitnehmer sachwidrig oder willkürlich von ihnen ausgenommen wird. Zu den unzulässigen Differenzierungen gehören auch solche Unterscheidungsmerkmale, die gegen das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen. Dieses Verbot gilt uneingeschränkt und ist nicht erst beim Vollzug aufgestellter Regeln, sondern schon bei der Aufstellung der Regeln selbst zu beachten. Ein auf einer verfassungswidrigen Benachteiligung beruhender Ausschluß von bestimmten Arbeitnehmergruppen von allgemeinen Regelungen löst Ansprüche auf Gleichbehandlung aus, die der Arbeitnehmer geltend machen kann, solange die Regel im Betrieb angewandt wird (vgl. BAG Urteil vom 11. September 1974 - aaO, zu I 1 b und c der Gründe, m.w.N.).

b) Dieser Grundsatz gilt auch für die Aufstellung genereller



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Regeln über die Einstellung von Lehramtsbewerbern im öffentlichen Dienst als Angestellte durch den öffentlichen Arbeitgeber.

Art. 33 Abs. 2 GG begründet für jeden Bewerber das Recht, bei seiner Bewerbung um ein öffentliches Amt allein nach den in dieser Verfassungsnorm genannten Voraussetzungen beurteilt zu werden (BAG 28, 62 = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu II der Gründe). Ausnahmen hiervon kann der Staat im Hinblick auf das verfassungsrechtlich gewährleistete Sozialstaatsprinzip aus sozialen Gründen für einzelne Gruppen von Bewerbern zulassen, soweit dadurch Nachteile ausgeglichen werden sollen, die auf die Ableistung des Wehrdienstes zurückzuführen sind (BAG aaO, vgl. die Nachweise unter B I 1 c der Gründe). Der öffentliche Dienstherr muß deshalb nicht nur sachliche Kriterien für die Beurteilung der fachlichen Leistung des Bewerbers aufstellen. Er ist auch gehalten, die Auswahl der aus sozialen Gründen bei der Einstellung bevorzugt zu behandelnden Bewerber nach sachlichen, am Schutzzweck der Ausnahmeregelung ausgerichteten Gesichtspunkten zu treffen und bei der insoweit vorzunehmenden Gruppenbildung nicht sachfremde willkürliche Abgrenzungskriterien anzuwenden.

c) Diese Pflicht des öffentlichen Dienstherrn zu einer sachgerechten Gruppenbildung wird durch die von dem beklagten Land geübte Praxis nicht verletzt, nach Ziff. 8 Buchst. a des Erlasses 1978 nur denjenigen Bewerber um den Zeitraum des abgeleisteten Wehrdienstes in einen früheren Prüfungsjahrgang "vorzustufen", dessen Ausbildungsabschluß sich ausschließlich durch die Ableistung des Wehrdienstes verzögert hat.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Hierbei kann dahinstehen, ob diese "Vorstufung", die das am Wettbewerbsprinzip ausgerichtete Prüfungsverfahren als Grundlage für die Leistungsbewertung insoweit durchbricht, als die zu vergleichenden Bewerber mit und ohne anrechnungsfähige Wehrdienstzeiten die Prüfungsnoten und damit auch ihre davon abhängige Leistungsziffer nicht in demselben Prüfungstermin erzielt haben, nur aufgrund eines Gesetzes zulässig ist (so VG Augsburg, DÖV 1978, 367 für die Einstellung als beamteter Lehrer in Bayern). In diesem Falle fehlte es bereits an einer formellen Rechtsgrundlage für die vom Kläger erstrebte Gleichstellung mit Bewerbern aus einem früheren Einstellungstermin. Der Senat unterstellt jedoch zugunsten des Klägers, daß eine solche Regelung auch im Erlaßwege getroffen werden kann. Auch dies vermag der Klage jedoch nicht zum Erfolg zu verhelfen, weil das beklagte Land nicht aus sachfremden Motiven oder willkürlich handelt, wenn es generell gediente Bewerber, deren Ausbildungsabschluß nicht ausschließlich durch die Ableistung des Wehrdienstes, sondern zusätzlich noch aus in ihrer Person liegenden Gründen, wie die zeitweise Ausübung eines Berufs, verzögert hat, von der "Vorstufung" ausnimmt.

Art. 33 Abs. 2 GG enthält eine abschließende Aufzählung der für die Einstellung in den öffentlichen Dienst zulässigen Auswahlkriterien. Diese Verfassungsnorm kann nur von anderen Verfassungsprinzipien durchbrochen werden, zu denen auch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) gehört. Danach darf der Staat, wie ausgeführt (unter B I 1 c), auch Benachteiligungen ausgleichen, die Bewerber um ein öffentliches Amt durch die Erfüllung ihrer in der Verfassung (Art. 12 a Abs. 1 GG) veran-



-23-

kerten Wehrdienstpflicht bei der Einstellung erleiden können. Die Regelung dient auch der Verwirklichung der Wehrgerechtigkeit, die ein Teil des Verfassungsgebots der staatsbürgerlichen Pflichten-gleichheit ist (vgl. BVerfGE 48, 127, 166). Andererseits ist der Staat aber verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, jeden Nach- teil auszugleichen, der dem Bürger als Folge der Erfüllung ver- fassungsgemäßer staatsbürgerlicher Pflichten wie der Wehrpflicht entsteht. Wird der für die Vergünstigung in Betracht kommende Personenkreis nach sozialen Gesichtspunkten begrenzt, so liegt kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz vor, wenn sich aus dem Gegenstand der Regelung für die Art der Differenzierung ein sachlich vertretbarer Gesichtspunkt anführen läßt und die besonderen Wertentscheidungen der Verfassung beachtet bleiben (BVerfGE 29, 51, 56, zum Ausschluß der selbständig Tätigen von der Erstattung des durch die Erfassung und Musterung entstehenden Verdienstaussfalls gemäß § 19 Abs. 8 Satz 3 des Wehrpflichtge- setzes). Im Hinblick auf Grund und Zweck der von dem beklagten Land getroffenen Erlaßregelung ist es jedoch nicht sachwidrig, wenn nur die Bewerber begünstigt werden, deren Ausbildung sich allein durch Erfüllung der Wehrdienstpflicht verzögert hat, die der Ausgangspunkt für die Gesamtregelung ist. Der Staat hat sich einander widersprechende Interessen auszugleichen, wenn er sowohl das in Art. 33 Abs. 2 GG für die Einstellung in den öffentli- chen Dienst verankerte Leistungsprinzip als auch das Sozial- staatsprinzip und die Wehrgerechtigkeit beachten muß. Die von dem beklagten Land vorgenommene Abgrenzung der für die bevorzugte Behandlung vorgesehenen Gruppe von Bewerbern stellt einen sach- lich jedenfalls vertretbaren Ausgleich dar, wenn von dem Nach-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-24-

teilsausgleich die Bewerber ausgenommen werden, deren Ausbildung sich noch zusätzlich aus in ihrer Person liegenden Gründen verzögert hat, weil in diesen Fällen dem Wehrdienst nicht mehr das ausschlaggebende Gewicht für die Verzögerung beizumessen ist. Diese Wertung liegt auch den Bestimmungen des Arbeitsplatzschutzgesetzes zugrunde, die Vergünstigungen für gediente Wehrpflichtige davon abhängig machen, daß sie "im Anschluß" an den Wehrdienst ein Arbeitsverhältnis eingehen oder eine Ausbildung beginnen (§ 11 a Satz 2, § 12 Abs. 1, § 13 Abs. 2 ArbPlSchG), und gegen deren Verfassungsmäßigkeit keine Bedenken erhoben werden.

Hillebrecht

Triebfürst

- zugleich für den an
der Unterschrift ver-
hinderten Richter
Dr. Weller

Brenne

Dr. Hautmann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)