

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 374/09
11 Sa 1639/08
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. März 2011

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 23. März 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und

Reinfelder sowie den ehrenamtlichen Richter Beck und die ehrenamtliche Richterinnen Alex für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 26. März 2009 - 11 Sa 1639/08 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Berechtigung des beklagten Landes, den Kläger im Wege der Personalgestellung dem Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster zur Erbringung der Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen und über mögliche Schadensersatzansprüche im Falle der Unwirksamkeit der Personalgestellung. 1

Der Kläger ist am 1950 geboren. Er ist seit 1975 bei dem beklagten Land beschäftigt und arbeitete bis 31. Dezember 2007 beim Versorgungsamt Bielefeld in der Orthopädischen Versorgungsstelle/Soziales Entschädigungsrecht im gehobenen Dienst. Nach § 2 des Arbeitsvertrags bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen. Der Kläger ist verheiratet und seine damals 19 und 22 Jahre alten Kinder wohnen beide im Haushalt und befinden sich in der Ausbildung. Sein Bruttomonatsentgelt betrug zuletzt 3.294,82 Euro. 2

Am 21. November 2007 trat das Gesetz zur Eingliederung der Versorgungsämter in die allgemeine Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen (*VersÄmtEingIG*) als Artikel 1 des Zweiten Gesetzes zur Straffung der Behördenstruktur in Nordrhein-Westfalen vom 30. Oktober 2007 (*Straffungsgesetz*) in Kraft (*GV NRW 2007 S. 482, ausgegeben am 20. November 2007*). 3

Dort ist auszugsweise geregelt:

4

„§ 1

Auflösung der Versorgungsämter

- (1) Die den Versorgungsämtern übertragenen Aufgaben werden nach Maßgabe dieses Gesetzes den Kreisen und kreisfreien Städten, den Landschaftsverbänden und den Bezirksregierungen übertragen.
- (2) Die Beamten und die tariflich Beschäftigten der Versorgungsämter gehen nach Maßgabe dieses Gesetzes auf die Kreise und kreisfreien Städte, auf die Landschaftsverbände, auf die Bezirksregierungen und auf das Landesamt für Personaleinsatzmanagement über bzw. werden im Wege der Personalgestellung zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt.
- (3) Die Versorgungsämter Aachen, Bielefeld, Dortmund, Düsseldorf, Duisburg, Essen, Gelsenkirchen, Köln, Münster, Soest und Wuppertal werden mit Ablauf des 31. Dezember 2007 aufgelöst.

...

§ 4

Aufgaben des Sozialen Entschädigungsrechts
einschließlich der Kriegsopferversorgung

- (1) Die den Versorgungsämtern übertragenen Aufgaben des Sozialen Entschädigungsrechts einschließlich der Kriegsopferversorgung werden mit Wirkung vom 1. Januar 2008 auf die Landschaftsverbände übertragen.
- (2) Die Landschaftsverbände nehmen die Aufgaben als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung wahr. Die Aufsicht führt die fachlich zuständige oberste Landesbehörde. Diese kann allgemeine und besondere Weisungen erteilen, um die gesetzmäßige Erfüllung der Aufgaben zu sichern. Zur zweckmäßigen Erfüllung der Aufgaben kann die Aufsichtsbehörde allgemeine Weisungen erteilen, um die gleichmäßige Durchführung der Aufgaben zu sichern.

...

§ 10

Tarifbeschäftigte

- (1) Die mit Aufgaben nach §§ 2 bis 5 und nach § 8 Abs. 2 betrauten tariflich Beschäftigten der Versorgungsämter werden kraft Gesetzes mit Wirkung vom 31. Dezember 2007 in das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales übergeleitet und nach Maßgabe der Absätze 5 bis 7 und der §§ 11 bis 21 den dort genannten kommunalen Körperschaften kraft Gesetzes mit Wirkung vom 1. Januar 2008 im Wege der Personalgestellung zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt.
- (2) Die mit Aufgaben nach §§ 6 und 8 Abs. 1 betrauten tariflich Beschäftigten der Versorgungsämter gehen kraft Gesetzes mit Wirkung vom 1. Januar 2008 nach Maßgabe des Absatzes 5 und des § 13 Abs. 4 und 5 auf die Bezirksregierung Münster über. Die mit Aufgaben nach § 7 betrauten tariflich Beschäftigten der Versorgungsämter gehen kraft Gesetzes mit Wirkung vom 1. Januar 2008 nach Maßgabe des Absatzes 5 und der §§ 11 bis 21 auf die Bezirksregierungen über.
- (3) Tariflich Beschäftigte der Versorgungsämter, die nicht unmittelbar mit Aufgaben nach §§ 2 bis 8 betraut sind, gehen nach Maßgabe des Absatzes 5 kraft Gesetzes mit Wirkung vom 1. Januar 2008 auf die Bezirksregierungen über oder werden kraft Gesetzes entsprechend Absatz 1 mit Wirkung vom 31. Dezember 2007 in das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales übergeleitet und kraft Gesetzes nach Maßgabe der Absätze 5 bis 7 mit Wirkung vom 1. Januar 2008 den in §§ 11 bis 21 genannten kommunalen Körperschaften im Wege der Personalgestellung zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt, sofern sie nicht nach Absatz 4 in das Landesamt für Personaleinsatzmanagement übergehen.
- (4) Die tariflich Beschäftigten der Versorgungsämter, die nicht von den Personalgestellungsverträgen nach Absatz 6 erfasst sind und nicht nach Absatz 2 oder 3 auf die Bezirksregierungen übergehen, gehen kraft Gesetzes mit Wirkung vom 1. Januar 2008 in das Landesamt für Personaleinsatzmanagement über. Betriebsbedingte Kündigungen und entsprechende Änderungskündigungen mit dem Ziel der Herab-

stufung sind ausgeschlossen.

- (5) Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales bereitet den Personalübergang nach den Absätzen 1 bis 4 vor der Übertragung der Aufgaben auf der Grundlage eines von ihm erstellten Zuordnungsplans vor. Der Zuordnungsplan ist unter Berücksichtigung sozialer Kriterien und dienstlicher Belange zu erstellen; eine angemessene Mitwirkung der neuen Aufgabenträger ist zu gewährleisten.
- (6) Soweit die tariflich Beschäftigten kommunalen Körperschaften zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt werden, werden die Einzelheiten der Personalgestaltung in den zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales, und den in §§ 11 bis 21 genannten Körperschaften für jedes Versorgungsamt geschlossenen Personalgestellungsverträgen geregelt.
- (7) Soweit tariflich Beschäftigte den kommunalen Körperschaften im Wege der Personalgestaltung zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt werden, bleiben die Beschäftigungsverhältnisse zum Land Nordrhein-Westfalen auf der Grundlage der für das Land geltenden Tarifverträge und Vereinbarungen über die zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung bestehen.

...

§ 12

Versorgungsamt Bielefeld

- (1) ...
 - (2) Die mit Aufgaben nach § 4 betrauten Beamten gehen, soweit es für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist, entsprechend den von ihnen wahrgenommenen Aufgaben auf den Landschaftsverband Westfalen-Lippe über.
- ...
- (4) Die Regelungen der Absätze 1 und 2 gelten für tariflich Beschäftigte im Wege der Personalgestaltung nach § 10 entsprechend.“

Begleitend zum Gesetzgebungsverfahren wurde im Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales (MAGS) ein Zuordnungsplan erarbeitet. Die endgültige Fassung war am 14. November 2007 erstellt. Das Zuordnungsverfahren wurde zunächst ohne die Beteiligung von Personalräten durchgeführt. 5

Für die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Zuordnung der Beamten und Tarifbeschäftigten zu den zukünftigen Einsatzorten wurde folgendes Punkteschema zugrunde gelegt: 6

„Personalzuordnung: Punkteverteilung

| | | |
|--|--------------------------------------|------------|
| Lebensalter: | pro Jahr (Stichtag: 1.8.07) | 0,2 Punkte |
| Beschäftigungszeit: | pro Jahr (Stichtag: 1.8.07) | 0,2 Punkte |
| Familienstand: | verh./zusammenlebend | 2 Punkte |
| Kinder, pro Kind bis zum 18. Lebensjahr: | | 5 Punkte |
| Alleinerziehend: | | 5 Punkte |
| Pflege von Angehörigen: | insg. | 2 Punkte |
| Teilzeit: | Reduzierung um 20 % und mehr | 5 Punkte |
| | + Reduzierung um 50 % und mehr | 5 Punkte |
| Schwerbehinderung: | | 5 Punkte |
| | + je 10 Grad | 1 Punkt |
| Entfernungskilometer: | je km zum nächstmöglichen Einsatzort | 0,1 Punkte |

Die Beschäftigten mit der höchsten Punktzahl werden dem nächstmöglichen Einsatzort zugeordnet.

Ergeben sich nach den Ergebnissen der Interessenabfrage bei der Gesamtwürdigung aller Kriterien besondere Fälle, kann von der nach dem Punktesystem vorgenommenen Zuordnung abgewichen werden.“

Die Beschäftigten wurden innerhalb des Zuständigkeitsbereichs des ehemaligen Versorgungsamts grundsätzlich dem jeweiligen Aufgabenbereich zugeordnet (*Schwerbehindertenrecht, Soziales Entschädigungsrecht, Bundeselterngeld-/Elternzeitgesetz usw.*). Anschließend fand eine Zuordnung innerhalb der Dienstgruppen (*höherer Dienst, gehobener Dienst, mittlerer Dienst, Assistenzdienst*) statt. Die örtliche Zuordnung wurde, soweit mehrere Einsatzorte in Betracht kamen, jeweils innerhalb dieser Gruppen anhand der individuell berechneten Sozialpunkte nach dem Punkteschema vorgenommen. Zu den fixen Sozialpunkten wurden für die einzelnen Zuordnungsziele die jeweiligen Entfernungskilometer als sog. Entfernungspunkte addiert.

7

Die Zuordnung wurde sodann auf das Vorliegen eines Härtefalls überprüft. Das beklagte Land unterschied dabei zwischen sog. persönlichen Härtefällen und Entfernungshärtefällen. Es berücksichtigte sowohl Stellungnahmen der betroffenen Beschäftigten als auch des Hauptpersonalrats, der Hauptschwerbehindertenvertretung und der Amtsleitungen. Hinsichtlich der persönlichen Härtefälle wurden fünf Härtefallstufen gebildet. Berücksichtigung als persönliche Härtefälle fanden Beschäftigte der Stufen 3 bis 5. Die Berücksichtigung als Entfernungshärtefall setzte bei Vollzeitbeschäftigten im mittleren Dienst und im Assistenzdienstbereich ein Erreichen von mehr als 20 Sozialpunkten (*ohne Entfernungspunkte*) und eine Entfernung von mehr als 85 km voraus. Bei Teilzeitbeschäftigten im mittleren Dienst, im Assistenzdienstbereich und im gehobenen Dienst galten die entsprechenden Kriterien mit der Besonderheit, dass mehr als 50 - 85 Entfernungskilometer erreicht werden mussten und je nach Stellenanteil differenziert wurde. Insgesamt wurden 74 Beschäftigte als Härtefälle eingestuft, davon etwa 50 Beschäftigte als Entfernungshärtefälle.

8

Die zur Erstellung des Zuordnungsplans erforderlichen Daten wurden im Rahmen eines Interessenbekundungsverfahrens erhoben. Der Kläger gab an, ein Einsatz in Münster sei wegen der hohen Kosten und der langen Dauer der täglichen Wegezeiten von ca. fünf Stunden auf Dauer nicht zumutbar. Nach dem Punkteschema ergeben sich für den Kläger - ohne Entfernungskilometer - 19,91 Sozialpunkte. Der Kläger wurde im Zuordnungsplan dem Land-

9

schaftsverband Westfalen-Lippe in Münster zugeordnet. Die kürzeste einfache Entfernung dorthin beträgt für den Kläger etwa 80 km.

Der Zuordnungsplan vom 14. November 2007 wurde an die Amtsleitungen der Versorgungsämter mit der Bitte übersandt, „die geplante Zuordnung“ den Beschäftigten in geeigneter Form zu übermitteln. Der Kläger ist seit 1. Januar 2008 beim Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster tätig. Das beklagte Land hat Fahrdienste eingerichtet; daneben gelten die Regelungen der Trennungsentschädigungsverordnung Nordrhein-Westfalen (*TEVO NW*).

10

Nachdem das Verwaltungsgericht Düsseldorf in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durch Beschlüsse vom 16. November 2007 und vom 13. Dezember 2007 (- 34 L 1750/07.PVL -) festgestellt hatte, dass der Zuordnungsplan als Sozialplan infolge einer Rationalisierungsmaßnahme der Mitbestimmung des Hauptpersonalrats gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 5 Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen (*LPVG NW*) unterliege, leitete das beklagte Land ein Mitbestimmungsverfahren ein. Zudem ist der Zuordnungsplan am 13. Dezember 2007 als vorläufige Regelung im Sinne des § 66 Abs. 8 LPVG NW bis zur endgültigen Entscheidung im laufenden Mitbestimmungsverfahren bis zum 31. Mai 2008 in Kraft gesetzt worden. Das Mitbestimmungsverfahren wurde in der Sitzung einer Einigungsstelle vom 18. April 2008 mit einem einstimmig angenommenen Beschluss abgeschlossen. In einer Anlage 1 sind 74 Mitarbeiter namentlich aufgeführt, die als Härtefälle in das Landesamt für Personaleinsatzmanagement (*PEM*) übergeleitet werden bzw. einen ortsnäheren Einsatz erfahren. Als Anlage 2 ist das unverändert gebliebene Punkteschema „Personalzuordnung: Punkteverteilung“ aufgenommen. In der Anlage 3 sind 90 Mitarbeiter ausgewiesen, die eine Entfernung von 80 km oder mehr zurückzulegen haben und denen zusätzlich zu evtl. bereits gegebenen Ansprüchen auf Trennungsentschädigung oder Auslagenersatz ein weiterer einmaliger Betrag in Höhe von 1.000,00 Euro brutto zur pauschalen Entschädigung der durch die Arbeitsverlagerung entstehenden Aufwendungen zuerkannt wird. Eine darüber hinausgehende Beteiligung der Personalräte ist bei den jeweiligen Einzelmaßnahmen nicht erfolgt.

11

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Übertragung der Aufgaben des Sozialen Entschädigungsrechts von den Versorgungsämtern auf die Landschaftsverbände sei verfassungswidrig, weil sie gegen Art. 125b Abs. 2 GG, §§ 3, 4 des Gesetzes über die Errichtung der Verwaltungsbehörden der Kriegsopferversorgung vom 12. März 1951 (*BGBI. I S. 163, 169*), zuletzt geändert durch das Zweite Zuständigkeitslockerungsgesetz vom 3. Mai 2000 (*BGBI. I S. 632*) (*ErrG*), verstoße. Daraus folge, dass auch seine Personalgestellung rechtsunwirksam sei. Das VersÄmtEinglG stelle auch keine taugliche Grundlage für einen gesetzlichen Personalübergang dar, weil der Zuordnungsplan nicht wirksam in das Gesetz einbezogen sei. Eine Direktionsrechtsausübung fehle, der arbeitsvertraglich vereinbarte BAT sehe die Möglichkeit einer Personalgestellung nicht vor. Seine soziale Situation sei nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die dem Zuordnungsplan zugrunde gelegten Kriterien genügten Billigkeitsanforderungen nicht. Die Differenzierung des Punkteschemas zwischen minderjährigen und volljährigen Kindern sei sachwidrig, weil die Unterhaltungspflicht nicht automatisch mit Eintritt der Volljährigkeit ende. Die Entfernungshärtefallregelung sei unbillig, weil sie die im gehobenen Dienst tätigen Vollzeitbeschäftigten ohne sachlichen Grund ausnehme. Die Personalgestellung sei im Sinne des LPVG NW mitbestimmungspflichtig gewesen.

12

Der Kläger hat zuletzt beantragt:

13

1. Es wird festgestellt, dass das beklagte Land nicht berechtigt ist, den Kläger dem Landschaftsverband Westfalen-Lippe zur Arbeitsleistung ab dem 01. Januar 2008 zur Verfügung zu stellen.
2. Es wird festgestellt, dass das beklagte Land verpflichtet ist, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die unwirksame Personalgestellung an den Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster seit dem 1. Januar 2008 entstanden ist und noch entstehen wird.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt. Es hat die Auffassung vertreten, der Personalübergang habe sich kraft Gesetzes vollzogen. Dies gelte sowohl für die Versetzung in das MAGS wie auch für die Personalgestellung an die kommunalen Körperschaften. Der Zuordnungsplan sei durch

14

Verweisung in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise in das Eingliederungsgesetz integriert worden. Er entfalte selbst keine unmittelbare Außenwirkung und diene lediglich der Bestimmtheit des Gesetzes. Die persönliche und dienstliche Situation des Klägers sei angemessen berücksichtigt worden. Personalräte seien nicht zu beteiligen gewesen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. 15
Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. 16

I. Der Antrag zu 1. ist zulässig, aber unbegründet. 17

1. Er ist insbesondere nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. 18
Das vom beklagten Land geforderte Verhalten wird eindeutig beschrieben (*vgl. zu den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Unterlassungsantrags BAG 3. Dezember 2008 - 5 AZR 469/07 - Rn. 11, AP TzBfG § 4 Nr. 18 = EzA TzBfG § 4 Nr. 18; BGH 4. Oktober 2007 - I ZR 22/05 - NJW 2008, 1595*).

2. Die Klage ist mit dem Antrag zu 1. unbegründet. Der Kläger ist gemäß 19
§ 1 Abs. 2, § 4 Abs. 1, § 10 Abs. 1, § 12 Abs. 2 iVm. Abs. 4 VersÄmtEinglG rechtswirksam dem Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster im Wege der Personalgestellung zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt worden.

a) Nach § 1 Abs. 2 VersÄmtEinglG gehen die tariflich Beschäftigten (*und die Beamten*) der Versorgungsämter nach Maßgabe des Gesetzes auf die Kreise und kreisfreien Städte, die Landschaftsverbände, die Bezirksregierungen oder das Landesamt für Personaleinsatzmanagement über bzw. werden im Wege der Personalgestellung zur Verfügung gestellt. Die Grundsätze hierfür 20

bestimmen sich nach § 10 VersÄmtEinglG. Hinsichtlich der Art und Weise des Übergangs und der aufnehmenden Institution wird - im Wesentlichen in Abhängigkeit von der bisher ausgeübten Tätigkeit - nach vier Kategorien unterschieden:

Tarifbeschäftigte, die Aufgaben des Schwerbehindertenrechts, der Kriegsopferversorgung, des Sozialen Entschädigungsrechts (*einschl. der Kriegsopferversorgung*), des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (*BEEG*) und des Gesetzes über den Bergmannsversorgungsschein wahrgenommen haben, wurden gemäß § 10 Abs. 1 iVm. §§ 2 bis 5, § 8 Abs. 2 VersÄmtEinglG zunächst mit Wirkung zum 31. Dezember 2007 in das MAGS übergeleitet und sodann nach weiteren Maßgaben mit Wirkung vom 1. Januar 2008 im Wege der Personalgestellung den für die zukünftige Aufgabenwahrnehmung jeweils zuständigen Körperschaften zugewiesen. 21

Die mit Aufgaben nach dem (*früheren*) Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit sowie mit bestimmten sonstigen Aufgaben betrauten tariflich Beschäftigten gingen - ohne vorherige Überleitung zum Ministerium - auf die Bezirksregierung Münster über (§§ 6, 8 Abs. 1, § 10 Abs. 2 VersÄmtEinglG). Ebenso gingen die mit Aufgaben aus dem Bereich der Arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Förderprogramme betrauten Beschäftigten direkt auf die verschiedenen Bezirksregierungen über (§§ 7, 10 Abs. 2 VersÄmtEinglG). 22

Tariflich Beschäftigte, die nicht unmittelbar mit einer der genannten Aufgaben betraut waren, also insbesondere Querschnittsaufgaben oder allgemeine Verwaltungsaufgaben erfüllten, gingen nach Maßgabe des vom Ministerium gemäß § 10 Abs. 5 VersÄmtEinglG zu erstellenden Zuordnungsplans entweder auf die Bezirksregierungen oder - nach einer Überleitung in das Ministerium - auf eine der genannten kommunalen Körperschaften über, sofern sie nicht gemäß § 10 Abs. 4 VersÄmtEinglG in das Landesamt für Personaleinsatzmanagement übergegangen waren (§ 10 Abs. 3 VersÄmtEinglG). 23

Schließlich bestimmt § 10 Abs. 4 VersÄmtEinglG als Auffangregelung, dass diejenigen tariflichen Beschäftigten, die nicht direkt auf die Bezirks- 24

regierungen übergehen und nicht von Personalgestellungsverträgen erfasst werden, auf das Landesamt für Personaleinsatzmanagement übergehen.

b) Der Kläger hat Aufgaben des Sozialen Entschädigungsrechts nach § 4 Abs. 1 VersÄmtEinglG wahrgenommen. Damit unterfällt er dem Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 VersÄmtEinglG. Darüber herrscht zwischen den Parteien kein Streit; insbesondere macht der Kläger nicht geltend, dass er fehlerhaft zugeordnet worden oder kraft Gesetzes auf eine andere Behörde oder Körperschaft übergegangen sei. 25

c) Das Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 GewO umfasst grundsätzlich nicht das Recht zur Anordnung der Erbringung der Arbeitsleistung bei einem anderen Arbeitgeber. Hierfür bedarf es einer besonderen vertraglichen, tariflichen oder gesetzlichen Grundlage. Allein der Übergang von Aufgaben auf einen anderen Rechtsträger kann ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nicht zu einer Verpflichtung zur Tätigkeit bei dem anderen Rechtsträger führen (*vgl. BAG 18. Februar 1976 - 5 AZR 616/74 - zu I 1 der Gründe, AP UniversitätsG Saarland § 1 Nr. 5*). 26

§ 1 Abs. 2, § 10 Abs. 1, § 12 Abs. 2 iVm. Abs. 4 VersÄmtEinglG bilden die gesetzliche Grundlage für die Personalgestellung des Klägers. Dies ergibt eine Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen. Ein Rückgriff auf andere Rechtsgrundlagen (*wie zB § 4 Abs. 3 TV-L*) ist nicht erforderlich (*ebenso Welkoborsky Gestellung und Personalvertretung in Sozialer Dialog in der Krise 2009 S. 107, 108*). Die Zuordnung zum Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster ist aufgrund des gesetzlich vorgeschriebenen Zuordnungsplans gemäß § 10 Abs. 5 Satz 2 VersÄmtEinglG unter Berücksichtigung sozialer Kriterien und dienstlicher Belange erfolgt. 27

aa) Die tariflich Beschäftigten wurden im Falle des § 10 Abs. 1 VersÄmtEinglG zunächst „kraft Gesetzes mit Wirkung vom 31. Dezember 2007“ auf das MAGS übergeleitet. Damit war unmittelbar weder eine Veränderung des Orts oder der Art der zu erbringenden Arbeitsleistung verbunden noch ein Wechsel des Arbeitgebers. Vielmehr trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die 28

Versorgungsämter als bisherige Beschäftigungsdienststelle zu diesem Zeitpunkt aufgelöst wurden (§ 1 Abs. 3 VersÄmtEingIG) und - anders als in den Fällen des § 10 Abs. 2 VersÄmtEingIG - keine andere Landesbehörde als zukünftige Dienststelle gesetzlich bestimmt war. Sodann wurden diese zum MAGS übergeleiteten Beschäftigten nach § 10 Abs. 1 VersÄmtEingIG wiederum „kraft Gesetzes“ nach bestimmten Maßgaben mit Wirkung vom 1. Januar 2008 im Wege der Personalgestellung bestimmten kommunalen Körperschaften zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt. Nach dem eindeutigen Wortlaut ist damit von der Anordnung einer gesetzlichen Personalgestellung auszugehen.

bb) Auch die Systematik und der Gesamtzusammenhang der verschiedenen Regelungen machen deutlich, dass der Gesetzgeber durch das Gesetz selbst sicherstellen wollte, dass alle Beschäftigten, die vorher bei den Versorgungsämtern tätig waren, zukünftig bei einer Bezirksregierung, einer kommunalen Körperschaft oder dem Personaleinsatzmanagement tätig werden, um die Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben bei den zukünftigen Aufgabenträgern möglichst reibungslos fortzuführen.

29

Dies bestätigt die Entstehungsgeschichte: Im ursprünglichen Gesetzesentwurf der Landesregierung war die Formulierung „kraft Gesetzes“ nicht enthalten, sondern der Entwurf des § 10 Abs. 5 VersÄmtEingIG sah eine „Entscheidung über die personalrechtlichen Einzelmaßnahmen ... auf der Grundlage eines Zuordnungsplans“ vor (*Landtag Nordrhein-Westfalen Drucks. 14/4342 S. 7, 8*). In der damaligen Begründung wurde § 10 Abs. 1 VersÄmtEingIG als „gesetzliche Regelung zur Personalgestellung auf der Grundlage des § 4 Abs. 3 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L)“ bezeichnet (*Landtag Nordrhein-Westfalen aaO S. 27*). Im Folgenden ist es aufgrund des Berichts des Ausschusses für Kommunalpolitik und Verwaltungsstrukturreform zu der letztlich verabschiedeten Fassung gekommen. In der Begründung der Beschlussempfehlung (*Landtag Nordrhein-Westfalen Drucks. 14/5208 S. 35, 36*) heißt es dazu unter anderem:

30

„zu Ziffer 3 a und 3 b: [Änderungen zu § 10 Abs. 1 und 2]
Die Änderungen sind erforderlich, um keinen Zweifel
aufkommen zu lassen, dass es sich um eine gesetzliche
Personalüberleitung handelt. Personalrechtlicher Einzel-
maßnahmen bedarf es daher nicht mehr.“

cc) Allerdings legt das Gesetz nicht für alle betroffenen tariflich Be- 31
schäftigten selbst nach abstrakt-generellen Kriterien fest, wo sie zukünftig ihre
Arbeitsleistung zu erbringen haben. Vielmehr bestimmt es lediglich Rahmen-
regelungen für das Verfahren und die Kriterien der Personalauswahl zur Um-
setzung des gesetzlichen Übergangs (*vgl. Landtag Nordrhein-Westfalen*
Drucks. 14/5208 S. 36 zu Ziffer 3, 4). Darüber hinaus gibt es vor, wie viel
Personal bei den entsprechenden Behörden und Körperschaften jeweils zur
Erfüllung der Aufgaben benötigt wird (§ 23 Abs. 6 *iVm. Anlage 2*
VersÄmtEinglG).

Gemäß § 10 Abs. 5 VersÄmtEinglG hat die Bestimmung der konkreten 32
Zuordnung und damit der zukünftigen Beschäftigungsdienststelle durch den
vom Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales zu erstellenden Zu-
ordnungsplan zu erfolgen. Dieser stellt damit das erforderliche Bindeglied
zwischen dem angeordneten Übergang der tariflich Beschäftigten in ihrer
Gesamtheit und dem des einzelnen Beschäftigten her. Erst mit Erstellung des
Zuordnungsplans und der Bekanntgabe des den jeweiligen Beschäftigten
betreffenden Inhalts kann das beklagte Land als Arbeitgeber den vom Gesetz
vorgegebenen Erfolg, nämlich die Erbringung der Arbeitsleistung beim neuen
Aufgabenträger, erreichen. Die Erstellung des Zuordnungsplans ist damit
gesetzlich vorgeschriebener Bestandteil der Überleitungsentscheidung, ohne
dass damit der Zuordnungsplan selbst Bestandteil des Gesetzes wäre. Einer
solchen Annahme steht schon der Wortlaut des § 10 Abs. 5 VersÄmtEinglG
entgegen. Die Norm spricht lediglich von einer Vorbereitung durch das
Ministerium, enthält aber keine hinreichend konkrete Verweisung, aus der sich
eine Inkorporierung in das Gesetz entnehmen ließe. Vielmehr überlässt das
Gesetz dem Ministerium gerade die notwendigen Schritte zur tatsächlichen

Durchführung des gesetzlichen Übergangs, insbesondere die Auswahlentscheidung nach vorgegebenen Kriterien.

Diese Zweiteilung führt nicht dazu, dass das Gesetz selbst zu unbestimmt wäre. Es legt sowohl den Übergang der Aufgaben als auch die Aufnahmediendienststellen fest und bestimmt den Weg und die Methode, auf dem bzw. wie die konkrete Auswahlentscheidung zu treffen ist. Für die tariflich Beschäftigten sind damit die jeweiligen Rechtsfolgen hinreichend deutlich erkennbar; für Mitarbeiter mit Aufgaben des Sozialen Entschädigungsrechts nach § 4 VersÄmtEinglG bestimmt das Gesetz sogar unmittelbar den aufnehmenden Landschaftsverband für das jeweilige aufgelöste Versorgungsamt. 33

d) Die Regelungen des VersÄmtEinglG verstoßen nicht gegen höherrangiges Recht. 34

aa) Ein Verstoß gegen landesverfassungsrechtliche Vorschriften ist nicht gegeben. Der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen hat die Verfassungsbeschwerden verschiedener kommunaler Körperschaften gegen das VersÄmtEinglG zurückgewiesen (23. März 2010 - VerfGH 19/08 ua. -). 35

bb) Die Personalgestellung des Klägers an den Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster ist auch dann nicht rechtsunwirksam, wenn die der Gestellung zugrunde liegende Übertragung der Aufgaben des Sozialen Entschädigungsrechts (und der Kriegsopferversorgung) auf die Landschaftsverbände durch das VersÄmtEinglG gegen Art. 85 Abs. 1 GG bzw. Art. 125b Abs. 2 GG iVm. §§ 1, 3, 4 ErrG verstößt. 36

(1) Nach § 1 ErrG wird die Versorgung der Kriegsofper von Versorgungsämtern und Landesversorgungsämtern durchgeführt. Nach § 3 ErrG unterstehen die Versorgungsämter und die nach § 2 ErrG zu errichtenden Stellen den Landesversorgungsämtern; diese unterstehen den für die Kriegsopferversorgung zuständigen obersten Landesbehörden. Nach § 4 ErrG sollen die Beamten und Angestellten der Versorgungsverwaltung für ihre Aufgaben besonders geeignet sein. 37

(2) Nach Auffassung des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen verstoßen §§ 1, 4 VersÄmtEinglG gegen §§ 1, 3 und 4 ErrG und damit gegen Bundesrecht. Der Landesgesetzgeber dürfe nach Art. 85 Abs. 1 GG bei der Durchführung des Opferentschädigungsgesetzes (*OEG*) von diesen Vorschriften nicht abweichen. Selbst wenn die Durchführung des OEG dem Bereich der Landeseigenverwaltung des Art. 84 GG zugeordnet werde, könne das Land Nordrhein-Westfalen nach Art. 125b Abs. 2 GG erst ab dem 1. Januar 2009 von bundesrechtlichen Verfahrensregelungen abweichen. Das Land sei deshalb nicht berechtigt gewesen, zum 1. Januar 2008 die Aufgaben des Sozialen Entschädigungsrechts von den Versorgungsämtern auf kommunale Selbstverwaltungsträger wie die Landschaftsverbände zu übertragen. Das Landessozialgericht hat deshalb dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG die Frage vorgelegt, ob §§ 1 und 4 VersÄmtEinglG mit §§ 1, 3 und 4 ErrG iVm. Art. 84, 125b Abs. 2 GG bzw. mit Art. 85 GG vereinbar sind (*LSG für das Land Nordrhein-Westfalen 3. September 2008 - L 10 VG 20/03 -*).

38

(3) Dieser Entscheidung sind mehrere Senate des Bundessozialgerichts entgegengetreten und haben die Auffassung vertreten, dass die Übertragung der Aufgaben der aufgelösten Versorgungsämter nach dem VersÄmtEinglG mit höherrangigem Bundesrecht und dem Grundgesetz vereinbar ist (*25. Juni 2009 - B 10 EG 8/08 R - BSGE 103, 291, betreffend Aufgaben des BEEG; 23. April 2009 - B 9 VG 1/08 R - betreffend Opferentschädigung; 23. April 2009 - B 9 SB 3/08 R - SozialVerw 2009, 59, betreffend Schwerbehindertenrecht; 11. Dezember 2008 - B 9 VS 1/08 R - BSGE 102, 149, betreffend Kriegsopferversorgung*).

39

(4) Der Kläger ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts in einer Orthopädische Versorgungsstelle tätig. Nach § 2 Nr. 1 ErrG werden ua. solche Stellen von den Ländern nach Maßgabe des Bedürfnisses und der Zweckmäßigkeit im Rahmen der Versorgungsverwaltung errichtet. Damit entscheiden die Länder in eigener Kompetenz, wie und durch welche Stellen die Versorgung der Kriegsoffer mit orthopädischen Hilfsmitteln organisiert wird. Dies bestätigt die Entstehungsgeschichte der Norm. Nach § 2 ErrG idF vom

40

12. März 1951 konnten solche Versorgungsstellen nur im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit und dem Bundesminister für Finanzen eingerichtet werden, nach § 2 ErrG idF vom 2. Mai 1955 (*BGBI. I S. 189, 202*) ist dieses Einvernehmen nicht mehr erforderlich. Selbst wenn somit das OEG nach Art. 85 Abs. 1 GG der Auftragsverwaltung zuzuordnen wäre, bliebe die Einrichtung der Orthopädischen Versorgungsstellen nach § 2 ErrG Angelegenheit der Länder. Das beklagte Land konnte deshalb eine Neuregelung vornehmen, ohne gegen höherrangiges Bundesrecht zu verstoßen.

(5) Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Übertragung der Aufgaben der Opferentschädigung insgesamt auf die Landschaftsverbände bestehen nicht. Die Einrichtung der Behörden zur Ausführung des OEG ist kein Fall der Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG, sondern ein solcher der Landeseigenverwaltung nach Art. 84 GG. Nach Art. 83 Abs. 1 GG führen die Länder Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Nach Art. 104a Abs. 3 Satz 2 GG wird ein Gesetz, das Geldleistungen gewährt, im Auftrag des Bundes durchgeführt, wenn das Gesetz bestimmt, dass der Bund die Hälfte der Ausgaben oder mehr trägt. Nach § 4 Abs. 1 OEG aF (*jetzt: § 4 Abs. 1, 2 OEG*) sind grundsätzlich die Länder Kostenträger der Sach- und Geldleistungen, es sei denn, der Geschädigte ist wohnsitzlos oder die Schädigung tritt auf einem Schiff oder Luftfahrzeug ein; nur dann ist der Bund der Kostenträger. Nach § 4 Abs. 2 OEG aF (*jetzt: § 4 Abs. 3 OEG*) trägt der Bund 40 % der Ausgaben, die den Ländern durch Geldleistungen nach diesem Gesetz entstehen. Das Gesetz bestimmt damit nicht, wie für die Annahme einer Auftragsverwaltung nach Art. 104a Abs. 3 Satz 2 GG vorgesehen, dass der Bund die Hälfte oder mehr der Ausgaben trägt. Damit handelt es sich um Landeseigenverwaltung nach Art. 84 GG (*so auch Entwurf des ErrG - BT-Drucks. 1/1729 S. 5*), so dass das beklagte Land grundsätzlich befugt war, die Einrichtung von Behörden zur Ausführung des OEG (*neu*) zu regeln.

41

Diese Regelungsbefugnis war nicht nach Art. 125b Abs. 2 Halbs. 2 GG bis zum 31. Dezember 2008 beschränkt. Danach durften die Länder von bundesgesetzlichen Regelungen abweichende Vorschriften des Verwaltungsverfahrens bis zum 31. Dezember 2008 nur dann erlassen, wenn in dem jeweiligen Bundesgesetz ab dem 1. September 2006 Regelungen im Verwaltungsverfahren geändert wurden. Die Einrichtung von Behörden betrifft jedoch, wie das Bundessozialgericht zutreffend erkannt hat (*6. Dezember 2008 - B 9 VS 1/08 R - BSGE 102, 149*), nicht Vorschriften des Verwaltungsverfahrens. Das beklagte Land hat lediglich die Durchführung des Sozialen Entschädigungsrechts auf die Landschaftsverbände, also auf Behörden iSv. Art. 84 Abs. 1 GG übertragen und neu festgelegt, welche amtliche Stelle zuständig ist. Dies war ohne Beachtung der Übergangsfrist möglich. 42

cc) Das beklagte Land war befugt, eine gesetzliche Überleitung der Arbeitsverhältnisse zu regeln. 43

Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung, soweit nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verliehen worden sind. Von der dem Bund gemäß Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG bis zum 1. September 2006 zustehenden Kompetenz, Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder über die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst der Länder stehenden Personen zu erlassen, hat dieser - soweit hier von Bedeutung - keinen Gebrauch gemacht. Auf die in Art. 125b Abs. 1 GG geschaffene Übergangsregelung kommt es daher nicht an. 44

Dem Bund steht außerdem nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG das Recht zur konkurrierenden Gesetzgebung im Arbeitsrecht zu. Von dieser Kompetenz hat der Bund, soweit es die gesetzliche Überleitung von Arbeitsverhältnissen betrifft, ebenfalls keinen Gebrauch gemacht, sondern nur rechtsgeschäftliche Übergänge nach § 613a BGB geregelt (*vgl. BAG 2. März 2006 - 8 AZR 124/05 - Rn. 27, BAGE 117, 184 und 18. Dezember 2008 - 8 AZR 660/07 - Rn. 44, AP BGB § 613a Nr. 366*). Gleiches gilt hinsichtlich einer gesetzlichen Regelung über die Personalgestellung. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz trifft keine Regelungen zu der Frage, wann ein Arbeitnehmer 45

des öffentlichen Dienstes verpflichtet ist, seine Arbeitsleistung bei einem anderen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes zu erbringen. Ebenso wenig steht der gesetzlichen Regelung die Vorschrift des § 613 Satz 2 BGB entgegen. Diese enthält lediglich eine abdingbare Auslegungsregelung, die nicht ausschließt, dass der Landesgesetzgeber eine eigenständige Regelung für das bei ihm beschäftigte Personal trifft (*zum gesetzlich angeordneten Übergang der Arbeitsverhältnisse BAG 18. Dezember 2008 - 8 AZR 660/07 - Rn. 42, aaO*).

dd) Das Grundrecht der Berufsfreiheit des Klägers (*Art. 12 Abs. 1 GG*) ist nicht verletzt. 46

(1) Mit den Regelungen des VersÄmtEinglG greift der Landesgesetzgeber in die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsausübungsfreiheit der bei den Versorgungsämtern Beschäftigten ein. 47

(a) Die freie Wahl des Arbeitsplatzes des Klägers wird durch das Gesetz nicht berührt, da es sich nicht um eine gesetzliche Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Arbeitgeber handelt, sondern das Arbeitsverhältnis mit dem beklagten Land gemäß § 10 Abs. 7 VersÄmtEinglG unter Beibehaltung der bisherigen tariflichen Regelungen aufrechterhalten bleibt. Es liegt aber ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Klägers vor, da er gegen seinen Willen und ohne Einräumung eines Widerspruchsrechts durch gesetzliche Regelung verpflichtet wird, seine Arbeitsleistung zukünftig einem anderen Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen und sich dessen Direktionsrecht im Rahmen der Erbringung seiner Aufgaben zu unterwerfen. 48

(b) Solche die Berufsausübung einschränkende Regelungen sind verfassungsgemäß, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen dabei nicht weitergehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern (*vgl. BVerfG 9. Juni 2004 - 1 BvR 636/02 - zu B I 1 b der Gründe, BVerfGE 111, 10*). 49

- (2) Daran gemessen bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die landesgesetzliche Regelung. 50
- (a) Mit dem VersÄmtEinglG verfolgt der Landesgesetzgeber das Ziel, Sonderbehörden soweit wie möglich aufzulösen, ihre Aufgaben zu kommunalisieren und in die allgemeine Verwaltung zu integrieren (*Landtag Nordrhein-Westfalen Drucks. 14/4342 S. 1*). Er will damit die Verwaltungsstrukturen veränderten gesellschaftlichen Bedingungen anpassen, durch die Kommunalisierung der Aufgaben den Ortsbezug stärken und bestehendem Beratungsbedarf Rechnung tragen (*Landtag Nordrhein-Westfalen aaO S. 23*). Darüber hinaus sollen langfristig die Personal- und Sachausgaben deutlich sinken (*Landtag Nordrhein-Westfalen aaO S. 2, 3*). Durch die Übertragung bzw. Gestellung des „operativ tätigen Personals“ zum Zeitpunkt der Aufgabenübertragung soll ein reibungsloser Aufgabenübergang sichergestellt werden (*Landtag Nordrhein-Westfalen aaO S. 30*). 51
- Dabei handelt es sich um vernünftige Gründe des Gemeinwohls, die im Rahmen des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers eine Veränderung der Verwaltungsstruktur einschließlich notwendiger personeller Maßnahmen rechtfertigen können. 52
- (b) Die durch das VersÄmtEinglG erfolgenden Eingriffe in die Rechte der Beschäftigten sind nicht unverhältnismäßig. 53
- (aa) Die Maßnahme erscheint geeignet, einen reibungslosen Übergang der Aufgaben und deren nahtlose Erfüllung nach der Neustrukturierung der Verwaltung sicherzustellen. 54
- (bb) Es sind keine deutlichen Umstände erkennbar, die gegen eine Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung sprächen. Zwar hätte der Gesetzgeber insbesondere im Hinblick auf die Regelung des § 4 Abs. 3 TV-L auf personelle Einzelmaßnahmen zurückgreifen können. Abgesehen davon, dass der Eingriff in die Rechte der Beschäftigten nicht geringer gewesen wäre, wäre der Übergang aller Beschäftigten zum Zeitpunkt der Aufgabenübertragung nicht sichergestellt gewesen. Es besteht auf Seiten der Beschäftigten keine umfassende 55

Tarifbindung an den TV-L, so dass in vielen Fällen nur auf vertragliche Bezugnahme Klauseln hätte zurückgegriffen werden können. Wie auch die im Arbeitsvertrag des Klägers verwendete Klausel zeigt, war im Hinblick auf die Umstellung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes aber noch im Jahre 2007 nicht unumstritten, ob alle Vertragsklauseln zu einer Anwendung des TV-L führen (vgl. dazu BAG 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 - DB 2010, 1888; 16. Dezember 2009 - 5 AZR 888/08 - EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 44).

(cc) Die Regelung führt zu keinem unangemessenen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, sie ist verhältnismäßig im engeren Sinn. Zwar kann die gesetzlich angeordnete Personalgestellung zu einer anderen Körperschaft erhebliche Veränderungen der Tätigkeit des Arbeitnehmers im Hinblick auf den Ort und die Umstände der Erbringung der Arbeitsleistung bewirken. Die rechtlichen, insbesondere tariflichen Bedingungen der Erbringung der Arbeitsleistung bleiben dabei aber unverändert. Dem Arbeitnehmer steht, da er entweder einer Landesbehörde (*Bezirksregierung*) oder einer kommunalen Körperschaft oder dem Personaleinsatzmanagement zugeordnet ist, ein vergleichbarer Dienstherr gegenüber. Darüber hinaus bestehen Regelungen zum Ausgleich ggf. auftretender Belastungen, zB durch die TEVO NW oder die Bereitstellung von Fahrdiensten. Schließlich hat der Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet, dass bei der Zuordnungsentscheidung soziale Kriterien neben dienstlichen Belangen zu berücksichtigen sind. Damit ist sichergestellt, dass bei der konkreten Zuordnungsentscheidung kein vermindertes Schutzniveau gegenüber den Regelungen des § 106 GewO oder des § 4 Abs. 3 TV-L besteht. Insoweit unterliegt die Zuordnung der Arbeitnehmer zu den jeweiligen neuen Tätigkeitsfeldern der gerichtlichen Kontrolle. Für die Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung spricht auch, dass sie sich im Kern an den einschlägigen tariflichen Regelungen des öffentlichen Dienstes, insbesondere an § 4 Abs. 3 TV-L orientiert hat. Vor diesem Hintergrund bedurfte es keiner Einräumung eines gesetzlichen Widerspruchsrechts, da andernfalls die Gefahr bestanden hätte, dass gesetzlich geforderte Aufgaben der Verwaltung nach der Umstrukturierung

56

zumindest vorübergehend nicht mehr in angemessener Weise erbracht werden können.

(c) Die Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit gehen nicht weiter als sie durch die genannten Gemeinwohlbelange gerechtfertigt sind. Der Gesetzgeber hat sich hinsichtlich der tariflich Beschäftigten auf die erforderliche Anordnung des Übergangs innerhalb der Landesbehörden bzw. der Personalgestellung zu kommunalen Körperschaften beschränkt. 57

ee) Auch wenn in den Regelungen des VersÄmtEinglG ein Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie liegt, ist dieser gerechtfertigt. 58

(1) Art. 9 Abs. 3 GG schützt nicht nur den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder fernzubleiben oder sie zu verlassen. Geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Der Schutz ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung beschränkt. Er erstreckt sich vielmehr auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere auch die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht. Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen. Zu den der Regelungsbefugnis der Koalitionen überlassenen Materien gehören insbesondere das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen (*vgl. zuletzt BVerfG 27. April 1999 - 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 - zu B II 1 a der Gründe, BVerfGE 100, 271; 3. April 2001 - 1 BvL 32/97 - zu B 1 der Gründe, BVerfGE 103, 293*). 59

(2) In diesen Schutzbereich könnte die durch § 10 VersÄmtEinglG angeordnete gesetzliche Personalgestellung eingreifen. 60

Die Regelung zielt zwar nicht auf eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit, sondern verfolgt den Zweck, eine nahtlose Erfüllung der Aufgaben der Verwaltung auch nach deren Umstrukturierung sicherzustellen. Sie könnte aber 61

die praktische Wirksamkeit tariflicher Regelungen und damit ausgeübter Tarifautonomie beeinträchtigen, indem sie bestehende tarifliche Regelungen zur Personalgestellung unangewendet lässt und paralleles Gesetzesrecht schafft. Die Bedeutung der für das beklagte Land kraft Tarifbindung verbindlichen Regelungen wird damit geschmälert und damit unter Umständen die Verhandlungsposition der Gewerkschaften bei zukünftigen Tarifverhandlungen geschwächt.

(3) Nimmt man einen solchen Eingriff an, so ist dieser durch verfassungsrechtlich legitimierte, überwiegende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. 62

Die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit kann, obwohl sie ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, jedenfalls zum Schutz von Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt. Dem Gesetzgeber ist es, wenn solche Gründe vorliegen, grundsätzlich nicht verwehrt, Fragen zu regeln, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können. Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach den Vorstellungen des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und anderer materieller Arbeitsbedingungen. Je gewichtiger der Schutz ist, den Art. 9 Abs. 3 GG gewährt, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die einen Eingriff rechtfertigen sollen (*BVerfG 27. April 1999 - 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 - zu B II 1 c aa der Gründe mwN, BVerfGE 100, 271*). 63

(a) § 10 VersÄmtEingIG dient verfassungsrechtlich legitimierten Gemeinwohlbelangen. Durch die Gestellung des „operativ tätigen Personals“ zum Zeitpunkt der Aufgabenübertragung soll ein reibungsloser Aufgabenübergang und damit eine zeitnahe und sachgerechte Entscheidung über die durch das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG geschützten Ansprüche der Bürger sichergestellt werden. 64

- (b) Die Regelung ist - wie oben unter I 2 d dd (2) (b) (bb) ausgeführt - geeignet und erforderlich, um den reibungslosen Übergang der Aufgaben zu erreichen. 65
- (c) Sie ist verhältnismäßig im engeren Sinn. Ein Eingriff in die Tarifautonomie wäre nicht sehr weitgehend, da die tariflichen Regelungen selbst nicht beseitigt werden. Er ist auch auf einen einmaligen Sachverhalt im Zusammenhang mit der Auflösung der Versorgungsämter beschränkt. Die Weitergeltung der übrigen tarifvertraglichen Regelungen des TV-L wird durch die gesetzliche Regelung für die betroffenen Beschäftigten ausdrücklich sichergestellt. Der Gesetzgeber durfte daher trotz der bestehenden tariflichen Regelung selbst die Personalgestellung anordnen. 66
- e) Das beklagte Land hat bei der Gestellung des Klägers an den Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster seine soziale Situation ausreichend berücksichtigt. Der Zuordnungsplan entspricht den Vorgaben von § 10 Abs. 5 VersÄmtEinglG. Er ist unter Berücksichtigung sozialer Kriterien erstellt worden. 67
- aa) Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass bei der Entscheidung über die konkrete Zuordnung der einzelnen Beschäftigten deren Interessen angemessen berücksichtigt werden. Er hat gleichzeitig unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Beschäftigten (*Art. 12 Abs. 1 GG*) begrenzt und einen Gleichklang mit den einschlägigen tariflichen und gesetzlichen Regelungen hergestellt (*§ 4 Abs. 3 TV-L bzw. § 106 GewO*). Sowohl im Rahmen der tariflichen Personalgestellung (*vgl. dazu Preis/Greiner ZTR 2006, 290, 293*) als auch bei der Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts findet eine Ausübungskontrolle dahingehend statt, ob die Interessen der Arbeitnehmer bei der konkreten Entscheidung angemessen berücksichtigt wurden. Nichts anderes gilt im Rahmen des § 10 VersÄmtEinglG. 68
- bb) Das beklagte Land bediente sich zur Erstellung des Zuordnungsplans eines Punkteschemas, wobei es bestimmte Angaben im Rahmen einer Interessenabfrage von den Beschäftigten ermittelte. Dies ist nicht zu beanstanden. 69

Gerade bei der Umsetzung von personellen Maßnahmen, die eine größere Anzahl von Beschäftigten betreffen, können Auswahl- oder Punkteschemata dazu dienen, sich einen Überblick über die soziale Lage der betroffenen Beschäftigten zu verschaffen und durch eine Reihung eine Vorauswahl nach sozialen Kriterien zu treffen (*vgl. bei Versetzungen BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 722/08 - Rn. 29 ff., AP AGG § 7 Nr. 1 = EzA AGG § 10 Nr. 2; zur Zulässigkeit bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zB BAG 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - Rn. 63, BAGE 120, 115*).

cc) Weder gegen die vom beklagten Land berücksichtigten Kriterien noch gegen deren Gewichtung bestehen durchgreifende Bedenken. 70

(1) Die Zuordnung zu den neuen Beschäftigungsdienststellen hat nach den Regelungen des VersÄmtEinglG auch nach sozialen Kriterien zu erfolgen. Damit ist die gesetzgeberische Zielsetzung verbunden, nur diejenigen Beschäftigten an weiter entfernten Beschäftigungsorten einzusetzen, denen die (*örtliche*) Veränderung zuzumuten ist. 71

Bezogen auf diesen Zweck hat das beklagte Land alle wesentlichen Kriterien berücksichtigt, die typischerweise eine Rolle spielen. Es hat das Lebensalter, die Beschäftigungszeit, den Familienstand, das Vorhandensein von Kindern, den Umstand, ob ein Beschäftigter alleinerziehend ist, die Pflege von Angehörigen und die Frage, ob und in welchem Umfang ein Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt ist, ebenso berücksichtigt wie eine anerkannte Schwerbehinderung (*nebst dem jeweiligen Grad*). Darüber hinaus hat es - was bei einem Ortswechsel von besonderer Bedeutung ist - die Entfernung zu dem jeweils beabsichtigten Einsatzort einbezogen. 72

(2) Die Gewichtung der einzelnen Kriterien ist ebenso wenig zu beanstanden. Sie verstößt auch nicht gegen die Regelungen des AGG. 73

Eine unmittelbare Benachteiligung älterer Arbeitnehmer iSv. §§ 1, 3 Abs. 1 AGG liegt nicht vor; vielmehr erhalten diese mehr Punkte als jüngere Arbeitnehmer und werden insoweit diesen gegenüber bevorzugt (*vgl. zur* 74

dementsprechenden Rüge eines jüngeren Arbeitnehmers zB BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 43 f., BAGE 128, 238).

Wird unterstellt, die Punkteverteilung wirke sich mittelbar zulasten älterer Arbeitnehmer aus, liegt darin keine mittelbare Benachteiligung iSv. §§ 1, 3 Abs. 2 AGG. Zutreffend ist, dass sowohl Lebensalter als auch Beschäftigungszeit im Gegensatz zu anderen Kriterien mit dem relativ niedrigen Punktwert von 0,2 angesetzt sind. Dies hat zur Folge, dass beispielsweise eine Beschäftigungszeit von 25 Jahren erreicht werden muss, um die für ein Kind bis zum 18. Lebensjahr oder für eine Teilzeitbeschäftigung zu vergebende Punktzahl auszugleichen. Auch ein höheres Alter wiegt die für die letztgenannten Umstände vergebenen Punkte nur in Ausnahmefällen auf. Allerdings wird dies dadurch abgemildert, dass für den Familienstand Punkte vergeben werden und ältere Beschäftigte häufiger schwerbehindert sind oder Angehörige pflegen als jüngere Beschäftigte in der Kindererziehungsphase.

75

Bei der Bewertung der Punkteverteilung ist zu beachten, dass es nicht um die Frage der Auswahl zu kündigender Arbeitnehmer geht, sondern um die Zumutbarkeit eines Ortswechsels. Deshalb haben das Lebensalter und die Beschäftigungszeit im Hinblick auf die Veränderung des Tätigkeitsumfelds und die zukünftig zurückzulegende Entfernung nicht dieselbe Bedeutung wie andere Faktoren. Gerade eine zu starke Berücksichtigung des Lebensalters könnte vielmehr Bedenken im Hinblick auf die Regelungen des AGG hervorrufen (*vgl. dazu BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 722/08 - Rn. 52 ff., AP AGG § 7 Nr. 1 = EzA AGG § 10 Nr. 2*). Andere Faktoren, wie beispielsweise die Notwendigkeit der Nutzung einer ggf. nur eingeschränkt zur Verfügung stehenden Kinderbetreuungsmöglichkeit für Alleinerziehende, sind bei der Frage der örtlichen Versetzung von größerer Bedeutung. Gleiches gilt im Hinblick auf die Bewertung einer Teilzeitbeschäftigung. Es ist unmittelbar nachvollziehbar, dass einem Arbeitnehmer mit verkürzter täglicher Arbeitszeit weite Anfahrtsstrecken in geringerem Maße zuzumuten sind, da sich das Verhältnis von Arbeitszeit und Fahrtzeit erheblich zu Ungunsten des Arbeitnehmers verändern würde. Ebenso bestehen keine Bedenken gegen eine stärkere und nach dem Grad der Behinderung ansteigende Berücksichtigung einer Schwerbehinderung. Typischer-

76

weise kann davon ausgegangen werden, dass Schwerbehinderten die durch erhöhte Fahrtzeiten auftretenden körperlichen Belastungen weniger zuzumuten sind.

Soweit die Revision die Differenzierung zwischen minderjährigen und volljährigen Kindern bei der Vergabe der Sozialpunkte rügt, ist ihr nicht zu folgen. Eltern müssen gegenüber ihren minderjährigen Kindern die elterliche Sorge ausüben. Die Erziehung und Betreuung minderjähriger Kinder ist umso eher möglich, je geringer die berufsbedingten Abwesenheitszeiten sind. Es ist deshalb sachgerecht und verstößt nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, nur minderjährige Kinder bei der Vergabe der Sozialpunkte im Zuordnungsplan zu berücksichtigen.

77

In seiner Gesamtheit ist das angewandte Punkteschema daher geeignet, aber auch angemessen und erforderlich, um zu einem Ausgleich der Interessen der verschiedenen Beschäftigten zu kommen. Hiervon ist auch die im Rahmen des Mitbestimmungsverfahrens gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 5 LPVG NW zusammengetretene Einigungsstelle ausgegangen. Bedenken gegen den erstellten Zuordnungsplan und die verwendeten Auswahlkriterien wurden dort nicht erhoben.

78

dd) Die Ausübung billigen Ermessens erfordert allerdings über die Anwendung eines Punkteschemas hinaus stets eine Überprüfung des sich im Einzelfall ergebenden Ergebnisses. Damit wird sichergestellt, dass ggf. bisher unberücksichtigte Umstände Beachtung finden und die in jedem Punktesystem liegenden Härten und Vereinfachungen einer Überprüfung unterzogen werden.

79

Das beklagte Land hat in grundsätzlich nicht zu beanstandender Weise eine solche Härtefallprüfung vorgenommen und dabei zwischen persönlichen Härtefällen und sog. Entfernungshärtefällen unterschieden. Im Rahmen der persönlichen Härtefälle hat es individuelle Faktoren berücksichtigt. Im Hinblick auf die Entfernungshärtefälle hat es allerdings wiederum auf das Punktesystem zurückgegriffen und eine bestimmte Mindestpunktzahl verlangt. Dies ist nicht unbedenklich, da die Berücksichtigung sozialer Kriterien nicht bloß schematisch erfolgen darf. So ist es durchaus denkbar, dass aufgrund individueller sozialer

80

Faktoren, die im Punkteschema keinen Niederschlag gefunden haben und noch nicht zu einer Bewertung als persönlicher Härtefall führen, eine an sich zumutbare Fahrstrecke in der Gesamtwertung als unzumutbar angesehen werden muss. Deswegen bedarf es auch ohne das Erreichen dieser Punktzahl einer individualisierten Schlussprüfung, ob die getroffene Maßnahme dem Beschäftigten unter Berücksichtigung der dienstlichen Belange und sozialer Kriterien zuzumuten ist. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat (*zur Entscheidung über einen Altersteilzeitantrag BAG 15. September 2009 - 9 AZR 643/08 - Rn. 29, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 44 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 31*).

ee) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die in Bezug auf den Kläger getroffene Zuordnungsentscheidung nicht zu beanstanden, wobei dahinstehen kann, ob die Kontrolle der Ausübung des billigen Ermessens wegen der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt (*vgl. zB BAG 15. September 2009 - 9 AZR 643/08 - Rn. 29, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 44 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 31; aA zB 24. April 1996 - 5 AZR 1031/94 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 48 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 18; zu der Kontroverse GMP/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 73 Rn. 10*). Die landesarbeitsgerichtliche Entscheidung hält auch einer vollen Überprüfung durch das Revisionsgericht stand. 81

(1) Die Sozialpunktzahl ist zutreffend ermittelt worden. Eine höhere Sozialpunktzahl hätte für sich genommen auch nicht dazu geführt, dass der Kläger von der Personalgestellung an den Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster ausgenommen worden wäre. Nach § 12 Abs. 2 iVm. Abs. 4 VersÄmtEinglG gehen grundsätzlich alle mit Aufgaben nach § 4 VersÄmtEinglG betrauten Mitarbeiter im Wege der Personalgestellung vom Versorgungsamt Bielefeld auf diesen Landschaftsverband über. Zu diesem Zuordnungsziel gab es keine örtliche Alternative. 82

(2) Der Kläger erfüllt nicht die Voraussetzungen für die Annahme eines Härtefalls. Soweit er in diesem Zusammenhang rügt, dass bei vollzeitbeschäft- 83

tigten Mitarbeitern des gehobenen Dienstes im Gegensatz zu solchen im mittleren Dienst ein Entfernungshärtefall nicht geprüft worden sei, braucht nicht entschieden zu werden, ob diese Differenzierung wegen der höheren Vergütung sachgerecht ist. Der Kläger erfüllt unabhängig hiervon die Voraussetzungen eines Entfernungshärtefalls nicht, da die Entfernung zu seiner neuen Arbeitsstelle lediglich etwa 80 km beträgt und damit nicht die Mindestentfernung von 85 km erreicht.

(3) Es entspricht auch billigem Ermessen, dass das beklagte Land der Prüfung eines Entfernungshärtefalls Entfernungskilometer anstelle von tatsächlichen Fahrzeiten zugrunde gelegt hat. Die unmittelbare Entfernung bildet im Gegensatz zum individuell beeinflussbaren tatsächlichen Zeitaufwand einen belastbaren Vergleichsmaßstab und führt zu transparenten Ergebnissen. Das beklagte Land war bei der Anwendung billigen Ermessens nicht gehalten, ausschließlich auf die Zumutbarkeitsgrenzen des § 121 Abs. 4 Satz 2 SGB III abzustellen. § 121 SGB III verfolgt ein anderes Regelungsziel. Die Norm bestimmt das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitslosen und der Arbeitsverwaltung und dient der Bekämpfung von Leistungsmissbrauch sowie der Erhöhung der Verantwortung des Arbeitslosen für die Beendigung der Arbeitslosigkeit (*BT-Drucks. 13/4941 S. 238 und 13/5676 S. 2*). Nach § 121 Abs. 4 Satz 5 SGB III ist ab dem vierten Monat der Arbeitslosigkeit ein Umzug zur Aufnahme einer Beschäftigung außerhalb des zumutbaren Pendelbereichs in der Regel auch zumutbar. 84

(4) Es ist nicht zu beanstanden, dass das beklagte Land den Kläger nicht als persönlichen Härtefall anerkannt hat. Außergewöhnliche soziale Umstände, die nicht zureichend durch ein Punkteschema abgebildet werden und eine Qualifizierung als persönlichen Härtefall geboten erscheinen lassen, liegen im Fall des Klägers nicht vor. 85

f) Die Personalgestellung des Klägers ist nicht unter Verstoß gegen das LPVG NW erfolgt. 86

aa) Es kann dahinstehen, ob es sich beim Zuordnungsplan gemäß § 10 Abs. 5 VersÄmtEingIG um einen Sozialplan iSv. § 72 Abs. 2 Nr. 5 LPVG NW handelt (vgl. dazu VerwG Düsseldorf 16. November 2007 - 34 L 1750/07.PVL - zu C 2 der Gründe, SozialVerw 2009, 28) und welche Auswirkungen eine fehlende Mitbestimmung auf die Personalgestellung selbst hätte. 87

Das beklagte Land hat das Mitbestimmungsverfahren nach vorläufiger Inkraftsetzung des Zuordnungsplans gemäß § 66 Abs. 8 LPVG NW durchgeführt und dieses im Rahmen eines Einigungsstellenverfahrens am 18. April 2008 zum Abschluss gebracht. Spätestens seit diesem Zeitpunkt liegt damit eine mitbestimmte Regelung vor. 88

bb) Es bedarf keiner Entscheidung, ob die zum 31. Dezember 2007 gemäß § 10 Abs. 1 Halbs. 1 VersÄmtEingIG erfolgte Überleitung auf das MAGS der Mitbestimmung nach den Regelungen des LPVG NW unterlag, da diese Überleitung nicht streitgegenständlich ist. 89

cc) Die Personalgestellung an den Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster ist keine Versetzung iSv. § 72 Abs. 1 Nr. 5 LPVG NW und unterlag daher nicht der Mitbestimmung des abgebenden Personalrats. 90

(1) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist für den Inhalt der im Rahmen des Personalvertretungsrechts gewählten Begriffe regelmäßig auf das einschlägige tradierte Verständnis des Dienstrechts, insbesondere des Beamtenrechts abzustellen. Verwendet der Gesetzgeber des Personalvertretungsgesetzes Begriffe aus dem Dienstrecht, liegt es nahe, dass er sich auf den dienstrechtlichen Begriffsinhalt bezieht. Dies ist aber nicht zwingend. Der Gesetzgeber ist grundsätzlich nicht gehindert, dienstrechtlichen Begriffen im Personalvertretungsgesetz eine vom Dienstrecht abweichende Bedeutung beizumessen. Davon kann aber nur dann ausgegangen werden, wenn er hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass er von dem dienstrechtlichen Begriffsinhalt abweichen will. Enthält das Personalvertretungsrecht keine solchen Anhaltspunkte, ist grundsätzlich auf die dienstrechtliche Definition 91

abzustellen. Es ist dann nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechts zu ermitteln, ob der personalvertretungsrechtliche Gehalt in jeder Hinsicht dem dienstrechtlichen entspricht. Ein Auseinanderfallen der Begriffe darf nicht dazu führen, dass diese im Personalvertretungsrecht auf Sachverhalte angewandt werden, denen wesentliche Elemente des dienstrechtlichen Begriffsinhalts fehlen (*BVerwG 12. September 2002 - 6 P 11.01 - zu II 1 aa der Gründe, AP LPVG Berlin § 86 Nr. 2; 6. April 1984 - 6 P 12.82 - zu II der Gründe, Buchholz 238.36 PersVG ND § 6 Nr. 1*).

Ob ein Beschäftigter versetzt wird, beurteilt sich damit auf der Grundlage des auf sein Beschäftigungsverhältnis anzuwendenden Statusrechts und nach Maßgabe des verwaltungsorganisatorischen Aufbaus der Dienststelle, der er angehört (*BAG 6. August 1991 - 1 AZR 573/90 - zu II 2 der Gründe, ZTR 1992, 128*). Während bei Beamten unter Versetzung iSv. § 26 aF BBG (*nunmehr: § 28 Abs. 1 BBG*) die auf Dauer angelegte Übertragung eines anderen Amtes im funktionellen Sinn bei einer anderen Behörde desselben oder eines anderen Dienstherrn zu verstehen ist (*BVerwG 15. November 2006 - 6 P 1.06 - Rn. 17, BVerwGE 127, 142*), ist bei Arbeitnehmern des öffentlichen Diensts unter Versetzung grundsätzlich ein dauerhafter Wechsel auf einen Arbeitsplatz in einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers zu verstehen (*vgl. BAG 22. Januar 2004 - 1 AZR 495/01 - zu II 2 b aa der Gründe, AP ZPO § 91a Nr. 25*). Hieran hat sich auch nach Inkrafttreten des TV-L nichts geändert. Vielmehr definiert die Protokollerklärung Nr. 2 zu § 4 Abs. 1 TV-L als Versetzung ausdrücklich die Zuweisung einer auf Dauer bestimmten Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses.

92

(2) Bei den Personalgestellungen iSd. § 10 VersÄmtEingIG handelt es sich nicht um Versetzungen iSd. § 72 Abs. 1 Nr. 5 LPVG NW.

93

Als Personalgestellung im Sinne des TV-L wird gemäß Satz 1 der Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3 TV-L die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses bezeichnet. Keinen anderen Inhalt hat die Personalgestellung nach den Regelungen

94

gen des VersÄmtEinglG; hinsichtlich deren Ausgestaltung wird ausdrücklich - wie in Satz 2 der Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3 TV-L - auf den Abschluss von Personalgestellungsverträgen verwiesen. Damit unterscheidet sich die Personalgestellung von der Versetzung im tarifrechtlichen Sinne gerade dadurch, dass die Beschäftigung bei einem Dritten erfolgt.

Dies schließt nicht grundsätzlich aus, dass bei der Schaffung neuer, zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des entsprechenden Personalvertretungsgesetzes noch nicht existierender Tarifbegriffe diese nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechts unter bestehende Normen subsumiert werden können oder dass eine analoge oder entsprechende Anwendung in Betracht kommt (vgl. zur Personalgestellung *Altvater/Hamer/Kröll/Lemcke/Peiseler BPersVG 6. Aufl. § 75 Rn. 78; Jordan Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L PersR 2007, 378; Welkoborsky Gestellung und Personalvertretung in Sozialer Dialog in der Krise 2009 S. 107, 112 ff.; wohl auch Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TV-L Stand Oktober 2010 § 4 Rn. 46 [aus Gründen der Rechtssicherheit]; aA Sponer/Steinherr TV-L Stand März 2011 § 4 Rn. 144).*

95

Im Falle des § 72 Abs. 1 Nr. 5 LPVG NW ist dies allerdings im Hinblick auf die mit Wirkung vom 17. Oktober 2007 erfolgte Novellierung des Personalvertretungsrechts in Nordrhein-Westfalen nicht möglich (ebenso *VerwG Münster 18. Dezember 2007 - 22 L 667/07.PVL -; VerwG Minden 5. Dezember 2007 - 12 L 555/07.PVL -; VerwG Köln 28. November 2007 - 34 L 1580/07.PVL*). Ziel der Gesetzesnovellierung war ua. die Anpassung an die Regelungen des Bundespersonalvertretungsrechts und an Bestimmungen des neuen Tarifrechts (*Landtag Nordrhein-Westfalen Drucks. 14/4239 S. 2, 85*). Dementsprechend ist beispielsweise der Mitbestimmungstatbestand des § 72 Abs. 1 Nr. 6 LPVG NW („... Zuweisung ... von Arbeitnehmern gemäß tarifrechtlicher Vorschriften für eine Dauer von mehr als drei Monaten und ihre Aufhebung“) verändert worden. Zur Begründung wurde auf eine „Rechtsfolgeänderung infolge ... des neuen Tarifrechts“ verwiesen (*Landtag Nordrhein-Westfalen Drucks. 14/4239 S. 98*). Die Aufnahme eines Mitbestimmungstatbestands bei der Personalgestellung ist dagegen - trotz entsprechender Bestrebungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens (vgl. *Landtag Nordrhein-*

96

Westfalen Drucks. 14/5034 S. 62 und Stellungnahme 14/1211 zum Gesetzentwurf S. 13, 14) - unterblieben. Gleichzeitig ist ein vorher bestehender Mitbestimmungstatbestand im Zuge der Novellierung gestrichen worden, der sich auf Personalgestellungsverträge bezog (§ 72 Abs. 4 Nr. 19 LPVG NW aF). Danach muss davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem Fehlen eines Mitbestimmungstatbestands hinsichtlich der Personalgestellung um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung und nicht um eine unbewusste Lücke handelt. Weder kann daher die Personalgestellung als Versetzung iSd. § 72 Abs. 1 Nr. 5 LPVG NW angesehen werden noch ist eine analoge Anwendung dieser Vorschrift möglich (vgl. dazu BAG 18. März 2010 - 6 AZR 156/09 - Rn. 27, NZA 2010, 824). Soweit dadurch eine Schutzlücke für die Beschäftigten entstanden ist, die dauerhaft einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden, ist dies durch den Gesetzgeber gewollt.

dd) Es kann dahinstehen, ob die Eingliederung des Klägers in die Dienststelle des Landschaftsverbands Westfalen-Lippe in Münster als Einstellung iSd. § 72 Abs. 1 Nr. 1 LPVG NW anzusehen ist und deshalb der Beteiligung des dort bestehenden Personalrats bedurfte. 97

Auch wenn dies der Fall war (vgl. etwa BVerwG 16. September 1994 - 6 P 32.92 - BVerwGE 96, 355; 20. Mai 1992 - 6 P 4.90 - BVerwGE 90, 194), stand die fehlende Beteiligung des Personalrats einem Einsatz des Klägers in Münster nicht entgegen. Die Mitbestimmung bei der Einstellung nach den Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes oder der Personalvertretungsgesetze dient in erster Linie dem Schutz der bestehenden Belegschaft (vgl. BAG 5. April 2001 - 2 AZR 580/99 - zu II 2 c cc (2) und (3) der Gründe, BAGE 97, 276; BVerwG 20. Mai 1992 - 6 P 4.90 - zu II 2 b bb der Gründe, aaO). Ein Leistungsverweigerungsrecht des einzelnen Arbeitnehmers besteht deswegen nur dann, wenn der Betriebsrat oder Personalrat die Aufhebung der Beschäftigung des ohne seine Zustimmung Eingestellten begehrt (BAG 5. April 2001 - 2 AZR 580/99 - aaO). Dies ist von keiner Seite vorgetragen worden. 98

- II. Aus vorstehenden Gründen ergibt sich, dass die Klage auch insoweit unbegründet ist, als der Kläger mit dem Antrag zu 2. die Feststellung einer Verpflichtung des beklagten Landes zum Schadensersatz begehrt. 99
- III. Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 100

Mikosch

Eylert

W. Reinfelder

Beck

Alex