

Aktenzeichen: 8 AZR 77/02
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 20. März 2003
- 8 AZR 77/02 -

I. Arbeitsgericht
Magdeburg

Urteil vom 11. Dezember 1996
- 12 Ca 4029/96 -

II. Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Urteil vom 18. Dezember 2001
- 4 Sa 555/00 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Bindungswirkung eines zurückverweisenden Revisionsurteils -
Verwendung als Leiterin einer Sonderschule

Gesetze:

ZPO § 565 Abs. 2 aF; BAT-O § 24; GG Art. 33 Abs. 2

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 77/02
4 Sa 555/00
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. März 2003

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

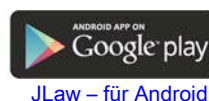
In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie die ehrenamtlichen Richter Schömburg und Knospe für Recht erkannt:



Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 18. Dezember 2001 - 4 Sa 555/00 - teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird festgestellt, daß das beklagte Land verpflichtet ist, der Klägerin ab dem 1. Januar 1998 bis zu ihrer Weiterbeschäftigung als Schulleiterin den Unterschiedsbetrag zwischen der Vergütungsgruppe I b BAT-O nebst 4 % Verzugszinsen p.a. aus dem bis zum 30. April 2000 rückständigen Bruttodifferenzbetrag und ab dem 1. Mai 2000 in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz aus den bis dahin aufgelaufenen und noch weiterhin auflaufenden Bruttodifferenzen jeweils ab dem 16. eines Kalendermonats zu zahlen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 1/14 und das beklagte Land 13/14 zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch darüber, ob die Klägerin als Leiterin einer Sonderschule zu verwenden ist bzw. das beklagte Land verpflichtet ist, ihr im Wege des Schadensersatzes ab dem 1. Januar 1998 die Differenz ihrer Vergütung zur Vergütung einer Schulleiterin nach VergGr. I b BAT-O nebst Zinsen zu zahlen.

Die Klägerin erwarb im Jahr 1973 die „Befähigung zur Arbeit als Freundschaftspionierleiter und die Lehrbefähigung in zwei Fächern (Deutsch und Sport) für die unteren Klassen der allgemeinbildenden polytechnischen Oberschule der Deutschen Demokratischen Republik“. Schon seit März 1972 war sie als Erzieherin und Lehrerin in dem Heim für schwererziehbare Kinder „W“ in L und der diesem Heim angeschlossenen Schule eingesetzt. Im Jahr 1987 wurde sie zur Leiterin dieser Einrichtung ernannt. Im Arbeitsvertrag zwischen ihr und dem Rat des Bezirks Magdeburg vom 28. Februar 1990 hieß es, sie sei tätig als „Heimleiterin im Spezialkinderheim ‚W‘ L“.

Nach der Wiedervereinigung wurden Heim und Schule getrennt. Die Schule ging in die Trägerschaft des Landkreises über. Mit Schreiben vom 12. August 1991 teilte die Klägerin dem für das Heim zuständigen Ministerium für Arbeit und Soziales



des beklagten Landes unter dem Betreff „Entlassung als Heimleiterin“ mit, sie wolle die Funktion als Schulleiterin an der Sonderschule für verhaltensgestörte Kinder mit Ausgleichsklassen im Landeskinderheim ‚W‘ L antreten. Damit erlösche ihr Arbeitsverhältnis als Heimleiterin mit dem Ministerium für Arbeit und Soziales und gehe auf das Ministerium für Bildung, Erwachsenenbildung und Kultur über. Das Arbeitsministerium erklärte, es nehme die Mitteilung der Klägerin „zur Kenntnis“ und bestätigte den „Übergang des Arbeitsverhältnisses“ auf das Bildungsministerium.

Am 22. August 1991 richtete die Bezirksregierung Magdeburg an die Klägerin ein Schreiben mit folgendem Wortlaut:

„Hiermit beauftrage ich Sie mit der Wahrnehmung der Geschäfte des Schulleiters an der Sonderschule für verhaltensgestörte Kinder mit Ausgleichsklassen mit Wirkung vom 01.08.1991.“

Am 12. Dezember 1991 schlossen die Parteien einen Arbeitsvertrag. Nach dessen § 1 wird die Klägerin „als vollbeschäftigte Angestellte auf unbestimmte Zeit weiterbeschäftigt“. Gemäß § 2 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag-Ost (BAT-O) und den diesen ergänzenden Tarifwerken. Nach § 4 gilt für die Eingruppierung Abschn. E der einschlägigen Richtlinien der Tarifgemeinschaft Deutscher Länder. Die Klägerin bezog ein Gehalt nach VergGr. IV b BAT-O zuzüglich einer Funktionszulage in Höhe des Unterschiedsbetrages zu der für die Schulleiterstelle maßgebenden VergGr. I b BAT-O.

Am 27. April 1993 wurden der Unterricht der Klägerin, ihre Leitung einer Dienstbesprechung und ihre Beaufsichtigung der Unterrichtsstunde einer Kollegin vom zuständigen Schulrat dienstlich überhört. Über seinen Besuch erstellte der Schulrat am 2. Februar 1994 eine dienstliche Beurteilung. Zum Anlaß der Beurteilung hieß es darin: „Eignung und Befähigung als Schulleiter“. Die Beurteilung führte zu der Schlußfeststellung, die Klägerin sei „geeignet“ und „für die von ihr angestrebte Stelle eines Schulleiters ... befähigt“.

Gegen Ende des Schuljahres 1993/94 entschied sich der Schulträger, die Schule um die Klassen 5 bis 9 zu erweitern.

Am 22. September 1995 erfolgte im Ministerialblatt des beklagten Landes die Ausschreibung der Stelle einer Schulleiterin an der Sonderschule W. Die Klägerin bewarb sich, erhielt aber keine positive Antwort. Am 21. März 1996 wurde die Stelle erneut ausgeschrieben. Die Klägerin bewarb sich abermals. Das beklagte Land kam im



Laufe des Bewerbungsverfahrens zu dem Ergebnis, daß die Klägerin die Stellenanforderungen mangels einer sonderpädagogischen Ausbildung nicht erfülle. Mit Schreiben vom 4. Juni 1996 widerrief es gegenüber der Klägerin deren „kommissarische Beauftragung für die Schulleiterfunktion mit Ablauf des 31.07.1996“. Die Funktionszulage der Klägerin ist ab dem 1. August 1996 entfallen.

Am 1. Juli 1996 erhob die Klägerin die vorliegende Klage. Sie hat die Auffassung vertreten, bei Zugang des Widerrufsschreibens im Juni 1996 habe sie in Wirklichkeit die Stelle einer Schulleiterin bereits endgültig innegehabt. Dies folge zum einen daraus, daß sie schon vor der Wiedervereinigung Heim- und damit auch Schulleiterin gewesen und ihr Arbeitsverhältnis mit diesem Inhalt auf das beklagte Land übergegangen sei. Zum anderen sei ihr die Schulleiterstelle mit Wirkung vom 1. August 1991 nicht nur vorläufig, sondern endgültig übertragen worden; aus dem betreffenden Schreiben der Bezirksregierung Magdeburg gehe eine Vorläufigkeit der Beauftragung nicht hervor. Wolle man dem nicht folgen, so sei sie jedenfalls dadurch endgültig Stelleninhaberin geworden, daß die nur vorläufige Übertragung der Schulleiterfunktion vom beklagten Land unzulässig lange aufrechterhalten worden sei.

Die Klägerin hat zunächst beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, sie zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Leiterin der Sonderschule mit Ausgleichsklassen in W zu beschäftigen:

hilfsweise,

das beklagte Land zu verurteilen, sie mit Aufgaben zu beschäftigen, die nach ihrer Wertigkeit der VergGr. I b BAT-O entsprechen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Auffassung vertreten, die Vorläufigkeit der Übertragung der Schulleiterfunktion sei bis zu deren Widerruf sachlich gerechtfertigt gewesen. Der Widerruf selbst entspreche billigem Ermessen. Die Klägerin sei mangels entsprechender Ausbildung nicht in der Lage, sonderpädagogische Gutachten über die Entwicklung einzelner Schüler zu verfassen. Außerdem habe sie erhebliche Probleme bei der Koordinierung des Schulalltags. Der Einsatz einer pädagogischen Mitarbeiterin als Unterrichtsvertretung im Schuljahr 1995/96 stelle zudem einen Verstoß gegen die Dienstvorschriften dar. Auf Grund ihrer mangelnden pädagogischen und sonderpädagogischen Ausbildung sei die Klägerin nicht in der Lage, eine Sonderschule mit Ausgleichsklassen der Klassenstufen 1 bis 9 zu leiten.



Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Urteil vom 21. Juni 2000 - 5 AZR 805/98 - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 4. August 1998 - 4 Sa 134/97 - aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Der Fünfte Senat hat ausgeführt, nach der dienstlichen Beurteilung der Klägerin und dem Entschluß des Landkreises, die Sonderschule W auf neun Jahrgangsstufen zu erweitern, sei der sachliche Grund für eine nur vorläufige Bestellung der Klägerin zur Schulleiterin entfallen. Das beklagte Land habe nicht bis zum September 1995 zuwarten dürfen, um das Verfahren zur endgültigen Stellenbesetzung in die Wege zu leiten. Zutreffend sei das Landesarbeitsgericht von den Grundsätzen ausgegangen, die das Bundesarbeitsgericht zur vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit im Sinne § 24 BAT und § 24 BAT-O aufgestellt habe. Die nur vorübergehende Übertragung sei Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers. Sie stehe der befristeten Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit gleich. Für sie bedürfe es deshalb eines sachlichen Grundes; sie dürfe als arbeitsvertragliches Gestaltungsmittel nicht funktionswidrig verwendet werden. Sie komme in Betracht, wenn die wahrzunehmende Tätigkeit keine Daueraufgabe darstelle, sondern in absehbarer Zeit weg falle, zB wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz für einen vorübergehend abwesenden oder einen besser qualifizierten Arbeitnehmer, der in absehbarer Zeit zur Verfügung stehe, freihalten wolle oder wenn er auf Grund sonstiger berechtigter Interessen den Arbeitsplatz noch nicht endgültig besetzen wolle. Nur unter diesen Voraussetzungen werde ein verständiger und sozial denkender Arbeitgeber eine Tätigkeit lediglich vorübergehend übertragen. Gebe es für die vorübergehende Übertragung der Tätigkeit keinen sachlichen Grund oder falle dieser später weg, liege eine rechtsmißbräuchliche Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten nach § 24 Abs. 1 BAT vor. Dies führe dazu, daß die Tätigkeit als auf Dauer übertragen gelte.

Selbst mit Blick auf den erheblichen Zeitraum, den der Schulträger benötigt habe, um sich im Schuljahr 1993/94 für die endgültige Form der Weiterführung der Schule mit neun Klassen zu entscheiden, und den die Schulverwaltung gebraucht habe, um die Eignung und Befähigung der Klägerin als Schulleiterin im April 1993 zu überprüfen und darüber im Februar 1994 die entsprechende Beurteilung zu verfassen, erweise sich die vorläufige Stellenbesetzung nicht als funktionswidrig. Dies gelte jedoch für die anschließende Zeit bis zur Ausschreibung der Schulleiterstelle im Ministerialblatt Ende September 1995 nicht mehr. Zwar sei die vorübergehende Übertragung



einer höherwertigen Stelle zum Zweck der Durchführung eines Bewerbungsverfahrens und der endgültigen Entscheidungsfindung der Einstellungsbehörde grundsätzlich durch § 24 BAT-O gedeckt. Das beklagte Land habe aber das Bewerbungsverfahren nicht erst im September 1995 in Gang setzen dürfen. Die nur vorläufige Übertragung höherwertiger Tätigkeiten für einen Zeitraum von mehr als vier Jahren sei auch unter den Bedingungen in den neuen Bundesländern durch § 24 BAT-O regelmäßig nicht mehr gedeckt. Die vorübergehende Übertragung habe daher spätestens bei Beginn der ersten Ausschreibung als durch eine endgültige Übertragung ersetzt gegolten. Die Klägerin habe bei Widerruf ihrer kommissarischen Beauftragung im Juni 1996 materiell-rechtlich die Stellung einer endgültig beauftragten Leiterin einer Sonderschule besessen. Durch bloßen Widerruf habe das beklagte Land ihr diese Position nicht mehr zu entziehen vermocht. Jedoch habe das Landesarbeitsgericht Feststellungen darüber zu treffen, ob die Schulleiterstelle nicht bereits endgültig besetzt sei, weil der Einstellungsanspruch das Vorhandensein einer besetzungsfähigen und haushaltsrechtlich abgesicherten Stelle voraussetze. Ferner hänge die Begründetheit des Beschäftigungsanspruchs davon ab, ob die personalvertretungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Tätigkeitsaufnahme gegeben seien.

Mit Schriftsatz vom 12. Oktober 2000 hat das beklagte Land mitgeteilt, die Schulleiterstelle in W sei mit Wirkung vom 7. Oktober 1998 endgültig einer anderen Arbeitnehmerin übertragen worden. Daraufhin haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des bisher verfolgten Hauptantrages übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Klägerin hat vorgetragen, das beklagte Land sei ihr zum Ersatz der Nachteile verpflichtet, die ihr durch die Neubesetzung der Stelle entstanden seien. Das beklagte Land habe fahrlässig seine Pflicht zur Mitteilung über die beabsichtigte Neubesetzung verletzt und hierdurch ihren Anspruch ins Leere laufen lassen. Insbesondere die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes sei ihr auf diese Weise verwehrt worden.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, das beklagte Land sei an die vom Bundesarbeitsgericht geäußerte Auffassung gebunden, wonach sie als endgültig bestellte Leiterin einer Sonderschule anzusehen sei. Daher könne sich das beklagte Land auf das Fehlen einer formalen Qualifikation nicht berufen. Der die erforderliche Qualifikation prägende Runderlaß vom 11. Oktober 1992, wonach Bewerber für Schulleiter- und Stellvertreterstellen die für die ausgeschriebene Stelle erforderliche Lehrbefähigung besitzen sowie die laubahnrechtlichen Voraussetzungen der entsprechenden



Schullaufbahnverordnung erfüllen müssen, entfalte keine Außenwirkung gegenüber der Klägerin, denn er sei keine Rechtsnorm. Im übrigen sei sie hinreichend fachlich qualifiziert.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

1. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin als Leiterin einer Sonderschule weiterzuverwenden, sobald und soweit ihm dafür eine freie und haushaltsrechtlich abgesicherte Planstelle zur Verfügung steht;
2. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin ab dem 1. Januar 1998 bis zu ihrer dienstlichen Weiterverwendung als Schulleiterin den Unterschiedsbetrag zwischen der VergGr. I b BAT-O und ihrer Arbeitsvergütung als Lehrerin nebst Verzugszinsen aus dem rückständigen Nettobetrag iHv. 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz gem. § 1 DÜG zu zahlen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat vorgetragen, die Klägerin besitze nicht die gem. Runderlaß vom 11. Oktober 1992 erforderliche Lehrbefähigung bzw. erfülle nicht die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen. Die Einschätzung des Schulrats vom 2. Februar 1994 habe sich erkennbar nicht auf die Erfüllung der laufbahnrechtlichen Voraussetzungen bezogen. Ein pflichtwidriges Handeln sei daher in der Neubesetzung der Stelle nicht zu erblicken, so daß eine Schadensersatzpflicht nicht bestehe. Ferner würden Schulleiter gem. § 31 des Schulgesetzes des beklagten Landes von der Gesamtkonferenz gewählt.

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage mit den geänderten Klageanträgen abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist teilweise begründet. Das beklagte Land hat der Klägerin ab 1. Januar 1998 bis zu ihrer Weiterbeschäftigung als Schulleiterin den begehrten Unterschiedsbetrag zur VergGr. I b BAT-O als Schadensersatz zu zahlen (Feststellungsantrag zu 2). Dagegen ist das beklagte Land nicht verpflichtet, die Klägerin als Leiterin einer Sonderschule weiterzuverwenden, sobald und soweit ihm dafür eine freie und



haushaltsrechtlich abgesicherte Planstelle zur Verfügung steht (Feststellungsantrag zu 1).

I. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß die Hauptsache betreffend den bisher von der Klägerin verfolgten Hauptantrag (Verurteilung zur Weiterbeschäftigung als Leiterin der Sonderschule in W) durch übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien nach anderweitiger Besetzung der Stelle gem. § 91a ZPO erledigt sei, und hat die weitergehende Berufung der Klägerin gemäß deren klageändernden Feststellungsanträgen als unbegründet zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, die klageändernden Feststellungsanträge seien zulässig, insbesondere sachdienlich, jedoch unbegründet. Es fehle an einem Erfüllungsanspruch bzw. an einer schuldhaften Pflichtverletzung des beklagten Landes. Das vorgehende Urteil des Bundesarbeitsgerichts hinsichtlich des früheren Hauptantrages der Klägerin sei ex tunc durch die Erledigung der Hauptsache wirkungslos und damit ohne Bindungswirkung für die klageändernden neuen Feststellungsanträge. § 24 BAT-O finde für die neuen Anträge keine Anwendung. Vielmehr müßten für die Ernennung der Klägerin zur Schulleiterin die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen vorliegen, was jedoch nicht der Fall sei. Es sei nicht zu erkennen, daß die hier maßgeblichen Laufbahnvoraussetzungen gemäß Erlaß vom 11. Oktober 1992 rechtswidrig bzw. rechtsunwirksam festgelegt worden seien. Ein Erfüllungsanspruch der Klägerin bestehe daher nicht. Die vorzeitige anderweitige Besetzung der Schulleiterstelle an der Schule in W stelle auch keine schuldhafte Pflichtverletzung des beklagten Landes gegenüber der Klägerin dar und habe folglich nicht kausal für den Nachteil werden können, dessen Ausgleich sie begehre. Vielmehr hätte ihre Ernennung zur Schulleiterin ohne die erforderlichen laufbahnrechtlichen Voraussetzungen eine Pflichtverletzung gegenüber den Mitbewerbern dargestellt.

II. Die Revision ist hinsichtlich des auf Zahlung von Schadensersatz gerichteten Antrages begründet. Bezüglich der Beschäftigung der Klägerin als Schulleiterin ist die Revision unbegründet.

1. Die Klage ist zulässig.

Die Klägerin hat ein gem. § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 256 Abs. 1 ZPO erforderliches besonderes rechtliches Interesse, das Rechtsverhältnis - Verpflichtung zur Zuweisung einer freiwerdenden Stelle als Schulleiterin und zur Zahlung von Differenzvergütung unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes - alsbald feststellen zu lassen.



a) Hinsichtlich der Feststellung betreffend die Zahlung von Differenzvergütung entspricht die Interessenlage derjenigen bei einer Eingruppierungsfeststellungsklage. Wie dort kann die Klägerin vorliegend ihre Ansprüche zumindest für die Zukunft, auf die sich die Klage auch erstreckt, nicht beziffern und ist daher insoweit an der Erhebung einer Leistungsklage gehindert. Auch kann von dem beklagten Land als Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes erwartet werden, daß es auch einem Feststellungsurteil Folge leisten werde. Ausgehend von diesen beiden Erwägungen ist die Eingruppierungsfeststellungsklage von der Rechtsprechung allgemein anerkannt (*BAG 5. September 2002 - 8 AZR 620/01 - AP BAT §§ 22, 23 Lehrer Nr. 93; 17. April 2002 - 5 AZR 400/00 - AP ZPO § 322 Nr. 34; 26. Juli 1995 - 4 AZR 280/94 - AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 203*). Der Umstand, daß die Klägerin Differenzvergütung unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes geltend macht, bietet keinen Anlaß für eine hiervon abweichende Wertung.

b) Auch hinsichtlich des auf künftige Übertragung einer freien Stelle gerichteten Antrages ist das besondere Interesse an der Feststellung iSv. § 256 Abs. 1 ZPO gegeben. Auch ein entsprechendes Leistungsurteil hätte keinen vollstreckungsfähigen Inhalt, weil die hierfür erforderliche konkrete Bezeichnung der freien Stelle nicht möglich ist, solange sie nicht existiert. Im übrigen gilt auch hier die Vermutung, daß das beklagte Land als öffentlicher Arbeitgeber dem Feststellungsurteil nachkommen werde (*vgl. BAG 27. November 1986 - 8 AZR 163/84 - AP BAT § 50 Nr. 13*). Das Rechtsschutzziel könnte die Klägerin nicht in einer einfacheren, kostengünstigeren oder schnelleren Weise erreichen.

2. Die Klage ist teilweise begründet. Der Klägerin steht die Differenz zwischen der ihr gewährten Vergütung und derjenigen nach VergGr. I b BAT-O zu. Dagegen besteht kein Anspruch auf Übertragung einer entsprechenden Stelle.

a) Die Klägerin kann die Differenz zur Vergütung nach VergGr. I b BAT-O verlangen, weil sie nach der gem. § 565 Abs. 2 ZPO aF bindenden rechtlichen Bewertung des Bundesarbeitsgerichts materiellrechtlich als endgültig beauftragte Leiterin einer Sonderschule anzusehen ist.

aa) Mit dem im vorliegenden Rechtsstreit zum Aktenzeichen - 5 AZR 805/98 - am 21. Juni 2000 ergangenen Urteil hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht damit begründet, der sachliche Grund für die vorübergehende Übertragung der



Tätigkeit sei weggefallen, so daß eine rechtsmißbräuchliche Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeit nach § 24 Abs. 1 BAT-O vorliege. Dies führe dazu, daß die Tätigkeit als auf Dauer übertragen gelte. Bei Widerruf ihrer kommissarischen Beauftragung im Juni 1996 habe die Klägerin materiellrechtlich die Stellung einer endgültig beauftragten Leiterin einer Sonderschule besessen, die ihr das beklagte Land durch bloßen Widerruf nicht mehr habe entziehen können.

Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, daß es diese rechtliche Beurteilung seiner auf die Zurückverweisung ergangenen Entscheidung gem. § 565 Abs. 2 ZPO aF (jetzt: § 563 Abs. 2 ZPO) hätte zugrunde legen müssen. An die rechtliche Beurteilung des Fünften Senats ist auch der erkennende Senat gebunden.

Die Bindung erstreckt sich auf die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts, die für die Aufhebung unmittelbar ursächlich war (*Entscheidungskausalität*, vgl. *MünchKommZPO-Wenzel 2. Aufl. § 565 Rn. 9; Tiedtke JZ 1978, 626; jeweils mwN*). Die tatsächlichen Feststellungen müssen unverändert bleiben (*st. Rspr. seit BAG 14. April 1967 - 5 AZR 535/65 - AP ZPO § 565 Nr. 12*). Auf neue Ansprüche erstreckt sich die Bindung nicht (*Stein/Jonas-Grunsky ZPO 21. Aufl. § 565 Rn. 15; MünchKommZPO-Wenzel 2. Aufl. § 565 Rn. 12*). Des weiteren darf sich die Rechtsprechung nicht zwischenzeitlich geändert haben (*Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes 6. Februar 1973 - GmS-OGB 1/72 - BGHZ 60, 392 = AP RsprEinhG § 4 Nr. 1*).

(1) Bei der rechtlichen Bewertung, nach der die Stelle als Schulleiterin der Klägerin als dauerhaft übertragen gilt, handelt es sich um tragende Gründe des Revisionsurteils, nicht lediglich um ein obiter dictum, denn die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht beruhen darauf, daß es auf Grund dieser Feststellung der Aufklärung bedurfte, ob die Stelle der Schulleiterin in W mittlerweile anderweitig besetzt sei.

(2) Der neuen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts lag der gleiche Sachverhalt zugrunde wie dem vorgängigen Revisionsurteil. Es kam lediglich die auf die Zurückverweisung getroffene Feststellung hinzu, daß die ursprünglich von der Klägerin innegehabte Stelle mittlerweile endgültig mit einer anderen Arbeitnehmerin besetzt war. Hierauf beruhte die rechtliche Wertung des Bundesarbeitsgerichts aber nicht, nach der der Klägerin ihre materiellrechtliche Position nicht mehr hätte entzogen werden dürfen.



(3) Die der vom Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts vorgenommenen rechtlichen Wertung zugrundeliegende Rechtsprechung ist nicht aufgegeben worden. Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte zunächst - wie vorliegend der Fünfte Senat - vertreten, daß eine vorübergehend übertragene höherwertige Tätigkeit als auf Dauer übertragen gelte, wenn die Gestaltungsmöglichkeit des § 24 BAT rechtsmißbräuchlich verwendet worden sei (*BAG 5. September 1973 - 4 AZR 549/72 - AP BAT § 24 Nr. 3*); danach war der Angestellte bei Fehlen eines Sachgrundes so zu behandeln, als sei ihm die Tätigkeit auf Dauer zugewiesen (*BAG 10. Februar 1988 - 4 AZR 585/87 - AP BAT § 24 Nr. 15; 16. Januar 1991 - 4 AZR 301/90 - BAGE 67, 59 = AP MTA § 24 Nr. 3; 26. März 1997 - 4 AZR 604/95 - ZTR 1997, 413*). An dieser Rechtsprechung hält der Vierte Senat nicht mehr fest, sondern stellt nunmehr auf das billige Ermessen gem. § 315 BGB ab (*BAG 17. April 2002 - 4 AZR 174/01 - AP BAT § 24 Nr. 23, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*).

Jedoch hat der Fünfte Senat seine vorliegend geäußerte, mit der vom Vierten Senat aufgegebenen Rechtsprechung übereinstimmende Auffassung nicht auch seinerseits aufgegeben. Die ausdrückliche, in einer Entscheidung geäußerte Aufgabe der alten Rechtsprechung ist jedoch Voraussetzung für die Aufhebung der aus § 565 Abs. 2 ZPO aF resultierenden Selbstbindung des Revisionsgerichts (*vgl. GmS-OGB 6. Februar 1973 - GmS-OGB 1/72 - BGHZ 60, 392 = AP RsprEinhG § 4 Nr. 1; MünchKommZPO-Wenzel 2. Aufl. § 565 Rn. 12*). Nach anderer Auffassung besteht die Bindung sogar unabhängig davon fort, ob inzwischen neue revisionsrechtliche Grundsätze erarbeitet worden sind, weil die Selbstbindung des Revisionsgerichts durch die materielle Rechtskraft bewirkt werde (*Stein/Jonas-Grunsky ZPO 21. Aufl. § 565 Rn. 18*).

Eine Entscheidung des Meinungsstreits kann dahinstehen, weil schon eine Aufgabe der Rechtsprechung nicht vorliegt: An die Rechtsprechungsänderung des Vierten Senats ist der Fünfte Senat nicht gebunden; zur Vereinheitlichung dient allein das Vorlageverfahren an den Großen Senat gem. § 45 ArbGG. Wird dieses nicht durchgeführt, bestehen also innerhalb des Revisionsgerichts verschiedene Auffassungen zu einer Rechtsfrage, kann von einer Aufgabe einer der beiden Auffassungen nicht gesprochen werden. Aus der Bindung des Berufungsgerichts folgt grundsätzlich auch die Selbstbindung des Revisionsgerichts, wenn es erneut mit der Sache in einem zweiten Revisionsrechtszug befaßt wird (*vgl. BAG 19. Februar 1997 - 5 AZR 982/94 - BAGE 85, 155, 161 f. = AP BGB § 618 Nr. 24 = EzA BGB § 273 Nr. 7, zu II 1 b der Gründe*). Damit ist auch der erkennende Senat an die im Urteil des Fünften Senats in



demselben Rechtsstreit vertretene Auffassung entsprechend § 565 Abs. 2 ZPO aF gebunden.

(4) Dem Landesarbeitsgericht ist nicht darin zu folgen, daß die Bindungswirkung entfalle, weil es sich um neue Ansprüche handle. Zutreffend ist zwar, daß sich das Begehren der Klägerin nach anderweiter Besetzung der Stelle nicht mehr auf Beschäftigung, sondern auf Zuweisung einer gleichwertigen Stelle und Zahlung der Gehaltsdifferenz richtet. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um neue Ansprüche. Gem. § 264 Ziff. 3 ZPO ist es nicht als eine Änderung der Klage anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. So liegt es hier. Der Klagegrund, also der von der Klägerin darzulegende Sachverhalt (vgl. *Zöller/Greger ZPO 23. Aufl. § 253 Rn. 12*) ist unverändert geblieben bis auf den Umstand, der zum Übergang vom Erfüllungs- auf den Sekundäranspruch geführt hat. Aus der gesetzlichen Wertung des § 264 Ziff. 3 ZPO folgt, daß vorliegend kein neuer Anspruch geltend gemacht wird; dies zeigt sich auch darin, daß der bisherige Hilfsantrag auf Zuweisung einer gleichwertigen Stelle - nunmehr als Hauptantrag - weiterverfolgt wird.

Auch aus Sinn und Zweck der prozessualen Bindung gem. § 565 Abs. 2 ZPO aF folgt dieses Ergebnis. Dessen Normzweck ist es zu verhindern, daß die endgültige Entscheidung der Sache dadurch verzögert oder gar verhindert wird, daß sie ständig zwischen der Vorinstanz und dem Revisionsgericht hin- und hergeschoben wird, weil keines der beiden Gerichte seine Rechtsauffassung ändert, weshalb auch für das Revisionsgericht eine Selbstbindung eintritt (*GmS-OGB 6. Februar 1973 - GmS-OGB 1/72 - BGHZ 60, 392 = AP RsprEinhG § 4 Nr. 1; BAG 19. Februar 1959 - 2 AZR 209/56 - BAGE 7, 237 = AP ZPO § 318 Nr. 1; 16. Februar 1961 - 2 AZR 231/59 - BAGE 10, 355 = AP ZPO § 565 Nr. 1*). Es soll sichergestellt werden, daß sich die revisionsgerichtliche Rechtsauffassung durchsetzen kann (*Tiedtke JZ 1978, 626, 628*). Stellte man formal auf die Identität der Anträge ab, ohne der Gleichheit des Klagegrundes Rechnung zu tragen, so würde dieses Ziel nicht erreicht. Ferner hätte es dann die Partei, der die vom Revisionsgericht vorgenommene Wertung unwillkommen ist, in der Hand, durch Änderung der Verhältnisse - zB Besetzung der Stelle - die Bindungswirkung zu beseitigen. Dies liefe jedoch dem Grundsatz zuwider, nach dem sich niemand zu seinen Gunsten auf eigenes unrechtmäßiges Vorverhalten berufen kann (*turpitudi-*



nem suam allegans nemo auditur). Dieser Gedanke folgt direkt aus dem auch dem Prozeßrecht immanenten Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

bb) Es kann dahinstehen, ob das beklagte Land die Differenzvergütung letztlich als Schadensersatz oder als arbeitsvertragliches Entgelt schuldet. Das für den Anspruch auf Schadensersatz erforderliche Verschulden liegt nämlich in jedem Falle vor. Zu den Pflichten des beklagten Landes hätte es nämlich gehört, der Klägerin die geplante endgültige Besetzung ihrer Stelle mit einer anderen Arbeitnehmerin so rechtzeitig bekanntzugeben, daß ihr die Inanspruchnahme von Rechtsschutz - ggf. im Wege der einstweiligen Verfügung - ermöglicht worden wäre (vgl. *BVerfG 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - NJW 1990, 501; BAG 22. Juni 1999 - 9 AZR 541/98 - BAGE 92, 112 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 49 = EzA GG Art. 33 Nr. 21; BGH 6. April 1995 - III ZR 183/94 - BGHZ 129, 226 = NJW 1995, 2344*). Der Anspruch besteht in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den - von der im Jahre 1950 geborenen Klägerin erreichten - höchsten Lebensaltersstufen der VergGr. IV b und I b BAT-O nebst Zinsen. Er richtet sich auf die volle Bruttodifferenz, weil die Verpflichtung des Arbeitgebers sich auf Zahlung des Bruttobetragtes richtet (*BAG GS 7. März 2001 - GS 1/00 - BAGE 97, 150, 153 = AP BGB § 288 Nr. 4 = EzA BGB § 288 Nr. 3*).

b) Dagegen ist die Klage nicht begründet, soweit sie auf Beschäftigung als Schulleiterin auf der nächsten freien und haushaltsrechtlich abgesicherten Planstelle gerichtet ist. Zwar hat die Klägerin Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung durch das beklagte Land (vgl. *BAG GS 27. Februar 1985 - GS 1/84 - BAGE 48, 122 = AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14 = EzA § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 9*). Gleichwohl kann sie nicht verlangen, daß das beklagte Land ihr die nächste gleichwertige freiwerdende Stelle zuweist, ohne eine Auswahlentscheidung unter eventuellen Mitbewerbern zu treffen. Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Daraus ergeben sich subjektive Rechte eines jeden Bewerbers. Jeder kann verlangen, bei seiner Bewerbung nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien beurteilt zu werden (*BAG 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - BAGE 87, 165 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 40 = EzA GG Art. 33 Nr. 17*). Dieses Prinzip der Bestenauslese bringt es mit sich, daß dem benachteiligten Bewerber im Regelfall nur das Recht bleibt zu verlangen, daß seine Bewerbung neu zu beurteilen ist. Der weitergehende Anspruch auf Einstellung oder Beförderung setzt voraus, daß sich jede andere Auswahlentscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt, weil die Auswahl zugunsten dieses



Bewerbers die einzig rechtmäßige Entscheidung wäre (BAG 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - aaO; 31. März 1976 - 5 AZR 104/74 - BAGE 28, 62 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 2 = EzA GG Art. 33 Nr. 5; 5. August 1982 - 2 AZR 1136/79 - BAGE 40, 1 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 18 = EzA GG Art. 33 Nr. 12; 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 41 = EzA GG Art. 3 Nr. 78). Eine solche Reduzierung des Auswahlmessens auf Null scheidet schon deswegen aus, weil sich der Antrag der Klägerin nicht auf eine konkrete, bereits ausgeschriebene Stelle bezieht, so daß der Kreis eventueller Mitbewerber nicht zu bestimmen ist. Der Umstand, daß der Klägerin die von ihr innegehabte Stelle als Schulleiterin der Sonderschule in W als endgültig zugewiesen galt, ändert hieran nichts. Soweit der Rechtsstreit diese Stelle betraf, ist durch das Landesarbeitsgericht die Erledigung festgestellt worden. Handelt es sich - wie nach dem jetzigen Klagebegehren - um eine andere Stelle, greift wiederum das aus Art. 33 GG folgende Prinzip der Bestenauslese. Dem beklagten Land kann nicht durch Urteil aufgegeben werden, andere Bewerber von vornherein unberücksichtigt zu lassen und die Stelle der Klägerin zuzuweisen, welche - was unstreitig ist - die laubahnrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Auf den Umstand, daß gem. § 31 SchulG des beklagten Landes Schulleiter von der Gesamtkonferenz gewählt werden, während der Schulbehörde lediglich ein Vorschlagsrecht zugewiesen ist, kommt es danach nicht mehr an.

c) Die Voraussetzungen einer Divergenzvorlage gem. § 45 Abs. 3 ArbGG sind nicht gegeben. Zwar ist der Anspruch unabhängig von der Prüfung zuerkannt worden, ob das beklagte Land billiges Ermessen ausgeübt hat, welches jedoch nach der neuen Rechtsprechung des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts (17. April 2002 - 4 AZR 174/01 - AP BAT § 24 Nr. 23, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) zum Prüfungsmaßstab erhoben wurde. Dies ist jedoch nicht die Folge einer abweichenden eigenen Entscheidung, sondern folgt zwingend aus der Selbstbindung des Revisionsgerichts (siehe oben II 2 a aa (3), (4)). Die Entscheidung des Senats ist auf Grund der Bindung weder eine Abweichung von der Rechtsprechung des Vierten Senats iSv. § 45 Abs. 3 ArbGG noch eine Aufgabe der eigenen Rechtsprechung zur fehlenden Anwendbarkeit von § 24 BAT-O auf angestellte Lehrkräfte (vgl. Senat 26. April 2001 - 8 AZR 281/00 - AP BAT-O § 24 Nr. 5).



III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 91a Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO.

Hauck

Dr. Wittek

Laux

Schömburg

P. Knospe



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)