

Aktenzeichen: 4 AZR 967/78

LAG Baden-Württemberg Urteil des BAG vom 4. Februar 1981

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: BGB § 242 Gleichbehandlung; § 611 Lehrer, Dozenten,
§ 138; GG Art. 3, Art. 33 Abs. 2; BAT § 3; Anlage
1 a VergGr. II a (nebenberufliche Realschullehrerin)

Leitsätze:

1. Es besteht kein Anspruch einer nebenberuflich weniger als zur Hälfte beschäftigten Realschullehrerin auf Vergütung nach VergGr. II a BAT.
2. Art. 33 Abs. 2 GG gilt nicht nur für die Einstellung in den öffentlichen Dienst, sondern auch für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, insbesondere den Umfang der Arbeitsleistung und die Höhe der Vergütung.



4 AZR 967/78

8 Sa 111/77 Baden-Württemberg
(Freiburg)

Verkündet am
4. Februar 1981

gez. Haust,
Regierungsobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Neumann, die Richter Dr. Feller und Dr. Etzel sowie die ehrenamtlichen Richter Metzger und Engert für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 21. Juni 1978 - 8 Sa 111/77 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin legte im Juli 1972 ihre zweite Dienstprüfung als Realschullehrerin ab und wurde vom beklagten Land unter Umwandlung des Beamtenverhältnisses auf Widerruf in ein solches auf Probe zur Reallehrerin zur Anstellung ernannt und mit Wirkung vom 1. September 1972 dem Staatlichen Schulamt in B zugewiesen. Die Ernennung sollte mit dem Tage der Aushändigung der Ernennungsurkunde wirksam werden. Die Klägerin trat jedoch ihren Dienst beim Staatlichen Schulamt in B nicht an und nahm die Ernennungsurkunde nicht entgegen. Zur Begründung führte die Klägerin an, sie wolle von ihrem in F wohnenden Ehemann nicht getrennt leben.

Ab 5. September 1973 war die Klägerin bei dem beklagten Land als sogenannte nebenberufliche Realschullehrerin in der St Schule in F mit einem Teilzeit-Deputat von 13 Unterrichtsstunden wöchentlich beschäftigt. Das volle Deputat eines hauptberuflichen Realschullehrers beträgt 27 Wochenstunden. In § 8 Abs. 2 des schriftlichen Arbeitsvertrages der Parteien heißt es:

"Der BAT findet keine Anwendung, ausgenommen § 7 i. V. mit SR 2 l und die §§ 8 - 10, 13 und 14, 18, 38, 58, 59, 60 i. V. mit Nr. 6 der SR 2 l zum BAT und § 70 in der jeweils geltenden Fassung".

Hinsichtlich der Vergütung heißt es in § 3 des Arbeitsvertrages:

"Die Vergütung wird nach Monaten bemessen, soweit nicht nur die tatsächlich erteilten Unterrichtsstunden bezahlt werden (Einzelstundenvergütung). Letzteres ist nur der Fall, wenn der Vertrag für höchstens drei Monate abgeschlossen wird und sich aus dem Vordrucksatz NBU I nichts anderes ergibt (vgl. Zeile 21 - 23).

- 3 -



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



- 3 -

Die Höhe der Einzelstundenvergütung richtet sich nach den jeweils geltenden Regelungen über die Vergütung für nebenamtlichen und nebenberuflichen Unterricht. Die Höhe der Monatsvergütung errechnet sich aus dem Einzelstundenvergütungssatz, vervielfacht mit der Zahl der zu erteilenden Wochenstunden sowie der Zahl 42, geteilt durch 12."

Die Höhe des Einzelstundenvergütungssatzes für nebenberuflichen Unterricht wird in Erlassen des Kultusministeriums des beklagten Landes festgesetzt. Die Klägerin erhielt eine Monatsvergütung entsprechend der in § 3 des Arbeitsvertrages getroffenen Vereinbarung in Verbindung mit den Erlassen des Kultusministeriums über die Höhe des Einzelstundenvergütungssatzes.

Mit Schreiben vom 21. September 1973 bat der Leiter der St Schule um Übernahme der Klägerin "ins Angestelltenverhältnis". Dies lehnte das Oberschulamt S (jetzt: F) unter dem 31. Oktober 1973 mit dem Hinweis ab, die Klägerin habe seinerzeit ihren Dienst beim Staatlichen Schulamt in B nicht angetreten.

Am 1. April 1974 bewarb sich die Klägerin "um eine der ausgeschriebenen Stellen an der St Gesamtschule für das Schuljahr 1974/75". In einer Stellungnahme des Leiters der St Schule vom 14. Mai 1974 an das Oberschulamt F heißt es, die Schule sei augenblicklich nicht in der Lage, den Lehrauftrag der Klägerin aufzustocken. Bevor über die Bewerbung der Klägerin entschieden war, beantwortete das Oberschulamt F in einem Schreiben vom 7. Juni 1974 eine Anfrage des Personalrats der St Schule und führte hierbei aus, grundsätzlich würden Stellen an begehrten Orten, wozu die Stadt F gehört, nur über die Ausschreibung im Amtsblatt besetzt. Die Bewerbung der Klägerin werde in die Bewerberliste für ausgeschriebene Stellen der St Schule



- 4 -

aufgenommen; die Besetzung geschehe dann nach dem regulären Besetzungsverfahren. Mit Schreiben vom 22. Juli 1974 teilte das Oberschulamt F der Klägerin alsdann mit, daß ihre Bewerbung keinen Erfolg gehabt habe.

Die Klägerin beantragte am 25. Februar 1975 erneut, "ins Angestelltenverhältnis übernommen zu werden". In einer Stellungnahme der St Schule vom 27. Februar 1975 heißt es hierzu, die Klägerin würde im laufenden Schuljahr um einen Vertrag für 14 Wochenstunden bitten; ab dem Schuljahr 1975/76 denke sie an ein volles Deputat. Auch diesen Antrag lehnte das Oberschulamt F am 21. April 1975 mit der Begründung ab, es bestehe keine dienstliche Notwendigkeit, die Klägerin in ein Angestelltenverhältnis mit 14 Wochenstunden zu überführen; falls die Klägerin im kommenden Schuljahr an ein volles Deputat denke, werde die Entscheidung hierüber zu gegebener Zeit getroffen.

Eine weitere Bewerbung der Klägerin vom 29. Mai 1975 "um ein halbes Deputat als Angestellte für das kommende Schuljahr" beschied das Oberschulamt F mit Schreiben vom 12. August 1975 unter Hinweis auf den Bescheid vom 21. April 1975 und die derzeitige Stellensituation abschlägig.

Mit Schreiben vom 17. März 1976 bat die Klägerin erneut "um eine Übernahme ins Angestelltenverhältnis" zum kommenden Schuljahr. In einer Stellungnahme der St Schule vom 25. Mai 1976 heißt es, die Schule befürworte die Übernahme der Klägerin in ein Angestelltenverhältnis, Bedarf bestehe aber nur im bisherigen Umfang (halbes Deputat). Die Bewerbung der Klägerin blieb wiederum erfolglos.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete aufgrund einer Kündigung der Klägerin vom 28. November 1976 mit Ablauf des 31. Dezember 1976.

Die Klägerin macht mit ihrer Klage für die Zeit vom September 1973 bis 31. Dezember 1976 den Differenzbetrag

- 5 -



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



- 5 -

zwischen 13/27 der Vergütung nach VergGr. II a BAT und der ihr gezahlten Vergütung geltend.

Die Klägerin meint, sie sei ungerechtfertigt benachteiligt worden. Sie habe Anspruch auf Vergütung nach VergGr. II a BAT. Entweder hätte das beklagte Land ihr einen Anstellungsvertrag mit Vergütung nach VergGr. II a BAT geben oder sie den nach BAT angestellten Lehrern finanziell gleichstellen müssen. In zwei anderen Fällen habe das Land Bewerber in das Angestelltenverhältnis nach BAT übernommen. Der Nebenlehrervertrag bedeute für sie eine erhebliche Schlechterstellung und Diskriminierung gegenüber den nach BAT im Angestelltenverhältnis beschäftigten Lehrkräften. Die große Zahl von Nebenlehrerverträgen diene dem Land dazu, die Regelung SR 2 1 BAT zu umgehen. Das habe haushaltsrechtliche Gründe, die aber nicht sachgerecht seien. Wenn bei der Bemessung der Vergütung der Nebenlehrer - anders als bei den nach BAT vergüteten Lehrern - die Jahreswochen ohne Unterricht nicht berücksichtigt würden, stelle dies auch eine Umgehung des Bundesurlaubsgesetzes dar.

Die Klägerin hat demgemäß beantragt, das beklagte Land zu verurteilen, an die Klägerin DM 14.405,04 nebst 4 % Zinsen aus DM 802,53 seit 1. Januar 1974, 4 % Zinsen aus DM 4.241,22 seit 1. Januar 1975, 4 % Zinsen aus DM 6.194,06 seit 1. Januar 1976 sowie 4 % Zinsen aus DM 3.167,23 seit 1. Januar 1977 zu zahlen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Es macht geltend, es sei nicht verpflichtet gewesen, die Klägerin als Angestellte nach den Vorschriften des BAT zu beschäftigen. Im übrigen habe die Klägerin für einen Teil der Klageforderung die tarifliche Ausschußfrist des § 70 BAT nicht gewahrt. Ausdrücklich erhebe das beklagte Land auf die Einrede der Verjährung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Verurteilung des beklagten



- 6 -

Landes zur Zahlung von DM 15.013,74 nebst Zinsen begehrt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und den Streitwert auf DM 15.013,74 festgesetzt. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klage in Höhe von DM 14.405,04 nebst Zinsen weiter. Das beklagte Land beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis mit Recht die Klage abgewiesen. Denn die Klägerin kann von dem beklagten Land für die Zeit ihrer Beschäftigung vom September 1973 bis 31. Dezember 1976 aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt Vergütung nach VergGr. II a BAT verlangen.

Ein vertraglicher Anspruch der Klägerin auf Vergütung nach VergGr. II a BAT besteht nicht. Unstreitig hat sie die im Arbeitsvertrag vereinbarte Vergütung erhalten. Die Vergütungsvereinbarung im Arbeitsvertrag ist auch wirksam. Sie verstößt weder gegen tarifliche oder gesetzliche Vorschriften, noch führt sie zu deren Umgehung. Selbst wenn man davon ausgeht, daß der BAT auf das Arbeitsverhältnis kraft Organisationszugehörigkeit der Parteien Anwendung finden kann, was bisher nicht festgestellt ist, kann die Klägerin nichts daraus für sich herleiten. Die Klägerin war nach ihrem Arbeitsvertrag mit 13 Wochenstunden und damit mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Realschullehrers (27 Wochenstunden) bei dem beklagten Land beschäftigt. Daher fällt sie unter die Regelung des § 3 Buchst. q BAT, die lautet:

"Dieser Tarifvertrag gilt nicht für Angestellte, deren arbeitsvertraglich vereinbarte durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit weniger als die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten beträgt".

- 7 -



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



Diese tarifliche Vorschrift ist nach ihrem Wortlaut und Sinn eindeutig. Sie besagt, daß Angestellte mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit nicht unter den Geltungsbereich des BAT fallen, die Tarifvertragsparteien also für diesen Personenkreis bewußt von der Regelung tariflicher Mindestbedingungen abgesehen und damit die Regelung der Arbeitsbedingungen den Parteien des Arbeitsvertrages überlassen haben. Somit haben die Tarifvertragsparteien auch bewußt in Kauf genommen, daß für Angestellte mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit ungünstigere Arbeitsbedingungen vereinbart werden können, als sie vergleichbaren vollbeschäftigten Angestellten nach dem BAT zustehen.

Eine solche tarifliche Vorschrift ist unbedenklich wirksam. Sie verstößt nicht gegen höherrangiges Recht. Im Rahmen der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie (vgl. BAG vom 10. Juni 1980 - 1 AZR 168/79 - [demnächst] AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) steht es den Tarifvertragsparteien grundsätzlich frei, für welche Arbeitnehmergruppen sie tarifliche Mindestbedingungen festlegen wollen und für welche nicht. Bei ihren normativen Regelungen müssen die Tarifvertragsparteien zwar den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten (vgl. BAG AP Nrn. 4, 18, 87 und 111 zu Art. 3 GG; Hamann-Lenz, Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 3 Anm. A 4; Wiedemann-Stumpf, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Einleitung Anm. 57 ff.). Der Gleichheitssatz ist aber nur dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonstwie einleuchtender Grund für die tarifvertragliche Differenzierung nicht finden läßt, die getroffene Regelung also willkürlich ist (BVerfGE 1, 14; 12, 341; 18, 38; 33, 367; 24, 220). Für die tarifliche Differenzierung zwischen vollbeschäftigten Angestellten und solchen Angestellten, die mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigt werden, besteht vorliegend ein einleuchtender Grund. Arbeitsverhältnisse,



- 8 -

die weniger als die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit in Anspruch nehmen, gehen nämlich nicht selten auf besondere Wünsche des Arbeitnehmers zurück oder dienen dazu, einen vorübergehenden Arbeitskräftebedarf zu decken. Deshalb ist es erfahrungsgemäß sachgerecht, bei der Regelung der Arbeitsbedingungen auf die Besonderheiten des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen. Wenn die Tarifvertragsparteien unter diesen Umständen die Regelung der Arbeitsbedingungen für Angestellte mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit den Parteien des Arbeitsvertrages überlassen haben, ist dies rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Vereinbarung der Parteien über die Vergütung der Klägerin, die für die Klägerin ungünstiger gestaltet ist als die Vergütung der nach dem BAT angestellten Lehrer, steht somit in Übereinstimmung mit der tariflichen Differenzierung zwischen vollbeschäftigten Angestellten und Angestellten mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit. Dann aber kann die Klägerin nicht unter Berufung auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz die Vergütung der Angestellten für sich in Anspruch nehmen, die unter den Geltungsbereich des BAT fallen. Der dem Arbeitsvertragsrecht zugehörige Gleichbehandlungsgrundsatz verwehrt es dem Arbeitgeber, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen des Arbeitsverhältnisses auszunehmen und willkürlich schlechter zu stellen (vgl. BAG AP Nr. 42 zu § 242 BGB Gleichbehandlung mit weiteren Nachweisen; ferner auch BAG AP Nrn. 11 und 14 zu §§ 22, 23 BAT 1975). Der sachliche Grund für die ungünstigere Vergütung der Klägerin gegenüber den nach BAT angestellten Lehrern liegt hier jedoch in der zulässigen tariflichen Differenzierung zwischen vollbeschäftigten Angestellten und den im Sinne von § 3 q BAT teilzeitbeschäftigten Angestellten. Es kann daher offenbleiben, ob der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wegen des Vorrangs der individuellen Vertragsfreiheit (vgl. BAG AP Nr. 38 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, mit weiteren Nachweisen) hier überhaupt anwendbar wäre.

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

- 9 -



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



- 9 -

Die Vergütungsvereinbarung der Parteien ist nicht wegen Verstoßes gegen ein Gesetz oder Umgehung zwingender gesetzlicher Vorschriften unwirksam. Die monatliche Vergütung der Klägerin betrug zwischen DM 715,-- brutto (im Jahre 1973) und DM 910,-- brutto (im Jahre 1976); das entspricht bei einer Vollbeschäftigung (27 Wochenstunden) einer Monatsvergütung von DM 1.485,-- brutto (im Jahre 1973) bis DM 1.890,-- brutto (im Jahre 1976). Eine solche Gehaltsgestaltung ist nicht sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB. Die Sittenwidrigkeit einer Gehaltsvereinbarung setzt voraus, daß der Wert der Arbeitsleistungen und das dafür vereinbarte Entgelt in einem auffallenden Mißverhältnis stehen (vgl. BAG AP Nr. 30 zu § 138 BGB). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Will man zugunsten der Klägerin unterstellen, daß der Wert ihrer Arbeitsleistungen mit der von ihr in Anspruch genommenen VergGr. II a BAT angemessen vergütet wäre, ist dieser Wert mit Monatsbeträgen zwischen DM 2.139,59 brutto (im Jahre 1973) und DM 2.726,31 brutto (im Jahre 1976) zu bemessen. Diese Beträge liegen zwar über den Sätzen, die die Klägerin vergütet erhielt, von einem auffallenden Mißverhältnis kann aber keine Rede sein. Das gilt umso mehr, als die Tarifvertragsparteien durch die Regelung des § 3 q BAT für diesen Personenkreis die Vereinbarung ungünstigerer Arbeitsbedingungen, als der BAT sie vorsieht, keineswegs als von vornherein unangemessen angesehen haben.

Die Vergütungsvereinbarung der Parteien ist auch nicht wegen Verletzung oder Umgehung zwingender urlaubsrechtlicher Grundsätze unwirksam. Entgegen der Auffassung der Revision wurde die Klägerin für die Ferienzeit und damit auch für ihren Urlaub vergütet. Bei der Bemessung der Monatsvergütung der Klägerin hat das beklagte Land zwar gemäß § 3 des Arbeitsvertrages einen verwaltungsintern festgelegten Stundensatz nur mit der Zahl der Unterrichtswochen im Jahr (42) multipliziert und die Ferienzeit unberücksichtigt

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



gelassen. Der Multiplikator der Zahl der Unterrichtswochen ist aber nur ein Berechnungsfaktor für die Monatsvergütung der Klägerin. Die so ermittelte Monatsvergütung, deren Höhe rechtlich nicht zu beanstanden ist, hat das beklagte Land unbestritten auch während der Schulferien an die Klägerin gezahlt. Damit hat die Klägerin die ihr zustehende Urlaubsvergütung erhalten.

Den Differenzbetrag zwischen der Vergütung nach VergGr. II a BAT und der ihr tatsächlich gezahlten Vergütung kann die Klägerin von dem Land auch nicht als Schadenersatz verlangen. Ein solcher Schadenersatzanspruch käme nur in Betracht, wenn die Klägerin einen Anspruch auf Einstellung als voll- oder teilzeitbeschäftigte Lehrerin nach VergGr. II a BAT gehabt hätte, den das Land schuldhaft nicht erfüllt hat. Einen derartigen Einstellungsanspruch hatte die Klägerin aber nicht.

Ein Anspruch auf Einstellung außerhalb des Vertragsrechts besteht – auch für Angestellte des öffentlichen Dienstes – grundsätzlich nicht. Das folgt aus der durch das Grundgesetz gewährleisteten Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Die Vertragsfreiheit kann allerdings durch Gesetz eingeschränkt werden. Im Bereich des öffentlichen Dienstes hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte (Art. 33 Abs. 2 GG). Art. 33 Abs. 2 GG gilt für den gesamten öffentlichen Dienst. Auch die Tätigkeit als angestellter Lehrer an einer öffentlichen Schule ist ein öffentliches Amt (vgl. BAG AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Art. 33 Abs. 2 GG begründet also für jeden Bewerber um ein öffentliches Amt – und damit auch die Klägerin – das Recht, bei seiner Bewerbung allein nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Voraussetzungen beurteilt zu werden. Daraus kann zwar ein Bewerber noch keinen unmittelbaren Anspruch auf Einstellung ableiten; wenn sich aber nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als die Einstellung des Bewerbers als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft und folg-



lich die Einstellung als die einzige rechtmäßige Entscheidung der Behörde über die Bewerbung darstellt, ist ein Einstellungsanspruch des Bewerbers gegeben (BAG AP Nrn. 2 und 3 zu Art. 33 Abs. 2 GG, jeweils zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

Diese Grundsätze gelten nicht nur, wenn es um die Einstellung als solche, sondern auch, wenn es um die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, insbesondere den Umfang der Arbeitsleistungen und die Höhe der Vergütung geht. Ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes, der – wie das beklagte Land – ein öffentliches Amt – hier die Stellen der Realschullehrer – verschieden ausgestaltet, indem er Stellen mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen schafft, also wie hier Ganztags- oder Teilzeitstellen bzw. Stellen mit oder ohne BAT-Vergütung, muß bei der Besetzung jeder dieser unterschiedlich ausgestalteten Stellen nach den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG verfahren. Das folgt aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Wenn nach Art. 33 Abs. 2 GG der Zugang zum öffentlichen Dienst nur von den dort genannten Kriterien abhängig sein soll, soll damit gleichzeitig ausgeschlossen werden, daß ein Bewerber wegen anderer Kriterien gegenüber seinen Mitbewerbern benachteiligt wird. Könnte ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes bei unterschiedlich ausgestalteten Arbeitsbedingungen eines öffentlichen Amtes nach freiem Ermessen den Bewerbern eine bestimmte Stelle mit bestimmten Arbeitsbedingungen zuweisen, könnte er sie damit willkürlich benachteiligen, weil die zugewiesene Stelle nach den persönlichen Verhältnissen des Bewerbers für diesen gegenüber den Stellen mit anderen Arbeitsbedingungen eine rechtserhebliche Benachteiligung darstellen kann. Auch eine solche Benachteiligung soll nach Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG verhindert werden. Nach Art. 33 Abs. 2 GG ist die Benachteiligung eines Bewerbers gegenüber seinen Mitbewerbern grundsätzlich nur aufgrund der dort genannten Kriterien (Eignung, Befähigung, fachliche Leistung) gerechtfertigt.



Nach diesen Maßstäben hatte die Klägerin keinen Anspruch auf Beschäftigung als voll- oder halbtagsbeschäftigte Lehrerin nach VergGr. II a BAT. Es besteht kein konkreter Anhaltspunkt dafür, daß die Bewerbungen der Klägerin für eine BAT-Stelle aus unsachlichen Gründen, die im Widerspruch zu Art. 33 Abs. 2 GG stehen, abgelehnt worden wären. Die Klägerin hat sich erstmalig am 1. April 1974 um eine BAT-Stelle beworben. Dem Schreiben des Leiters der St Schule vom 21. September 1973 an das Oberschulamt S mit der Bitte um Übernahme der Klägerin ins Angestellten-Verhältnis lag nach dem festgestellten Sachverhalt keine Bewerbung der Klägerin zugrunde. Die Klägerin hat den Vortrag des beklagten Landes in der Berufungsinstanz, sie habe sich erstmals am 1. März 1974 (gemeint ist wohl der 1. April 1974) um eine BAT-Stelle beworben, nicht bestritten. Auf diese erste Bewerbung der Klägerin vom 1. April 1974 teilte das Oberschulamt F dem Personalrat der St Schule mit Schreiben vom 7. Juni 1974 mit, aufgrund der Bewerbung werde die Klägerin in die Bewerberliste für die ausgeschriebenen Stellen der St Gesamtschule aufgenommen, die Besetzung geschehe dann nach dem regulären Besetzungsverfahren. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, daß dieses Besetzungsverfahren zu beanstanden oder in ihrem Fall nicht nach dem Besetzungsplan verfahren worden sei. Deshalb muß davon ausgegangen werden, daß die Ablehnung der Bewerbung der Klägerin durch das Schreiben des Oberschulamtes vom 22. Juli 1974 nicht auf unsachlichen Gründen beruhte. Dasselbe gilt für die Ablehnung aller späteren Bewerbungen der Klägerin.

Art. 33 Abs. 2 GG enthält eine spezielle Regelung, nach welchen Kriterien bei der Einstellung von Angestellten des öffentlichen Dienstes zu verfahren ist. Verstößt die Ablehnung einer Bewerbung nicht gegen die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG, ist der Bewerber damit im Sinne des Gesetzes nicht ungerechtfertigt benachteiligt. Die Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 GG geht daher in ihrem Rege-



lungsbereich auch dem dem Arbeitsvertragsrecht zuzurechnenden Gleichbehandlungsgrundsatz vor; für seine Anwendung ist dann kein Raum mehr, ohne daß darüber zu entscheiden ist, ob und inwiefern der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Einstellungen überhaupt zur Anwendung kommen kann. Alle auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch das Land gerichteten Angriffe der Klägerin gehen damit fehl. Die Klägerin kann im übrigen aus der Einstellung von zwei anderen Bewerbern als BAT-Lehrer schon deshalb nichts für sich herleiten, weil es sich hier um Lehrer aus einem anderen Schulzweig (Gymnasium) handelt und der Gleichbehandlungsgrundsatz keineswegs gebietet, Stellen unterschiedlicher fachlicher Anforderungen mit denselben Einstellungsbedingungen auszugestalten.

Schließlich kann die Klägerin einen Anspruch auf Einstellung als Lehrerin nach VergGr. II a BAT auch nicht darauf stützen, daß die Wahl des der Klägerin angebotenen Arbeitsvertrages mit einem 13-Stunden-Deputat sich als Mißbrauch der Vertragsfreiheit darstellte. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann die Wahl einer bestimmten Vertragsform dann ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit sein, wenn sie der Umgehung des Sozialschutzes, insbesondere des Kündigungsschutzes dient (vgl. BAG AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Davon kann vorliegend keine Rede sein. Die Klägerin war als Realschullehrerin mit einem 13-Stunden-Deputat Arbeitnehmerin und unterstand somit dem Schutz aller unabdingbaren arbeitsrechtlichen Vorschriften einschließlich des Kündigungsschutzes. Auf das Arbeitsverhältnis fand zwar nicht der BAT Anwendung; tarifliche Vorschriften haben aber – jedenfalls soweit sie nicht allgemeinverbindlich sind – keinen allgemein zwingenden Schutzcharakter. Das folgt schon daraus, daß nur die tarifgebundenen Parteien sich nach den tariflichen Vorschriften richten müssen. Wenn die Klägerin im übrigen aufgrund ihrer geringen Arbeitszeit nicht unter den Schutz der Arbeitslosenversicherung fiel, ist dies keine durch das Land herbeigeführte Benachteiligung, son-



dem beruht auf den entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften (vgl. auch BAG vom 29. Juli 1980 - 6 AZR 1098/78 - [demnächst] AP Nr. 1 zu § 46 BPersVG). Ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit kommt nur dann in Betracht, wenn eine Vertragspartei durch die Wahl einer bestimmten Vertragsform eigene Schutzpflichten gegenüber dem Vertragspartner umgehen will. Das trifft vorliegend jedoch nicht zu. Ob das Land den sogenannten nebenberuflichen Lehrer mit einem 13-Stunden-Deputat zum Haupttyp des angestellten Lehrers macht oder gemacht hat - wie die Klägerin meint -, liegt in seiner gerichtlich nicht überprüfbaren Organisationsgewalt.

Da die Klägerin weder einen vertraglichen Vergütungsanspruch nach VergGr. II a BAT noch einen entsprechenden Schadenersatzanspruch erworben hat, ist die Frage, ob ein entstandener Vergütungsanspruch wegen Versäumung tariflicher Ausschlußfristen erloschen wäre oder ihm die Einrede der Verjährung entgegenstünde, gegenstandslos.

Die Verfahrensrügen der Revision sind unbegründet. Da materiell keine Anspruchsgrundlage für die Klägerin besteht, kommt es auf diese Rügen für die Entscheidung des Rechtsstreits auch nicht an.

Die Klägerin hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

gez.: Dr. Neumann

Dr. Feller

Dr. Etzel

Metzger

Engert

