

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 915/12
2 Sa 356/12
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. Juli 2013

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht

Schmitz-Scholemann und Reinfelder sowie die ehrenamtliche Richterin Zielke und den ehrenamtlichen Richter Dr. Klein für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 14. September 2012 - 2 Sa 356/12 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer örtlichen Versetzung. 1

Die 1969 geborene Klägerin war seit dem 20. Juli 2009 zunächst befristet bis zum 31. Dezember 2009 beschäftigt. Mit Arbeitsvertrag vom 23. Dezember 2009 vereinbarten die Parteien eine weitere befristete Beschäftigung für den Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2011. In einem Vermerk zum Arbeitsvertrag wurde die Befristung mit entsprechenden Ermächtigungen im Haushaltsplan der Beklagten begründet. Der Klägerin wurde mit Schreiben vom 15. Juli 2009 die Tätigkeit einer „Fachassistentin Arbeitnehmerleistungen SGB III (Antragsservice und Bearbeitungsbüro)“ in der Agentur für Arbeit P zugewiesen, mit Schreiben vom 29. Juli 2010 die gleiche Tätigkeit in der Geschäftsstelle F der Agentur für Arbeit P. Sie ist in die Tätigkeitsebene V eingruppiert (§ 4 des Arbeitsvertrags). Der Vertrag enthält keine Angaben zum Arbeitsort. 2

Gemäß § 2 des Arbeitsvertrags bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen. 3

§ 4 Abs. 1 TV-BA vom 28. März 2006 idF des 9. Änderungs-TV vom 21. März 2011 lautet: 4

„Beschäftigte können aus dienstlichen Gründen umgesetzt, versetzt oder abgeordnet werden. Umsetzung ist die vorübergehende oder dauerhafte Übertragung einer Tätigkeit innerhalb der Dienststelle der/des Beschäftigten. Abordnung ist die Zuweisung einer vorübergehenden Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle der BA. Versetzung ist die Zuweisung einer auf Dauer bestimmten Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle der BA unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Sollen Beschäftigte an eine Dienststelle außerhalb des bisherigen Arbeitsortes versetzt oder voraussichtlich länger als drei Monate abgeordnet werden, so sind sie vorher zu hören.

Niederschriftserklärung zu Absatz 1:

Der Begriff ‚Arbeitsort‘ ist ein generalisierter Oberbegriff; die Bedeutung unterscheidet sich nicht vom bisherigen Begriff ‚Dienstort‘.“

Im Anschluss an die Entscheidung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 9. März 2011 (- 7 AZR 728/09 - BAGE 137, 178) übermittelte die Beklagte ihrem Hauptpersonalrat (HPR) unter dem 30. März 2011 (*Rechtskreis SGB III*) und unter dem 15. April 2011 (*Rechtskreis SGB II*) jeweils eine nahezu gleichlautende E-Mail-Info Personal/Organisationsentwicklung (POE) „Unterbringung der entfristet Beschäftigten; Einstellungs- und Besetzungsstopp“ mit der Bitte um Zustimmung ua. nach § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG. Nach dem Inhalt der Mitteilungen sollten sämtliche bislang aus Haushaltsgründen befristeten Verträge entfristet werden. Darüber hinaus ist ua. geregelt, dass die betroffenen Beschäftigten entweder vor Ort auf vakanten Dienstposten (*einschließlich 136 zusätzlicher Stellenzuteilungen*) eingesetzt oder Stellenbesetzungsketten zur Verbesserung der ortsnahen Unterbringung gebildet werden. Es gelte der Grundsatz „Ansatz der Dauerkräfte dort, wo dauerhaft Bedarf besteht“ (*jeweils Ziff. 3 Abs. 4 der E-Mail-Infos POE*). Sei ein Einsatz in der bisherigen Beschäftigungsdienststelle nicht möglich, seien die „Überhangkräfte“ statusgerecht und nach Eignungsgesichtspunkten auf vakanten Dienstposten in anderen Dienststellen einzusetzen. Bei den zu treffenden Personalentscheidungen seien die persönlichen Lebensumstände zu berücksichtigen. Unter dem 8. April 2011 bzw. dem 5. Mai 2011 unterzeichnete der Vorsitzende des Haupt-

5

personalrats die jeweilige E-Mail-Info POE mit dem Zusatz, dass Einwendungen nicht erhoben würden.

Am 21. Juni 2011 vereinbarten die Parteien eine unbefristete Weiterbeschäftigung über den 31. Dezember 2011 hinaus zu im Übrigen unveränderten Bedingungen. Entsprechende Vereinbarungen sind auch mit anderen Arbeitnehmern erfolgt, deren Arbeitsverhältnisse nach § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG befristet waren. 6

Ebenfalls am 21. Juni 2011 teilte die Beklagte der Klägerin die Absicht mit, sie zur Agentur für Arbeit W zu versetzen und hörte sie dazu an. In die Auswahl der aus ihrer Sicht zu versetzenden Beschäftigten hat die Beklagte nur die Arbeitnehmer einbezogen, deren Arbeitsverträge nach § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG befristet waren und entfristet wurden. 7

Mit Schreiben vom 14. Juli 2011 versetzte die Beklagte die Klägerin zum 1. August 2011 zur Agentur für Arbeit W. 8

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, es fehle an einem dienstlichen Grund für die Versetzung, in der Agentur für Arbeit P bestehe weiterhin ausreichender Beschäftigungsbedarf. Jedenfalls bis zum Ende des Jahres 2011, dem ursprünglichen Befristungsende ihres Vertrags, hätten auch Haushaltsmittel zur Verfügung gestanden. Die Auswahl der zu versetzenden Beschäftigten sei fehlerhaft erfolgt; auch zuvor unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer hätten einbezogen werden müssen. Die Versetzung nach W sei ihr unzumutbar. Sie habe einen langjährigen Lebensgefährten, der beruflich regional gebunden sei, sie versorge ihre schwerbehinderte Mutter und absolviere eine eigenfinanzierte Qualifizierung in deutscher Gebärdensprache im sächsischen Dialekt, die sie bei einem örtlichen Wechsel abrechnen müsse. Als milderer Mittel sei ein Einsatz innerhalb Sachsens möglich gewesen. Im Übrigen fehle es an einer ordnungsgemäßen Beteiligung der zuständigen Personalräte. 9

Die Klägerin hat beantragt 10
festzustellen, dass ihre Versetzung vom 14. Juli 2011 zur
Agentur für Arbeit W unwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, dass sie ihr Direktionsrecht rechtmäßig ausgeübt habe. 11

Bundesweit seien ca. 4.200 Arbeitsverhältnisse von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 9. März 2011 betroffen gewesen; dem hätten lediglich 2.750 vakante Stellen gegenübergestanden. In der Regionaldirektion Sachsen seien 355 Personaleinzelfälle im sog. Überhang gewesen, denen 233 Ansatzmöglichkeiten auf (*finanzierten*) Dauerstellen gegenübergestanden hätten. Es seien damit 122 Versetzungen außerhalb des Bezirks der Regionaldirektion notwendig gewesen, weil die entsprechenden Kosten durch den Personalhaushalt nicht gedeckt gewesen seien. Gemäß § 49 BHO, der für Angestellte analog anzuwenden sei, dürfe ein Einsatz nur im Rahmen der festgelegten Anzahl von Planstellen erfolgen. Im Bezirk der Agentur für Arbeit P habe im Haushaltsplan nur eine freie, besetzbare Dauerstelle der TätigkeitsEbene V zur Verfügung gestanden. Hingegen seien 13 Beschäftigte dieser Ebene im Überhang gewesen. Die Besetzung der freien Stelle sei anhand der vom HPR mitbestimmten Versetzungsrichtlinie nach Besteignung erfolgt. Im Bezirk der Agentur für Arbeit W seien demgegenüber Stellen unbesetzt gewesen; dort habe dringender Bedarf bestanden. 12

Der Klägerin sei eine Versetzung dorthin auch unter Abwägung ihrer persönlichen Umstände zuzumuten; der TV-BA sehe entsprechende finanzielle Leistungen zum Ausgleich der Belastungen vor. Beschäftigte, die dauerhaft bei der Agentur für Arbeit P beschäftigt waren und bereits eine entsprechende Planstelle besetzt hätten, seien im Interesse einer funktionierenden Verwaltung nicht in die Auswahl einzubeziehen. Im Übrigen sei die Gruppenbildung bereits durch das Haushaltsrecht bedingt, stehe deshalb außerhalb der Entscheidung nach § 106 GewO und verstoße auch nicht gegen Art. 3 GG. Bei den mit dem Hauptpersonalrat abgeschlossenen E-Mail-Infos POE vom 30. März 2011 bzw. vom 15. April 2011 handle es sich materiell um Dienstvereinbarungen, auch wenn die Form nicht eingehalten worden sei. Mindestens liege eine Verwaltungsvorschrift vor, in der Beurteilungsspielräume und Ermessen einheitlich geregelt würden und die im Hinblick auf Art. 3 GG Außenwirkung habe. Eine andere Regelung, die auch die auf einer Planstelle beschäftigten Mitarbeiter 13

betroffen hätte, wäre nicht praktikabel gewesen. Ein bundesweiter Austausch der Mitarbeiter wäre mit nicht zumutbaren Auswirkungen auf die Aufgabenerledigung in den einzelnen Dienststellen einhergegangen und im Wege der Mitbestimmung nicht ohne massive Störung des Betriebsfriedens durchsetzbar gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin eine Abweisung der Klage. 14

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. 15

I. Die zulässige Klage ist begründet. Die Versetzung vom 14. Juli 2011 ist rechtsunwirksam. 16

1. Das vertragliche Weisungsrecht der Beklagten umfasst die Befugnis, der Klägerin nach Maßgabe der § 106 Satz 1 GewO, § 2 des Arbeitsvertrags vom 23. Dezember 2009 iVm. § 4 Abs. 1 TV-BA einen anderen Arbeitsort zuzuweisen. 17

a) Nach § 106 Satz 1 GewO darf der Arbeitgeber den Ort der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit dieser nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt ist. Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Versetzung ist zunächst durch Auslegung zu ermitteln, welchen Inhalt die vertraglichen Regelungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls haben. Dabei ist insbesondere festzustellen, ob ein bestimmter Tätigkeitsort vertraglich festgelegt ist und welchen Inhalt ein ggf. vereinbarter Versetzungsvorbehalt hat oder ob Normen eines anwendbaren Tarifvertrags Regelungen dazu treffen (*vgl. BAG 26. September 2012 - 10 AZR* 18

412/11 - Rn. 19; 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 - Rn. 12; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 18, BAGE 135, 239). Ist der Arbeitsort nicht festgelegt, ergibt sich der Umfang der Weisungsrechte des Arbeitgebers aus § 106 GewO, ggf. in Verbindung mit anwendbaren tariflichen Regelungen. Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsort zu, so unterliegt dies der Ausübungskontrolle gemäß § 106 Satz 1 GewO, § 315 Abs. 3 BGB (BAG 26. September 2012 - 10 AZR 412/11 - Rn. 22).

b) Der Arbeitsort der Klägerin ist nicht vertraglich auf P oder den Bezirk der Agentur für Arbeit P festgelegt. Der Arbeitsvertrag vom 23. Dezember 2009, der durch die Änderungsvereinbarung vom 21. Juni 2011 insoweit unberührt geblieben ist, legt keinen bestimmten Arbeitsort fest. In einem solchen Fall ist eine örtliche Versetzung vertraglich nicht ausgeschlossen und grundsätzlich vom gesetzlichen Weisungsrecht der Beklagten aus § 106 Satz 1 GewO gedeckt (vgl. BAG 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 - Rn. 17; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 22, BAGE 135, 239). Dem entspricht § 4 Abs. 1 Satz 1 iVm. Satz 4 TV-BA, wonach eine Versetzung aus dienstlichen Gründen möglich ist. 19

Durch die Vermerke zu den befristeten Arbeitsverträgen vom 15. Juli 2009 und vom 23. Dezember 2009 wurde P nicht zum Arbeitsort bestimmt. Die Vermerke geben lediglich den Ort der tatsächlichen Beschäftigung wieder, der durch Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts mit Schreiben vom 15. Juli 2009 bestimmt wurde. Mit der Zuweisung der Tätigkeit in P hat die Beklagte im Übrigen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die tariflichen Vorschriften über die Versetzung, Abordnung usw. unberührt bleiben. Gleiches erfolgte im Schreiben vom 29. Juli 2010, mit dem der Klägerin eine Tätigkeit in der Geschäftsstelle F der Agentur für Arbeit P zugewiesen wurde. 20

2. Es kann dahinstehen, ob ein dienstlicher Grund iSv. § 4 Abs. 1 TV-BA für die Versetzung von der Agentur für Arbeit P zur Agentur für Arbeit W zum 1. August 2011 bestand. 21

- a) Die Tarifnorm knüpft die Versetzungsbefugnis der Beklagten an dienstliche Gründe, dh. an Gründe, die im Interesse des öffentlichen Dienstes liegen (*BAG 21. Januar 2004 - 6 AZR 583/02 - zu II 2 c aa der Gründe, BAGE 109, 207; 20. Januar 1960 - 4 AZR 267/59 - BAGE 8, 338*). Die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung in der Verwaltung muss unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit den Einsatz des Angestellten bei der anderen Dienststelle erfordern (*BAG 11. Juni 1992 - 6 AZR 218/91 - zu II 3 der Gründe*). Die Beklagte als bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 367 Abs. 1 SGB III) gehört dem öffentlichen Dienst an. Ob dienstliche Gründe vorliegen, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle (*BAG 21. Januar 2004 - 6 AZR 583/02 - aaO*). Maßgeblich für die Wirksamkeit ist dabei der Zeitpunkt der Maßnahme (*BAG 26. September 2012 - 10 AZR 311/11 - Rn. 34; 14. Juli 2010 - 10 AZR 182/09 - Rn. 89, BAGE 135, 128 [zur Ermessensentscheidung nach § 106 GewO]*). Fallen Maßnahme und ihr Wirksamwerden auseinander (*zB im Fall einer Versetzung mit einer Ankündigungsfrist*), muss im Zeitpunkt der Maßnahme die Prognose gerechtfertigt sein, dass der dienstliche Grund bei der Umsetzung der Maßnahme vorliegen wird (*BAG 26. September 2012 - 10 AZR 311/11 - aaO*). 22
- b) Es liegt nahe, bedarf aber keiner abschließenden Entscheidung, dass die Beklagte auf die Personalsituation in der Agentur für Arbeit P abstellen durfte. Einen dienstlichen Grund für eine Versetzung kann beispielsweise der zurückgehende tatsächliche Beschäftigungsbedarf in einer Dienststelle bei gleichzeitigem Bedarf in einer anderen Dienststelle darstellen (*vgl. BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 722/08 - Rn. 22, BAGE 132, 210*). Ein solcher kann auch vorliegen, wenn aufgrund von Änderungen von Verwaltungsstrukturen Arbeitsaufgaben verlagert werden und der Arbeitgeber diese Aufgaben am neuen Arbeitsort weiter von dem dafür qualifizierten und eingearbeiteten Personal wahrnehmen lassen will (*BAG 17. August 2011 - 10 AZR 202/10 - Rn. 28; 14. Juli 2010 - 10 AZR 182/09 - Rn. 56 f., BAGE 135, 128*). Dabei ist es grundsätzlich Sache des öffentlichen Arbeitgebers, im Rahmen seiner Organisationshoheit (*vgl. dazu BAG 21. Februar 2012 - 9 AZR 479/10 - Rn. 18 f.*) festzulegen, mit welchem Personalumfang die zu erfüllenden Aufgaben in einer Dienststelle 23

erledigt werden (*BAG 23. November 2004 - 2 AZR 38/04 - zu B I 1 a der Gründe mwN, BAGE 112, 361 [betriebsbedingte Kündigung im öffentlichen Dienst]; vgl. auch 18. Januar 2007 - 2 AZR 796/05 - Rn. 19 [zur unternehmerischen Entscheidung in der Privatwirtschaft zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Änderungskündigung]*). Unter Umständen bestehen Bindungen haushaltsrechtlicher Natur, so wenn in einem Haushaltsplan eine konkrete Stelle gestrichen, ein sog. kw-Vermerk angebracht oder aus einem Personalbedarfsplan der Wegfall einer Stelle ersichtlich wird (*BAG 23. November 2004 - 2 AZR 38/04 - aaO*).

c) Vorliegend kann dahinstehen, ob ein dienstlicher Grund vorlag. Die Beklagte beruft sich auf einen Personalüberhang, der im Zusammenhang mit der Entfristung mehrerer tausend Arbeitsverträge aufgrund der Entscheidung des Siebten Senats vom 9. März 2011 (- 7 AZR 728/09 - BAGE 137, 178) entstanden sei. Nicht für alle nunmehr zusätzlich unbefristet Beschäftigten seien in den Stellenplänen einzelner Regionaldirektionen bzw. Agenturen für Arbeit unbefristete Stellen vorhanden, sodass dort Versetzungen notwendig würden. Die Beklagte beruft sich damit erkennbar nicht auf einen tatsächlichen Personalüberhang in dem Sinne, dass der Beschäftigungsbedarf für die Klägerin in der Agentur für Arbeit P etwa entfallen sei. Auch behauptet sie nicht, dass, abgesehen vom Umstand der Entfristung von Arbeitsverträgen, organisatorische Maßnahmen getroffen wurden, die die konkrete Versetzung rechtfertigen könnten. Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel, ob die bloße Festlegung der Anzahl der Beschäftigten in einem Stellenplan bei der Beklagten, die ihren Haushaltsplan selbst - wenn auch unter Genehmigungsvorbehalt - aufstellt (*vgl. dazu BAG 9. März 2011 - 7 AZR 728/09 - Rn. 18, BAGE 137, 178*), als dienstlicher Grund genügt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Diskrepanz zwischen Stellenplan und Anzahl der unbefristet Beschäftigten nur aufgrund vorhergehender rechtswidriger Befristungen entstanden ist und ein tatsächlicher Beschäftigungsbedarf weiter besteht (*und ggf. durch andere befristet Beschäftigte erfüllt wird*).

24

Selbst wenn man zugunsten der Beklagten einen Personalüberhang aufgrund der vorgenommenen Entfristungen unterstellt, ist fraglich, ob ein dienstlicher Grund für die Versetzung bereits zum 1. August 2011 bestand. Die ursprüngliche Befristung lief bis zum 31. Dezember 2011, Haushaltsmittel für eine Beschäftigung der Klägerin in P standen damit grundsätzlich bereit. Mit der Änderungsvereinbarung vom 21. Juni 2011 wurde dementsprechend eine unbefristete Weiterbeschäftigung „über den 31. Dezember 2011 hinaus“ vereinbart. Die Vereinbarung führte zwar zu einer sofortigen Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, änderte aber bis zum 31. Dezember 2011 weder etwas am Beschäftigungsbedarf vor Ort noch am Vorhandensein entsprechender Haushaltsmittel. Wäre die Vereinbarung über die Entfristung beispielsweise am 31. Dezember 2011 geschlossen worden, hätte sich auch nach dem Vorbringen der Beklagten kein Grund ergeben, die Klägerin vor diesem Termin zu versetzen. 25

3. Die Beklagte hat von ihrem Weisungsrecht nicht nach billigem Ermessen Gebrauch gemacht, § 106 GewO, § 315 BGB. 26

a) Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dem Gericht obliegt nach § 315 Abs. 3 BGB allein die Prüfung, ob der Arbeitgeber als Gläubiger die Grenzen seines Direktionsrechts beachtet hat (vgl. BAG 26. September 2012 - 10 AZR 311/11 - Rn. 28; 13. Juni 2012 - 10 AZR 296/11 - Rn. 28; BGH 18. Oktober 2007 - III ZR 277/06 - Rn. 20, BGHZ 174, 48). 27

aa) Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Hierzu gehören die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Ver- 28

tragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie soziale Lebensverhältnisse, wie familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen (*BAG 26. September 2012 - 10 AZR 311/11 - Rn. 29 f. mwN; 17. August 2011 - 10 AZR 202/10 - Rn. 22 mwN*). Welche Umstände dies im Einzelnen sind, hängt auch von der Art der Leistungsbestimmung ab, die der Berechtigte zu treffen hat (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 414/09 - Rn. 42*). So können bei der Zuweisung der Tätigkeit an einem anderen Ort andere Faktoren relevant sein als bei der Bestimmung der Höhe einer variablen Vergütung. Von maßgeblicher Bedeutung kann auch sein, was Ursache und Auslöser für die Notwendigkeit der Leistungsbestimmung ist. Die hieraus resultierenden Umstände sind in die Abwägung einzubeziehen. Ob die Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt wurden, kann nur durch Abwägung mit den dienstlichen Gründen des Arbeitgebers ermittelt werden, die zu der Ausübung des Direktionsrechts geführt haben (*BAG 17. August 2011 - 10 AZR 202/10 - Rn. 26; vgl. auch 17. August 2011 - 10 AZR 322/10 - Rn. 29*).

bb) Die Berücksichtigung schutzwürdiger Belange des Arbeitnehmers 29
anlässlich der Ausübung des Direktionsrechts kann eine personelle Auswahlentscheidung des Arbeitgebers erfordern, wenn mehrere Arbeitnehmer betroffen sind. Die Leistungsbestimmung ist dann gegenüber demjenigen Arbeitnehmer zu treffen, dessen Interessen weniger schutzwürdig sind (*vgl. BAG 23. September 2004 - 6 AZR 567/03 - zu IV 2 d bb der Gründe, BAGE 112, 80*). Eine soziale Auswahl wie im Fall des § 1 Abs. 3 KSchG findet aber nicht statt (*BAG 26. September 2012 - 10 AZR 311/11 - Rn. 30; 17. August 2011 - 10 AZR 202/10 - Rn. 22*).

cc) Ob die Entscheidung der Billigkeit entspricht, unterliegt der vollen 30
gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB (*st. Rspr., zB BAG 14. November 2012 - 10 AZR 783/11 - Rn. 46*). Die Darlegungs- und Beweislast für die Wirksamkeit der getroffenen Ermessensausübung liegt beim Arbeitgeber (*BAG 14. Juli 2010 - 10 AZR 182/09 - Rn. 90, BAGE 135, 128*).

- dd) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn eine Tarifnorm - wie hier - eine Versetzung aus dienstlichen Gründen zulässt (vgl. BAG 21. Januar 2004 - 6 AZR 583/02 - zu II 2 d bb der Gründe, BAGE 109, 207 [zu § 12 Abs. 1 MTA-O]). 31
- b) Danach ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe bei ihrer Versetzungsentscheidung billiges Ermessen nicht gewahrt, nicht zu beanstanden. Dabei kann dahinstehen, ob dessen Entscheidung wegen der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls nur einer eingeschränkten Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt (vgl. BAG 17. August 2011 - 10 AZR 202/10 - Rn. 23; 14. Juli 2010 - 10 AZR 182/09 - Rn. 92 mwN, BAGE 135, 128). Die landesarbeitsgerichtliche Entscheidung hält auch einer vollen Überprüfung stand. Die Beklagte hat den Rahmen der in die Auswahlentscheidung einzubeziehenden Beschäftigten unzulässig verengt, indem sie nur Beschäftigte in die Auswahl einbezogen hat, die vorher einen nach § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG befristeten Arbeitsvertrag hatten, der in Folge der Rechtsprechung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts entfristet wurde. 32
- aa) Anlass für die Versetzung war ein Personalüberhang von 13 Stellen der Tätigkeitsebene V in der Agentur für Arbeit P. Da nach dem Vortrag der Beklagten nur eine „freie, besetzbare Dauerstelle“ vorhanden war, könnte dies die Versetzung von 12 Beschäftigten der Tätigkeitsebene V tragen. Damit war eine Auswahlentscheidung nach den dargestellten Grundsätzen mindestens unter den unbefristet Beschäftigten dieser Tätigkeitsebene in der Dienststelle zu treffen und zu ermitteln, wem die örtliche Versetzung unter Abwägung dienstlicher Belange und persönlicher Umstände am ehesten zuzumuten war. Bei all diesen Beschäftigten bestand die gleiche Ausgangslage: Zum Zeitpunkt der zu treffenden Auswahlentscheidung befanden sie sich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis und sahen sich gleichermaßen mit dem Umstand konfrontiert, dass der Stellenplan zu wenige dauerhafte Stellen in P vorsah. Allen diesen Beschäftigten gegenüber war die Beklagte arbeitsvertraglich nach den bei ihr verwendeten Standardverträgen und nach § 4 Abs. 1 TV-BA berechtigt, sie aus dienstlichen Gründen zu versetzen. Dies galt (und gilt) unabhängig davon, ob 33

die Beschäftigten eine sog. Planstelle innehatten oder nicht. Die entsprechende Annahme des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte nicht angegriffen.

Welche Vertragsentwicklung der einzelne Beschäftigte ggf. vor Abschluss seines unbefristeten Arbeitsvertrags durchlaufen hatte, ist in diesem Zusammenhang für die zu treffende Auswahlentscheidung ohne Relevanz. Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die Beklagte ehemals haushaltsbefristet Beschäftigte als „Überhangkräfte“ bezeichnet oder zum „Personalüberhang“ zählt. Die Klägerin war nicht etwa wegen der Verlagerung einer Stelle oder des Wegfalls von Aufgaben einem „Stellenpool“ zugeordnet worden (*vgl. zu Voraussetzungen und Wirkungen zB BAG 1. Juni 2011 - 7 AZR 117/10 -; 13. März 2007 - 9 AZR 417/06 -*). Vielmehr befand sie sich in derselben Lage wie die anderen unbefristet Beschäftigten der Tätigkeitsebene V in der Agentur für Arbeit P und gehörte dieser Dienststelle arbeits- und personalvertretungsrechtlich an.

34

bb) Die Beklagte war nicht aus haushaltsrechtlichen Gründen gehindert, die auf sog. Planstellen befindlichen Mitarbeiter in ihre Ermessensausübung einzubeziehen.

35

Es kann dahinstehen, welche Bindungswirkung dem Stellenplan der Beklagten im vorliegenden Zusammenhang überhaupt zukommen kann (*vgl. oben zu 1 2 c*) und ob er zu einer Begrenzung des Auswahlermessens iSv. § 315 BGB führen könnte. Auch nach dem eigenen Vortrag der Beklagten sind jedenfalls keine haushaltsrechtlichen Bindungen erkennbar, die die Beschäftigung einer bestimmten Person auf einer bestimmten Stelle zwingend bestimmen würden. Vielmehr legt der Stellenplan allenfalls verbindlich fest, für wie viele unbefristet Beschäftigte einer bestimmten Tätigkeitsebene Stellen in einer Dienststelle vorhanden sind. Auch wenn diese Stellen durch entsprechende Zuweisung oder auf andere Weise organisatorisch (*zB durch numerische Zuordnung*) mit dem jeweiligen Stelleninhaber verknüpft sind, ist die Beklagte rechtlich nicht gehindert, den jeweiligen Stelleninhaber nach § 4 Abs. 1 TV-BA zu versetzen. Hierauf hat sich die Beklagte im Übrigen in anderem Zusammenhang selbst berufen und der Übertragung einer bestimmten Tätigkeit in einer

36

bestimmten Dienststelle zu Recht keine vertragsändernde Wirkung beigemessen. Der Stellenplan bestimmt damit allenfalls den dienstlichen Grund iSv. § 4 Abs. 1 TV-BA, nicht aber die zu treffende Auswahlentscheidung.

cc) Soweit die Beklagte meint, die Aufrechterhaltung einer funktionierenden Verwaltung bedinge die getroffene Auswahl, ergibt sich nichts anderes. Dies ist ein Gesichtspunkt, der bei der Bewertung zu berücksichtigen ist, aber nicht ohne konkreten Tatsachenvortrag den Kreis der auszuwählenden Arbeitnehmer beschränken kann. Im Übrigen handelt es sich auch bei der Klägerin um eine eingearbeitete Mitarbeiterin. Entsprechendes gilt, soweit sich die Beklagte auf den (*wenig greifbaren*) Aspekt des Betriebsfriedens beruft. Zwar ist anerkannt, dass eine absehbare Beeinträchtigung des Betriebsfriedens dem Interesse eines geringfügig schutzwürdigeren Arbeitnehmers im Einzelfall im Rahmen der Gesamtabwägung aller Umstände entgegengehalten werden kann (*BAG 23. September 2004 - 6 AZR 567/03 - zu IV 2 d bb der Gründe, BAGE 112, 80*). Es fehlt aber an konkretem Sachvortrag, der eine derart wesentliche Beschränkung des Personenkreises rechtfertigen könnte. 37

dd) Personalvertretungsrechtliche Bindungen der Beklagten stehen einer Einbeziehung der bisher auf einer Planstelle unbefristet Beschäftigten der Tätigkeitsebene V nicht entgegen. Dabei kann dahinstehen, ob Vereinbarungen mit dem Hauptpersonalrat bestehen, die eine Einengung der Auswahlgruppe auf früher haushaltsbefristet Beschäftigte vorsehen. Sollte dies der Fall sein, wären sie wegen Verstoß gegen § 4 Abs. 2 TzBfG rechtsunwirksam. 38

(1) Unerheblich ist der erstmals in der Revisionsinstanz erfolgte Vortrag, wonach die Beklagte lediglich die „Dienstvereinbarung über die sozialverträgliche Flankierung personeller Auswirkungen von organisatorischen Maßnahmen“ vom 10. März 2011 umgesetzt habe. Die Dienstvereinbarung findet nach § 2 Abs. 1 auf Strukturmaßnahmen im Rahmen von Organisationsveränderungen Anwendung. Als Beispiele sind in § 3 Abs. 1 ua. die Auflösung einer Dienststelle, die Verlegung oder Ausgliederung einer Dienststelle, die Verlagerung von Aufgaben sowie die Einführung anderer Arbeitsabläufe und/oder Arbeitsmethoden genannt. Schon daraus ergibt sich, dass der Anwendungsbereich dieser 39

Dienstvereinbarung nicht eröffnet ist. Die Beklagte behauptet selbst nicht, dass eine solche Maßnahme die Versetzung der Klägerin bedinge. Im Übrigen sieht die Dienstvereinbarung gerade nicht vor, ehemals befristet Beschäftigte anders zu behandeln als diejenigen Beschäftigten, die eine Planstelle innehaben. Vielmehr schreibt sie einheitliche Regelungen für alle von einer Strukturmaßnahme betroffenen Beschäftigten vor.

(2) Bei den E-Mail-Infos POE vom 30. März 2011 und vom 15. April 2011 handelt es sich schon mangels Einhaltung des konstitutiven Schriftformerfordernisses des § 73 Abs. 1 Satz 2 BPersVG nicht um Dienstvereinbarungen iSd. § 73 iVm. § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG. 40

(3) Ob es sich bei den E-Mail-Infos POE vom 30. März 2011 und vom 15. April 2011 in Verbindung mit den Einverständnisvermerken des HPR um formlose Dienstabreden handelt (vgl. dazu Weber in Richardi/Dörner/Weber BPersVG 4. Aufl. § 73 Rn. 54), kann dahinstehen. Ebenso kann offenbleiben, ob Auswahlrichtlinien iSv. § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG, der § 95 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nachgebildet ist (vgl. grundsätzlich dazu BVerwG 5. September 1990 - 6 P 27.87 -), formlos vereinbart werden können (offengelassen für § 95 BetrVG: BAG 17. November 2010 - 7 ABR 120/09 - Rn. 29). Jedenfalls käme solchen Dienstabreden keine normative Wirkung, sondern nur Bindungswirkung zwischen der Beklagten und ihrem Hauptpersonalrat zu (Weber in Richardi/Dörner/Weber BPersVG § 73 Rn. 55). Auch wenn man das Vorliegen von Auswahlrichtlinien iSv. § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG unterstellt, an die die Beklagte personalvertretungsrechtlich gebunden ist, tragen diese die vorgenommene Auswahlentscheidung nicht. 41

(a) Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die E-Mail-Infos POE vom 30. März 2011 und vom 15. April 2011 eine Beschränkung der Auswahlgruppe auf die ehemals haushaltsbefristet Beschäftigten mit hinreichender Klarheit vorsehen. Dort wird ua. festgelegt, dass in den Fällen, in denen keine direkte Besetzung von Dienstposten mit entfristet Beschäftigten möglich ist, diese zunächst auf vakanten Dienstposten in Dienststellen des Verbunds des Internen Service „angesetzt“ werden. Wenn dies nicht möglich ist, soll ein dienststellenübergrei- 42

fender Ausgleich auf Regionaldirektionsebene stattfinden. Bei diesen Personalentscheidungen sind objektiv anzuerkennende persönliche Lebensumstände zu berücksichtigen (*jeweils Ziff. 3.1 der E-Mail-Infos POE*). Nach Ziff. 3.3 der E-Mail-Infos POE steuern die Regionaldirektionen einen (*ggf. notwendig werdenden*) dienststellenübergreifenden Personalausgleich und berichten darüber (*Ziff. 4 der E-Mail-Info POE vom 15. April 2011*). Welche Beschäftigten von einem Personalausgleich erfasst werden, bestimmen die E-Mail-Infos POE nicht. Zwar beziehen sie sich zunächst auf die ehemals haushaltsbefristet Beschäftigten und sog. Nachwuchskräfte. Die Annahme der Beklagten, dies schließe auf Planstellen Beschäftigte vom dienststellenübergreifenden Personalausgleich aus, ist dem aber keineswegs zwingend zu entnehmen.

(b) Legt man hingegen den E-Mail-Infos POE hinsichtlich der Auswahl der zu versetzenden Beschäftigten den Inhalt zugrunde, von dem die Beklagte ausgeht, wären sie als Auswahlrichtlinien iSv. § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG insoweit wegen eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 2 TzBfG unwirksam. 43

(aa) Bei ihrem Handeln haben Dienststelle und Personalvertretung nach § 67 BPersVG die Grundsätze von Recht und Billigkeit zu beachten. Dazu gehört insbesondere die Pflicht zur Gleichbehandlung. Eine besondere Schutzbestimmung vor sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlungen von Arbeitnehmern enthält § 4 TzBfG (*Gräfl in Richardi/Dörner/Weber BPersVG § 67 Rn. 12*). 44

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG darf ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsvertrags nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Satz 2 der Norm konkretisiert diesen Grundsatz für den Bereich der Vergütung, Satz 3 hinsichtlich der Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten. Danach sind für befristet beschäftigte Arbeitnehmer grundsätzlich dieselben Zeiten zu berücksichtigen wie für unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer, wenn Beschäftigungsbedingungen von der Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses abhängen. In erster Linie schützt die Norm befristet beschäftigte Arbeitnehmer 45

während der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses. Erfasst sind von ihr jedoch auch die Arbeitnehmer, die zwischenzeitlich unbefristet beschäftigt sind, wenn Nachteile an die frühere Befristung anknüpfen, ohne dass dafür ein sachlicher Grund vorliegt (*grundlegend und unter ausführlicher Darlegung der unionsrechtlichen Situation unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Rechtsprechung: BAG 21. Februar 2013 - 6 AZR 524/11 - Rn. 24 ff.; 12. Oktober 2010 - 9 AZR 518/09 - Rn. 28, BAGE 136, 36; vgl. auch EuGH 18. Oktober 2012 - C-302/11 - [Valenza] Rn. 34 ff.*).

(bb) Danach liegt ein Verstoß gegen § 4 Abs. 2 TzBfG vor. Die E-Mail-Infos POE vom 30. März 2011 und vom 15. April 2011 knüpfen in der Bedeutung, die ihnen die Beklagte beimisst, zur Bestimmung des auswahlrelevanten Personenkreises ausschließlich an den Umstand an, ob der Arbeitsvertrag der Beschäftigten vorher (haushalts-)befristet war. Deren Beschäftigungsbedingungen unterliegen einer potenziellen Veränderung, indem die Beschäftigten zur ggf. dienststellenübergreifenden Versetzung vorgesehen sind. Andere, bereits vorher unbefristet Beschäftigte derselben Tätigkeitsebene, die in derselben Dienststelle tätig sind, bleiben hiervon ausgenommen, obwohl ihre arbeitsvertragliche Situation vollständig vergleichbar ist (*vgl. oben zu I 3 b aa*). Entgegen der Auffassung der Beklagten gibt es für diese Anknüpfung an die frühere Befristung des Arbeitsverhältnisses keinen aner kennenswerten sachlichen Grund. Insbesondere bestehen keine haushaltsrechtlichen Bindungen (*vgl. oben zu I 3 b bb*). Eine Rechtfertigung ergibt sich auch nicht aus einer vermeintlichen Gefährdung des Betriebsfriedens oder aus Gründen der Funktionsfähigkeit der Verwaltung (*vgl. zum Maßstab bei § 106 GewO, § 315 BGB: oben zu I 3 b cc*).

ee) Im Ergebnis gilt dasselbe, wenn man die E-Mail-Infos POE vom 30. März 2011 und vom 15. April 2011 als Verwaltungsvorschriften ansieht.

Verwaltungsvorschriften haben regelmäßig nur verwaltungsinterne Bedeutung. Mit ihnen richtet sich der Dienstherr an nachgeordnete weisungsabhängige Organe, Ämter oder Dienststellen. Sie sollen ein einheitliches und den rechtlichen Anforderungen entsprechendes Verwaltungshandeln sichern. Ihnen

fehlt der normative Charakter. Allerdings kann die Verwaltung auch an die von ihr erlassenen Vorschriften im Verhältnis zu Dritten - dazu gehören auch Arbeitnehmer - gebunden sein. Eine derartige Bindungswirkung setzt voraus, dass die Verwaltungsvorschriften sich ihrem Inhalt nach auch an die Arbeitnehmer wenden und für diese Personen Rechte, Handlungspflichten oder Obliegenheiten begründet werden sollen. Rechtsgrundlage für die Außenwirkung im Verhältnis zu den Arbeitnehmern ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn die Verwaltungsvorschriften dienen der Sicherung einer gleichförmigen Handhabung (*BAG 22. Mai 2012 - 9 AZR 423/10 - Rn. 30; 1. Juni 2011 - 7 AZR 117/10 - Rn. 31*). Durch Verwaltungsvorschriften kann sich der öffentliche Arbeitgeber aber nicht von vertraglichen, tariflichen oder gesetzlichen Verpflichtungen - wie sie sich etwa aus § 106 GewO, § 315 BGB ergeben - lösen (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 414/09 - Rn. 46*).

c) Die getroffene Auswahlentscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Auch wenn im Rahmen der Ermessensausübung subjektiv Fehler gemacht wurden, weil beispielsweise nicht alle Faktoren in die Überlegungen einbezogen wurden, kann der Inhalt der Entscheidung bei objektiver Betrachtung billigem Ermessen entsprechen (*vgl. dazu nur BAG 14. November 2012 - 10 AZR 783/11 - Rn. 42 [teilunwirksame Berechnungsbestimmung]; 3. Dezember 2002 - 9 AZR 457/01 - zu A II 2 a dd der Gründe, BAGE 104, 55; vgl. auch 9. November 2006 - 2 AZR 812/05 - Rn. 24, BAGE 120, 137 [zur Sozialauswahl nach § 1 KSchG]*). Zwar dürfte sich in Fällen, in denen die Auswahlgruppe deutlich zu eng gezogen wurde, eine Versetzung regelmäßig auch im Ergebnis als unbillig erweisen. Zwingend ist dies jedoch nicht. Für den Arbeitgeber ist es im Prozess nicht ausgeschlossen darzulegen, dass die Maßnahme trotzdem billigem Ermessen entspricht. Die Beklagte hat aber keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergibt, dass die Versetzung der Klägerin unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Einbeziehung aller von dem dienstlichen Grund erfassten Arbeitnehmer nach billigem Ermessen erfolgt sei. Die erstinstanzlich aufgestellte Behauptung, für andere „langjährig“ Beschäftigte hätten sich im Hinblick auf die kurze

49

Beschäftigungszeit der Klägerin und deren fehlende Unterhaltspflichten im Fall von Versetzungen unzumutbare Härten ergeben, genügt dafür nicht.

d) Aus den genannten Gründen kann dahinstehen, ob eine Versetzung innerhalb des Gebiets der Regionaldirektion Sachsen als milderer Mittel möglich gewesen wäre und der Personalrat bei der abgebenden und der aufnehmenden Dienststelle (*vgl. zur Bedeutung der Beteiligung des aufnehmenden Personalrats aber BAG 14. Juli 2010 - 10 AZR 182/09 - Rn. 107, BAGE 135, 128*) ordnungsgemäß beteiligt wurde. 50

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 51

Mikosch	Richter am Bundes- arbeitsgericht Schmitz-Scholemann ist wegen Urlaubs verhindert zu unter- schreiben. Mikosch	W. Reinfelder
---------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------

Zielke

Klein