

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 976/08
11 Sa 944/08
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Mai 2010

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsklagendes Land,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Oye und die ehrenamtliche Richterin Schipp für Recht erkannt:

1. Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 25. September 2008 - 11 Sa 944/08 - wird zurückgewiesen.
2. Das beklagte Land hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger für nach 20.00 Uhr erteilten Unterricht eine Zulage für Dienst zu ungünstigen Zeiten zusteht. 1

Der Kläger ist beim beklagten Land als Lehrer angestellt. Das Arbeitsverhältnis richtet sich seit dem 1. November 2006 nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder vom 12. Oktober 2006 (*TV-L*). Der Kläger unterrichtet am Abendgymnasium des Weiterbildungskollegs E, das auch ein Institut zur Erlangung der Hochschulreife (*Kolleg*) umfasst. Nach § 1 Abs. 4 Satz 1 der Verordnung über die Ausbildung und Prüfung in den Bildungsgängen des Weiterbildungskollegs (*APO-WbK*) in Nordrhein-Westfalen vom 23. Februar 2000 (*GV. NRW 2000, 290*) führt der Bildungsgang des Abendgymnasiums Erwachsene, die andauernde Berufstätigkeit und schulische Ausbildung miteinander verbinden, zur allgemeinen Hochschulreife. Der Bildungsgang des Kollegs führt gemäß § 1 Abs. 4 Satz 2 *APO-WbK* Erwachsene, die nach Berufsausbildung oder Berufstätigkeit ihre schulische Ausbildung wieder aufnehmen, ohne eine geregelte Berufstätigkeit auszuüben, zur allgemeinen Hochschulreife. Die Ausbildung dauert in beiden Bildungsgängen nach § 4 Abs. 3 Satz 1 *APO-WbK* in der Regel sechs Semester. Am Abendgymnasium findet anders als im Kolleg auch Unterricht nach 20.00 Uhr statt. Der Kläger erteilte im Sommersemester 2007, im Wintersemester 2007/2008 und im Sommersemester 2008 nach 20.00 Uhr Unterricht im Umfang von insgesamt 324 Unterrichtsstunden zu jeweils 45 Minuten. Im *TV-L* heißt es: 2

„§ 44 Sonderregelungen für Beschäftigte als Lehrkräfte.

Nr. 1: Zu § 1 - Geltungsbereich -

¹Diese Sonderregelungen gelten für Beschäftigte als Lehrkräfte an allgemeinbildenden Schulen und berufsbildenden Schulen (zum Beispiel Berufs-, Berufsfach- und Fachschulen).

...

Protokollerklärung:

Lehrkräfte im Sinne dieser Sonderregelungen sind Personen, bei denen die Vermittlung von Kenntnissen und Fertigkeiten im Rahmen eines Schulbetriebes der Tätigkeit das Gepräge gibt.

Nr. 2: Zu Abschnitt II - Arbeitszeit -

¹Die §§ 6 bis 10 finden keine Anwendung. ²Es gelten die Bestimmungen für die entsprechenden Beamten in der jeweils geltenden Fassung.

...“

Die Verordnung über die Gewährung von Erschwerniszulagen (*EZuIV*) in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung (*EZuIV aF*) regelte ua.:

3

„1. Abschnitt Allgemeine Vorschriften

...

§ 3 Allgemeine Voraussetzungen

(1) Empfänger von Dienstbezügen in Besoldungsgruppen mit aufsteigenden Gehältern und Empfänger von Anwärterbezügen erhalten eine Zulage für Dienst zu ungünstigen Zeiten, wenn sie mit mehr als fünf Stunden im Kalendermonat zum Dienst zu ungünstigen Zeiten herangezogen werden.

(2) Dienst zu ungünstigen Zeiten ist der Dienst

1. an Sonntagen und gesetzlichen Wochenfeiertagen,
2. an Samstagen nach 13.00 Uhr,
3. an den Samstagen vor Ostern und Pfingsten nach 12.00 Uhr; dies gilt auch für den 24. und 31. Dezember jeden Jahres, wenn diese Tage nicht auf einen Sonntag fallen,

4. an den übrigen Tagen in der Zeit zwischen 20.00 Uhr und 6.00 Uhr.

...

§ 4 Höhe und Berechnung der Zulage

(1) Die Zulage beträgt für Dienst

1. an Sonntagen und gesetzlichen Wochenfeiertagen, an den Samstagen vor Ostern und Pfingsten nach 12.00 Uhr sowie am 24. und 31. Dezember jeden Jahres nach 12.00 Uhr, wenn diese Tage nicht auf einen Sonntag fallen, 2,72 Euro je Stunde,
2. a) an den übrigen Samstagen in der Zeit zwischen 13.00 Uhr und 20.00 Uhr 0,64 Euro je Stunde sowie
b) im Übrigen in der Zeit zwischen 20.00 Uhr und 6.00 Uhr 1,28 Euro je Stunde.

§ 6 Sonstiger Ausschluß der Zulage

Die Zulage entfällt oder sie verringert sich, soweit der Dienst zu ungünstigen Zeiten auf andere Weise als mit abgegolten oder ausgeglichen gilt.“

Die wöchentliche Unterrichtsverpflichtung der Lehrerinnen und Lehrer beträgt nach § 2 Abs. 1 der Verordnung vom 18. März 2005 zur Ausführung des § 93 Abs. 2 des Schulgesetzes für Nordrhein-Westfalen (VO) vom 15. Februar 2005 (*Schulgesetz NRW - SchulG*) in der Regel am Gymnasium 25,5 Stunden sowie am Abendgymnasium und am Kolleg jeweils 22 Stunden. 4

Der Kläger ist der Ansicht, er habe für nach 20.00 Uhr erteilten Unterricht Anspruch auf die Zulage für Dienst zu ungünstigen Zeiten. 5

Der Kläger hat beantragt: 6

1. Das beklagte Land wird verurteilt, an den Kläger 414,72 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass das beklagte Land verpflichtet ist, dem Kläger auch künftig eine Erschwerniszulage nach den Voraussetzungen und Regelungen der Erschwerniszulagenverordnung für Unterrichtsstunden zu zahlen, die er nach 20.00 Uhr leistet.

Das beklagte Land hat zu seinem Klageabweisungsantrag die Auf- 7
fassung vertreten, den Anspruch des Klägers auf Zulage für Dienst zu un-
günstigen Zeiten hindere bereits, dass an einem Abendgymnasium Unterricht
nach 20.00 Uhr typisch und damit keine außergewöhnliche Erschwernis für die
Lehrkräfte sei. Jedenfalls schließe § 6 EZuIV aF den Anspruch auf diese Zulage
aus. Die im Vergleich zu den Lehrkräften eines Gymnasiums um wöchentlich
3,5 Unterrichtsstunden geringere Unterrichtsverpflichtung der Lehrkräfte eines
Abendgymnasiums stelle einen Ausgleich für Unterricht nach 20.00 Uhr dar.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 8
hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise ab-
geändert und der Feststellungsklage sowie der Zahlungsklage in Höhe von
311,04 Euro brutto stattgegeben. Es hat die vom Kläger im Sommersemester
2007, im Wintersemester 2007/2008 und im Sommersemester 2008 nach
20.00 Uhr erteilten 324 Unterrichtsstunden zu jeweils 45 Minuten in 243 Stun-
den umgerechnet, dem Kläger für diese 243 Stunden eine Erschwerniszulage in
Höhe von jeweils 1,28 Euro brutto zugesprochen und die weitergehende Zah-
lungsklage abgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen
Revision erstrebt das beklagte Land die Wiederherstellung der erstinstanzlichen
Entscheidung. Der Kläger beantragt, die Revision des beklagten Landes zu-
rückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Die Revision des beklagten Landes ist unbegründet. Das Landes- 9
arbeitsgericht hat der Klage zu Recht größtenteils stattgegeben.

1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Der Feststellungsantrag bedarf 10
jedoch der Auslegung. Der Kläger will die Verpflichtung des beklagten Landes
festgestellt haben, ihm „eine Erschwerniszulage nach den Voraussetzungen
und Regelungen der Erschwerniszulagenverordnung“ für die nach 20.00 Uhr

geleisteten Unterrichtsstunden zu zahlen. Damit hat der Kläger nicht ausdrücklich angegeben, nach welcher Fassung der EZuV sich die Zahlungsverpflichtung des beklagten Landes richten soll. Empfänger von Dienst- und Anwärterbezügen des Bundes erhalten aufgrund der Änderung der EZuV vom 29. Juli 2008 für Dienst in der Zeit zwischen 20.00 Uhr und 6.00 Uhr ab dem 1. Januar 2009 eine Zulage in Höhe von 1,36 Euro je Stunde. Diese nach dem 31. August 2006 erfolgte Änderung der EZuV erfasst jedoch nicht Empfänger von Dienst- und Anwärterbezügen des beklagten Landes. Für diese gilt gemäß Art. 125a Abs. 1 GG die als Bundesrecht erlassene EZuV aF fort (*vgl. Schwegmann/Summer Besoldungsrecht des Bundes und der Länder Teil B IV/6.1 EZuV Einführung Rn. 7 ff. Stand Januar 2010*). Da der Kläger nach der Klagebegründung Erschwerniszulage in der den Empfängern von Dienst- und Anwärterbezügen des beklagten Landes zustehenden Höhe beansprucht, ist sein Antrag so zu verstehen, dass sich die Zahlungsverpflichtung des beklagten Landes nach der EZuV aF richten soll. Dies hat der Kläger in der Revisionsverhandlung ausdrücklich klargestellt. Mit diesem Inhalt des Feststellungsantrags liegt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor. Das vom Kläger angestrebte Feststellungsurteil ist geeignet, den Konflikt der Parteien endgültig beizulegen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu vermeiden. Es kann erwartet werden, dass das beklagte Land als Körperschaft des öffentlichen Rechts einem stattgebenden Feststellungsurteil nachkommen wird (*Senat 21. Januar 2010 - 6 AZR 449/09 - Rn. 14; 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 13, AP BGB § 241 Nr. 4*).

II. Dem Kläger steht für die von ihm im Sommersemester 2007, im Wintersemester 2007/2008 und im Sommersemester 2008 nach 20.00 Uhr erteilten 324 Unterrichtsstunden gemäß § 44 Nr. 2 Satz 2 TV-L iVm. § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 und § 4 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EZuV aF Zulage für Dienst zu ungünstigen Zeiten in Höhe von insgesamt 311,04 Euro brutto zu. Über die Anzahl der in diesem Zeitraum vom Kläger nach 20.00 Uhr erteilten Unterrichtsstunden zu jeweils 45 Minuten, die 243 Stunden entsprechen, besteht kein Streit. Nicht strittig ist auch, dass der Kläger im Kalendermonat mehr als fünf Stunden

11

Unterricht nach 20.00 Uhr erteilt hat. Auch die Höhe der Zulage von 1,28 Euro brutto je Stunde ist unstrittig.

1. Der Einwand des beklagten Landes, an einem Abendgymnasium sei Unterricht nach 20.00 Uhr typisch und damit für eine Lehrkraft eines Abendgymnasiums keine außergewöhnliche Erschwernis, trägt nicht. Nach § 3 Abs. 1 EZuV aF erhalten ua. Empfänger von Dienstbezügen in Besoldungsgruppen mit aufsteigenden Gehältern eine Zulage für Dienst zu ungünstigen Zeiten, wenn sie mehr als fünf Stunden im Kalendermonat zum Dienst zu ungünstigen Zeiten herangezogen werden. Damit stellt die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht darauf ab, ob Dienst zu ungünstigen Zeiten für die Tätigkeit des Beamten typisch ist. Sie erfasst alle Empfänger von Dienstbezügen in Besoldungsgruppen mit aufsteigenden Gehältern und damit auch beamtete Lehrkräfte (vgl. *OVG NRW 3. Mai 2006 - 6 A 1565/04 - Rn. 22, Schütz BeamtR ES/C I 1.4 Nr. 75*). Da § 3 Abs. 1 EZuV aF alle beamteten Lehrkräfte erfasst und somit auch beamtete Lehrkräfte eines Abendgymnasiums, gelten die Bestimmungen der EZuV aF gemäß § 44 Nr. 2 Satz 2 TV-L auch für Beschäftigte als Lehrkräfte eines Abendgymnasiums. 12

2. Entgegen der Auffassung des beklagten Landes schließt § 6 EZuV aF den Anspruch einer Lehrkraft eines Abendgymnasiums auf die Zulage nicht aus. Nach dieser Bestimmung entfällt oder verringert sich die Zulage, soweit der Dienst zu ungünstigen Zeiten auf andere Weise als mit abgegolten oder ausgeglichen gilt. Unter Abgeltung ist die Gewährung einer finanziellen Entschädigung zu verstehen, während mit Ausgleich die Gewährung sonstiger Vorteile gemeint ist (*OVG NRW 3. Mai 2006 - 6 A 1565/04 - Rn. 26, Schütz BeamtR ES/C I 1.4 Nr. 75*). Der in dieser Vorschrift geregelte Ausschluss der Zulage bezweckt, Doppelleistungen zu vermeiden (*BVerwG 8. Juli 1994 - 2 C 4/93 - BVerwGE 96, 227, 230*). Die im Vergleich zu den Lehrkräften eines Gymnasiums geringere Unterrichtsverpflichtung der Lehrkräfte eines Abendgymnasiums ist kein Ausgleich iSv. § 6 EZuV aF. 13

a) Allerdings trifft es zu, dass die wöchentliche Unterrichtsverpflichtung der Lehrkräfte eines Abendgymnasiums um 3,5 Unterrichtsstunden geringer ist als 14

die Unterrichtsverpflichtung der Lehrkräfte eines Gymnasiums. Die wöchentliche Unterrichtsverpflichtung einer Lehrkraft ist jedoch nicht ihre wöchentliche Arbeitszeit. Die Pflichtstundenzahl betrifft nur einen Teil der Arbeitszeit der Lehrerinnen und Lehrer, die im Übrigen entsprechend ihrer pädagogischen Aufgabe wegen der neben dem Unterricht erforderlichen Vorbereitung, der Korrekturen, Elternbesprechungen und dergleichen nicht im Einzelnen in messbarer und überprüfbarer Form bestimmt werden kann (*BVerwG 13. Juli 1977 - VI C 85.75 - Rn. 23, VerwRspr 29, 544*). Davon geht auch das Schulgesetz des beklagten Landes aus. § 93 Abs. 2 SchulG legt die Zahl der wöchentlichen Pflichtstunden für die Lehrerinnen und Lehrer nicht fest, sondern regelt, dass diese nach den pädagogischen und verwaltungsmäßigen Bedürfnissen der einzelnen Schulformen, Schulstufen und Klassen durch Rechtsverordnung zu bestimmen ist. Nach § 2 Abs. 1 der Verordnung vom 18. März 2005 (VO) zur Ausführung des § 93 Abs. 2 SchulG beträgt die Zahl der wöchentlichen Pflichtstunden für Lehrerinnen und Lehrer in der Regel an der Grund-, Haupt- und Realschule jeweils 28, an der Realschule, am Gymnasium, an der Gesamtschule und am Berufskolleg jeweils 25,5 sowie am Abendgymnasium, am Kolleg und am Studienkolleg für ausländische Studierende jeweils 22.

b) Die Gründe für die unterschiedlichen Pflichtstundenzahlen ergeben sich aus § 93 Abs. 2 SchulG. Danach ist ua. die Zahl der wöchentlichen Pflichtstunden der Lehrerinnen und Lehrer nach den pädagogischen und verwaltungsmäßigen Bedürfnissen der einzelnen Schulformen, Schulstufen und Klassen zu bestimmen. Daraus wird deutlich, dass die Pflichtstundenermäßigung für Lehrkräfte an einem Abendgymnasium nicht eine Kompensation für den Unterricht zu ungünstigen Zeiten bezweckt. Die geringere wöchentliche Unterrichtsverpflichtung beruht auf den pädagogischen und/oder verwaltungsmäßigen Bedürfnissen dieser Schulform. 15

c) Entgegen der Auffassung des beklagten Landes zwingt der Vergleich der Situation der Lehrkräfte eines Gymnasiums mit jener der Lehrkräfte eines Abendgymnasiums nicht zu der Annahme, die Stundenermäßigung diene dem Ausgleich für den Dienst zu ungünstigen Zeiten. Ein Gymnasium unterscheidet 16

sich von einem Abendgymnasium nicht nur dadurch, dass der Unterricht an einem Gymnasium in der Regel vormittags und teilweise auch nachmittags erteilt wird, während Unterricht an einem Abendgymnasium regelmäßig abends stattfindet, wie dies schon der Begriff „Abendgymnasium“ zum Ausdruck bringt.

aa) Gemäß § 29 Abs. 1 SchulG erlässt das Ministerium in der Regel schulformspezifische Unterrichtsvorgaben (*Richtlinien, Rahmenvorgaben, Lehrpläne*). Diese legen insbesondere die Ziele und Inhalte für die Bildungsgänge, Unterrichtsfächer und Lernbereiche fest. Nach § 52 Abs. 1 SchulG erlässt das Ministerium Ausbildungs- und Prüfungsordnungen, die ua. Regelungen über Aufnahmevoraussetzungen und den Schulformwechsel, die Studententafel, die Gliederung und die Dauer der Ausbildung, die Unterrichtsorganisation, die Unterrichtsfächer, die Lernbereiche, die Pflichtbedingungen, die Wahlmöglichkeiten, die Zulassung zur Prüfung und den Ablauf und das Verfahren der Prüfung enthalten. Auf dieser Rechtsgrundlage sind mit der APO-WbK einerseits und mit den für die Gymnasien maßgeblichen Verordnungen über die Ausbildung und die Abschlussprüfungen in der Sekundarstufe I (*APO-S I*) sowie über den Bildungsgang und die Abiturprüfung in der gymnasialen Oberstufe (*APO-GOST*) andererseits völlig unterschiedliche Regelungskomplexe geschaffen worden, die den unterschiedlichen Bedürfnissen eines Gymnasiums und eines Abendgymnasiums Rechnung tragen. 17

bb) In den Bildungsgang des Abendgymnasiums wird nach § 3 Abs. 2 APO-WbK aufgenommen, wer bei Eintritt in das erste Fachsemester mindestens 18 Jahre alt ist und eine Berufsausbildung iSd. Berufsbildungsgesetzes, eine Berufsausbildung in einem schulischen Bildungsgang oder eine entsprechende Ausbildung in einem Beamtenverhältnis abgeschlossen hat oder eine mindestens zweijährige Berufstätigkeit nachweist. Die Ausbildung wird gemäß § 14 Satz 1 APO-WbK nach erwachsenenpädagogischen Grundsätzen gestaltet, wobei die Lehrpläne die Lebens- und Berufserfahrung der Studierenden zu berücksichtigen haben (§ 14 Satz 3 APO-WbK). Durch die in § 2 Abs. 2 Satz 2 APO-WbK ausdrücklich angeordnete Berücksichtigung der besonderen Bedingungen erwachsenengerechter Bildungsarbeit und die andauernde Berufs- 18

tätigkeit der Studierenden unterscheidet sich ein Abendgymnasium bezüglich der für den Umfang der wöchentlichen Unterrichtsverpflichtung maßgeblichen pädagogischen und verwaltungsmäßigen Bedürfnisse dieser Schulform ganz wesentlich von einem Gymnasium, dessen Schüler nach dem Besuch der Grundschule gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 APO-S I in die Klasse 5 der Sekundarstufe I des Gymnasiums aufgenommen werden und während des Besuchs des Gymnasiums ganz überwiegend noch nicht 18 Jahre alt sind. Hinzu kommt, dass die Schüler eines Abendgymnasiums nach § 23 Abs. 3 Nr. 1 SchulG in einem dreijährigen Bildungsgang zur allgemeinen Hochschulreife geführt werden, während dies bei den Schülern eines Gymnasiums in einem achtjährigen Bildungsgang der Fall ist. Unterschiede zwischen einem Gymnasium und einem Abendgymnasium bestehen auch bezüglich der Schülerzahlen, hinsichtlich der Klassenbildungs-, der Klassenfrequenzricht- und der Klassenfrequenzhöchstwerte sowie des zeitlichen Umfangs des wöchentlichen Unterrichts. Während der Unterricht im Bildungsgang des Abendgymnasiums mindestens 20 Unterrichtsstunden in der Woche umfasst, sind am Gymnasium zB 30 bis 33 Unterrichtsstunden in der Jahrgangsstufe 11 und 28 bis 31 Unterrichtsstunden in der Jahrgangsstufe 12 zu erteilen.

d) Das für die Lehrkräfte eines Kollegs ebenso wie für die Lehrkräfte eines Abendgymnasiums auf wöchentlich 22 Unterrichtsstunden festgesetzte Stundenmaß bestätigt die Annahme, dass die Stundenermäßigung der Lehrkräfte eines Abendgymnasiums kein Ausgleich für den Dienst zu ungünstigen Zeiten ist. Am Kolleg findet nach den vom beklagten Land nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kein Unterricht nach 20.00 Uhr und damit kein Unterricht zu ungünstigen Zeiten iSv. § 4 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EZuIV aF statt, der durch eine ermäßigte Unterrichtsverpflichtung ausgeglichen werden könnte. 19

aa) Dafür, dass die Pflichtstundenermäßigung der Lehrkräfte eines Kollegs auf ganz anderen pädagogischen und verwaltungsmäßigen Bedürfnissen beruht als die Pflichtstundenermäßigung für die Lehrkräfte eines Abendgymnasiums, fehlen ausreichende Anhaltspunkte. Beide Bildungsgänge führen 20

Erwachsene zur allgemeinen Hochschulreife. Die Ausbildung dauert in beiden Bildungsgängen in der Regel sechs Semester. Die unterschiedliche zeitliche Lage des Unterrichts ist Folge des unterschiedlichen Zeitbudgets der Schüler. Während der „klassische Abendkurs“ des Bildungsgangs des Abendgymnasiums Erwachsene mit andauernder Berufstätigkeit zur allgemeinen Hochschulreife führt, ist Unterricht am Vormittag ua. auf das Zeitbudget von „Familienfrauen“ (vgl. zu dieser Bezeichnung die Internetseite des Schulministeriums, <http://www.schulministerium.nrw.de/BP/Schulsystem/Schulformen/Weiterbildungskolleg/index.html>, Stand 20. Mai 2010) oder Berufstätige mit Schichtdienst zugeschnitten.

bb) Soweit der erst nach Ablauf der Frist von zwei Monaten zur Begründung der Revision (§ 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) beim Bundesarbeitsgericht eingegangene Schriftsatz des beklagten Landes vom 12. Mai 2010 neues tatsächliches Vorbringen zu Mehrbelastungen der Lehrkräfte im Bildungsgang Kolleg im Vergleich zu den Lehrkräften im Bildungsgang Abendgymnasium enthält, war dieser neue Tatsachenvortrag vom Senat nicht zu berücksichtigen. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Dazu gehört auch das Parteivorbringen in Schriftsätzen und Anlagen, auf die im Berufungsurteil Bezug genommen worden ist. Allerdings hat die Rechtsprechung die Berücksichtigung neuen tatsächlichen Vorbringens in der Revisionsinstanz dann zugelassen, wenn es unstreitig oder seine Richtigkeit offenkundig ist (GMP/Müller-Glöge 7. Aufl. § 74 Rn. 116 mwN). Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt. Dass die Lehrkräfte eines Abendgymnasiums im Vergleich zu den Lehrkräften eines Kollegs bezüglich der außerhalb des Unterrichts erforderlichen Tätigkeiten, wie zB Unterrichtsvorbereitung und Korrekturen, und aufgrund anderer pädagogischer Aufgaben geringer belastet sind, ist weder offenkundig noch unstreitig. Soweit das beklagte Land für seine Rechtsauffassung auf die Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 22. August 2000 (- 1 N 2320/96 - ZTR 2000, 577) verweist, geht dieser Hinweis fehl. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat zwar den Vortrag des Antrag-

21

stellers in jenem Verfahren wiedergegeben, wonach für eine Lehrkraft eines Abendgymnasiums die besonderen Belastungen in erster Linie in der Eigenart des Unterrichts in den Abend- und Nachtstunden bestehen. Er hat jedoch keine eigenen Ausführungen dazu gemacht, ob diese Belastungen durch eine geringere Unterrichtsverpflichtung ausgeglichen werden. Dies hat das Obergericht für das Land Nordrhein-Westfalen verneint. Es hat einer beamteten Lehrkraft, die nach 20.00 Uhr Unterricht erteilt hat, die Zulage für Dienst zu ungünstigen Zeiten zugesprochen (*3. Mai 2006 - 6 A 1565/04 - Rn. 26, Schütz Beamtr ES/C I 1.4 Nr. 75*).

III. Da § 6 EZulV aF den Anspruch einer Lehrkraft eines Abendgymnasiums auf die Zulage für Dienst zu ungünstigen Zeiten nicht ausschließt, ist auch die Feststellungsklage begründet. 22

IV. Das beklagte Land hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. 23

Fischermeier

Brühler

Spelge

Oye

B. Schipp