

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 159/12

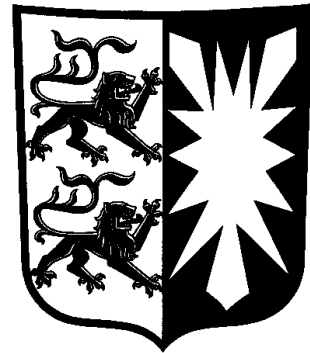
ö.D. 3 Ca 2281 a/11 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 07.11.2012

gez...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 07.11.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und dem ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgericht Kiel vom 21.03.2012 -3Ca 2281 a/11- wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten eine Besitzstandszulage in Höhe der Vergütungsgruppenzulage gemäß Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 8 Fußnote 2 des Tarifvertrages für Angestellte im nautischen- und schiffsmaschinentechnischen Dienst sowie im Seefunkdienst im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung.

Der Kläger ist seit vielen Jahren als Angestellter im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung tätig. Ab dem 09.02.1990 wurden ihm die Aufgaben des leitenden Maschinisten auf dem Mehrzweckboot (klein) "B..." vorübergehend und am 29.05.1990 dauerhaft übertragen.

Diese Tätigkeit übte der Kläger bis zum 18.09.2005 aus und war dabei zuletzt in die Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 10 Teil III Abschnitt G I der Anl. 1a zum BAT eingruppiert.

Herr M., der Hafenkaptän der ... Dienststelle ..., wies den Kläger mit Einschiffungsanordnung vom 23.08.2005 (Anl. K 1 = Bl. 6 d. A.) an, als leitender Maschinist auf dem Mehrzweckboot (mittel) "K..." Dienst zu tun. In dem Schreiben wird als Einschiffungszeitpunkt der 19.09.2005 und als Ausschiffungszeitpunkt der 30.12.2005 genannt. Weiter heißt es in dem Schreiben:

"Bemerkung: Vertreterereinsatz für den anderweitig eingesetzten Ltd. Maschinisten G.
."

Herr G. war bis zum 19.09.2005 als Ltd. Maschinist auf der „K..." eingesetzt. Er wurde aufgrund seiner Beförderung von diesem Schiff endgültig abgezogen. Herr G. war und ist Beamter. Auf dem Dienstposten des Klägers auf der „B..." wurde ab dem 19.09.2005 der Beamte Herr H. eingesetzt, zunächst befristet bis zum 30.12.2005. In der vom Hafenkaptän gefertigten Einschiffungsanordnung vom 23.08.2005 (Bl. 123 der Akte) heißt es:

"Bemerkung: Vertreterereinsatz für den anderweitig eingesetzten Ltd. Maschinisten H."
Der Dienstposten auf der „B...." ist später in einen Beamtendienstposten umgewandelt und Herrn H. im März 2007 endgültig übertragen worden.

Der Kläger arbeitete auch nach dem 30.12.2005 aufgrund weiterer Einschiffungsanordnungen ununterbrochen als leitender Maschinist auf der „K...". Mit Schreiben vom 07.03.2007 wurde ihm der Dienstposten (DP-IP 13261666) vorübergehend übertragen (Bl. 33 d. A.). Dort heißt es u.a.: "Die von Ihnen vorübergehend auszuübenden Tätigkeiten entsprechen den Tarifmerkmalen der Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 8 Teil III Abschnitt G der Anl. 1a zum BAT (Entgeltgruppe 9 TVöD)". Im März 2008 wies die zuständige Behörde der ... die Planstelle als Dienstposten für einen Angestellten zu. Die personalbearbeitende Stelle schrieb den Dienstposten im März 2010 aus (Bl. 134 d. A.).

Die Beklagte übertrug dem Kläger den Dienstposten (DP-IP 13261666) endgültig mit Wirkung vom 11.06.2010 (Schreiben vom 02.06.2010; Anl. K 7 = Bl. 12 d. A.). Zum 20.01.2011 erfolgte die Eingruppierung in die Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 8 Teil III Abschnitt G der Anl. 1a zum BAT.

Der Kläger hat mit Schreiben vom 30.01.2011 die Gewährung der Besitzstandszulage in Höhe der Vergütungsgruppenzulage erfolglos geltend gemacht. Diesen Anspruch verfolgt er mit seiner Klage weiter. Er hat gemeint, er habe schon vor Überleitung des BAT in den TVöD die Voraussetzungen der Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 8 erfüllt. Denn er habe unstreitig seit dem 19.09.2005 und damit vor dem Stichtag des 01.10.2005 die Tätigkeit eines leitenden Maschinisten auf einem Mehrzweckboot (mittel) ausgeübt und damit vor dem 27.02.2012 die in der Fußnote 2 geforderte Bewährungszeit von 6 Jahren zurückgelegt. Die Tätigkeit auf der „K...“ sei ihm auch tatsächlich nicht nur vorübergehend übertragen worden. Die Beklagte könne sich nicht auf fehlende Vertretungsbefugnis des Hafenskapitäns berufen. Er, der Kläger, habe die Befugnisse des Hafenskapitäns nicht gekannt.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Kläger erfülle die Voraussetzungen der Besitzstandszulage nicht. Denn er sei zum Stichtag des 01.10.2005 nicht in die Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 8 Teil III, Abschnitt G der Anlage 1 a zum BAT eingruppiert gewesen. Zum einen sei der Hafenskapitän für die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten nicht zuständig gewesen. Dem Kläger sei aus Personalverfügungen der ... bekannt gewesen, dass die Personalbearbeitung für Arbeitnehmer der ... und nicht dem Hafenskapitän obliege. Zum anderen sei dem Kläger der Posten nur vertretungsweise übertragen worden. Es sei seinerzeit nicht sicher gewesen, ob der Kläger dauerhaft auf diesem Posten eingesetzt würde.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien sowie ihrer im ersten Rechtszug gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Kläger habe keinen Anspruch auf die Besitzstandszulage. Die Beklagte habe ihm durch die Einschiffungsanordnung des Hafenkapitäns vom 23.08.2005 die Tätigkeit als leitender Maschinist auf dem Mehrzweckboot „K...“ nur vorübergehend übertragen. Über die endgültige Stellenbesetzung sei seinerzeit noch nicht entschieden worden. Der Kläger habe zunächst nur den leitenden Maschinisten G. bis zu einer endgültigen Wiederbesetzung des Postens vertreten sollen. Es fehlten Anhaltspunkte dafür, dass die nur vorübergehende Übertragung des Postens für den relevanten Zeitraum vom 23.08.2005 bis zum 30.09.2005 rechtsmissbräuchlich gewesen sei.

Gegen das ihm am 02.05.2012 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 08.05.2012 Berufung eingelegt und diese am 18.06.2012 begründet.

Der Kläger vertritt auch im zweiten Rechtszug die Auffassung, die Beklagte habe ihm bereits zum 19.09.2005 die Tätigkeit eines leitenden Maschinisten auf einem Mehrzweckboot (mittel) dauerhaft übertragen. Es habe nämlich kein Vertretungsfall vorgelegen. Schon bei der ersten Einschiffungsanordnung habe festgestanden, dass Herr G. nicht mehr auf den Dienstposten zurückkehren würde. Der nunmehr vom Kläger besetzte Dienstposten sei also vakant gewesen. Es habe von Anfang an festgestanden, dass er den Posten bekommen sollte. Zwar habe der Posten zuvor in einen Angestelltendienstposten umgewandelt werden müssen; das rechtfertige aber keine nur vorübergehende Übertragung der Tätigkeit. Der Beamtendienstposten sei nie ausgeschrieben worden. Die Beklagte habe nicht geplant, den Posten (wieder) mit einem Beamten zu besetzen.

Als vorübergehende Übertragung widerspreche die Einschiffungsanordnung vom 23.08.2005 billigem Ermessen, denn es fehle an einem sachlichen Grund. Deshalb sei von einer dauerhaften Übertragung auszugehen.

Jedenfalls sei die nur vorübergehende Übertragung rechtsmissbräuchlich. Die Beklagte habe vom Kläger die Ausübung einer höherwertigen Tätigkeit verlangt und geplant, dem Kläger den Dienstposten später dauerhaft zu übertragen.

Der Hafenkapitän M. sei befugt gewesen, dem Kläger den Dienstposten endgültig zu übertragen.

Zumindest habe der Kläger von der entsprechenden Befugnis des Hafenskapitäns ausgehen dürfen, denn dieser habe sämtliche Einschiffungsanordnungen verfasst.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 21.03.2012 -3 Ca 2281a/11- abzuändern und festzustellen,

dass der Kläger ab dem 19.09.2011 Anspruch auf eine Vergütungsgruppenzulage gemäß Vergütungsgruppe V b Nr. 8 Fußnote 2 des Tarifvertrages für „Angestellte im nautischen- und schiffsmaschinentechnischen Dienst sowie im Seefunkdienst im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung“ hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Der Hafenskapitän könne den ihm unterstellten Mitarbeitern nur fachliche Weisungen erteilen. Bei der Einschiffungsanordnung habe es sich daher nur um eine schriftlich fixierte Weisung bzgl. des Arbeitsorts gehandelt. Für Einstellungen, Versetzungen oder Höhergruppierungen seien dagegen die personalführenden Dienststellen zuständig. Der Kläger habe aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit die Unzuständigkeit von Herrn M. auch gekannt, zumindest jedoch erkennen können. Bei allen seinen „Personalstatus“ betreffenden Maßnahmen habe er den Empfang der Schreiben auf einer Empfangsbescheinigung der personalbearbeitenden Stelle bestätigt. Auch mit seinen tarifrelevanten Anträgen habe er sich an diese Stelle und nicht an den Hafenskapitän gewandt.

Zutreffend habe das Arbeitsgericht erkannt, dass die nur vorübergehende Zuweisung der Tätigkeit ab 19.09.2005 den streitgegenständlichen Anspruch nicht begründen könne. Die Grundsätze der Billigkeit seien bei der Zuweisung gewahrt worden. Am 23.08.2005 sei für Herrn M. nicht voraussehbar gewesen, dass der Dienstposten auf der „K...“ eines Tages in eine Angestelltenstelle umgewandelt und dauerhaft mit dem Kläger besetzt werden würde; derartige Planungen hätten seinerzeit nicht bestanden. Der Kläger lege den in der Einschiffungsanordnung verwendeten Begriff des Vertreters zu eng aus. Es sei eine Ersatzkraft gemeint gewesen.

Die Entscheidung, dem Kläger die von ihm ab dem 19.09.2005 ausgeübte Tätigkeit noch nicht und erst recht nicht dauerhaft zu übertragen, sei nicht rechtmisbräuchlich gewesen. Vielmehr hätten dafür sachlich Gründe bestanden. Seinerzeit seien die Planungen dahin gegangen, den Dienstposten neu auszuschreiben und mit einem anderen Beamten zu besetzen. Nach Genehmigung der Haushaltsstelle habe es im März 2008 eine offizielle Ausschreibung des Postens gegeben.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist nach dem Wert der Beschwer statthaft (§ 64 Abs. 2 ArbGG) und form- sowie fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 66 Abs. 1 ArbGG; §§ 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die geltend gemachte Vergütungsgruppenzulage als Besitzstandszulage gem. § 9 TVÜ-Bund. Er erfüllt die anspruchsbegründenden Voraussetzungen nicht.

1. Nach der Fußnote 2 der Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 8 des Tarifvertrages für Angestellte im nautischen- und schiffsmaschinentechnischen Dienst sowie im Seekundendienst im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung erhalten leitende technische Schiffsoffiziere oder technische Alleinoffiziere mit Patent CMA auf Betriebsstofftransportern oder Mehrzweckbooten (mittel) nach sechsjähriger Bewährung in dieser Fallgruppe eine monatliche Vergütungsgruppenzulage i.H.v. 7,5 v.H. der Anfangsgrundvergütung der Vergütungsgruppe V b.

Der Kläger ist technischer Schiffsoffizier und arbeitet auf einem Mehrzweckboot (mittel), nämlich der „K...“. Er ist aber erst seit dem 19.09.2005 auf dem Boot tätig. Davor war er auf einem Mehrzweckboot (klein) eingesetzt.

2. Vor dem 01.10.2005 hat der Kläger die sechsjährige Bewährung in der Fallgruppe 8 der Vergütungsgruppe V b nicht zurückgelegt. Gemäß § 17 Abs. 5 TVÜ-Bund sind nach dem zum 01.10.2005 erfolgten Tarifwechsel vom BAT in den TVöD Bewährungs-, Fallgruppen- und Tätigkeitsaufstiege im TVöD an sich nicht mehr vorgesehen. Die Regelung gilt grundsätzlich auch für Beschäftigte, die einen Anspruch auf eine Vergütungsgruppenzulage hätten. Allerdings schützt § 9 TVÜ-Bund für übergeleitete Angestellte Anwartschaften und regelt Besitzstände bezogen auf Vergütungsgruppenzulagen. So erhalten gemäß § 9 Abs. 2a TVÜ-Bund in den TVöD übergeleitete Beschäftigte, die bei Fortgeltung des BAT bis spätestens zum 29.02.2012 wegen Erfüllung der erforderlichen Zeit der Bewährung oder Tätigkeit die Voraussetzungen der Vergütungsgruppenzulage erfüllt hätten, eine Besitzstandszulage, unabhängig davon, ob die Hälfte der erforderlichen Zeit der Bewährung oder Tätigkeit am Stichtag gemäß § 9 Abs. 2 TVÜ-Bund (30.09.2005) erfüllt ist. Die Höhe der Besitzstandszulage bemisst sich nach dem Betrag, der als Vergütungsgruppenzulage zu zahlen gewesen wäre, wenn diese bereits am 30.09.2005 zugestanden hätte (§ 9 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Bund).

3. Voraussetzung für die Gewährung der Besitzstandszulage in Höhe der Vergütungsgruppenzulage ist danach zum einen, dass die Zulage dem Anspruchsteller ohne den Tarifwechsel spätestens am 29.02.2012 zugestanden hätte. Ferner muss der Anspruchsteller bei Überleitung in den TVöD zum 01.10.2005 in die Fallgruppe 8 der Vergütungsgruppe V b eingruppiert gewesen sein. Der Kläger hätte die sechsjährige Bewährungszeit in der Fallgruppe 8 dieser Vergütungsgruppe im Sinne der Fußnote 2 im September 2011 also abgeleistet, mit der Folge, dass ihm die Zulage zustehen würde, wenn die Beklagte ihn bereits im September 2005 in die Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 8 BAT eingruppiert hat. Diese Anspruchsvoraussetzung ist nicht erfüllt. Der Kläger wurde von der Beklagten endgültig erst zum 11.06.2010 in die Vergütungsgruppe V b Fallgruppe 8 Teil III, Abschnitt G der Anlage 1 a zum BAT eingruppiert.

a) Mit Schreiben vom 02.06.2010 ist dem Kläger „mit sofortiger Wirkung“ der Dienstposten 13261666 des leitenden technischen Offiziers auf dem Mehrzweckboot (mittel) „K...“ übertragen worden.

b) Der Kläger wird zwar schon seit dem 19.09.2005 als leitender technischer Offizier auf dem Mehrzweckboot (mittel) „K...“ eingesetzt. Die bloße Tätigkeit besagt aber nichts über die Eingruppierung. Nach § 22 Abs. 2 UA 1 BAT ist der Angestellte in die Vergütungsgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmalen die von ihm nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit entspricht. Für die Eingruppierung des Angestellten kommt es also nicht auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit an, sondern auf die ihm vom Arbeitgeber nicht nur vorübergehend zugewiesene.

Es kann offen bleiben, ob es sich bei der Einschiffungsanordnung des Hafenskapitäns vom 23.08.2005 überhaupt um die Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit handelt oder, wie die Beklagte meint, um die bloße Zuweisung eines anderen Tätigkeitsorts im Wege des Direktionsrechts. Nicht entschieden werden muss auch die Frage, ob der Hafenskapitän M. eine höherwertige Tätigkeit wirksam übertragen durfte und – falls nein - ob der Kläger die fehlende Befugnis erkennen konnte.

Entgegen der Ansicht des Klägers ist ihm mit der Einschiffungsanordnung des Hafenskapitäns vom 23.08.2005 die Tätigkeit als leitender Maschinist auf dem Mehrzweckboot (mittel) „K...“, die unstreitig der Fallgruppe 8 der Vergütungsgruppe V b entspricht, nämlich nicht dauerhaft übertragen worden. Ob eine Tätigkeit von einem Angestellten (nicht) nur vorübergehend auszuüben ist, bestimmt sich nach dem bei der Übertragung der Tätigkeit zum Ausdruck gekommenen Willen des Arbeitgebers (BAG 05.07.1967 - 4 AZR 162/66 -). Hier spricht die Gesamtheit der Umstände für eine nur vorübergehende Zuweisung. Dass es sich im Streitfall um keine endgültige Übertragung handelte, ergibt sich zum einen daraus, dass in der Einschiffungsanordnung von einem „Vertretereinsatz“ die Rede ist. Als Vertreter kann auch derjenige tätig sein, der eine vakante Stelle bis zur Wiedereinsetzung durch einen Dritten besetzt. Zum anderen - und das ist entscheidend - ist die Anordnung ausdrücklich befristet, nämlich für die Zeit vom 19.09.2005 bis 30.12.2005.

c) Wie soeben ausgeführt, war dem Kläger durch die Einschiffungsanordnung des Hafenkaptäns vom 23.08.2005 die Tätigkeit als leitender Maschinist auf dem Mehrzweckboot „K...“ nur vorübergehend bis zum 30.12.2005 übertragen. Die Tätigkeit gilt auch nicht als dauerhaft übertragen.

aa. Richtig ist, dass dann, wenn die (nur) vorübergehende Übertragung ermessensfehlerhaft war, das Gericht in entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB mit der Folge entscheiden kann, dass dem Angestellten die Tätigkeit als auf Dauer übertragen gilt (BAG 17.01.2006 – 9 AZR 226/05 -). Im Streitfall war die nur vorübergehende Übertragung jedoch nicht ermessensfehlerhaft.

Der Arbeitgeber ist im Geltungsbereich des BAT berechtigt, dem Angestellten über die im Arbeitsvertrag festgelegten Tätigkeiten hinaus vorübergehend eine andere, höherwertige Tätigkeit zu übertragen. Die tarifliche Erweiterung des Weisungsrechts des Arbeitgebers ergibt sich aus § 24 Abs. 1 BAT. Die Vorschrift regelt zwar lediglich die Voraussetzungen, nach denen der Angestellte in einem solchen Fall Anspruch auf Zahlung einer Zulage hat. Die Tarifvertragsparteien setzen damit aber die Zulässigkeit derartiger Zuweisungen als ungeschriebene Regel voraus (std. Rspr., vgl. BAG 17.04.2002 - 4 AZR 174/01 - BAGE 101, 91). Bei der Ausübung seines tariflich erweiterten Weisungsrechts hat der Arbeitgeber nach § 106 GewO billiges Ermessen zu wahren. Die zum 01.01.2003 in Kraft getretene Vorschrift entspricht dem bereits vorher geltenden Recht (vgl. dazu BAG 11.10.1995 - 5 AZR 1009/94 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 45). Billigem Ermessen wird eine Leistungsbestimmung gerecht, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt sind. Ob das geschehen ist, unterliegt der gerichtlichen Kontrolle. Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Billigkeit der Personalmaßnahme im Sinne von § 106 GewO i.V.m. § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB ergeben soll, liegen bei dem zur Leistungsbestimmung berechtigten Arbeitgeber (vgl. BAG 16.09.1998 - 5 AZR 183/97 - AP BAT-O § 24 Nr. 2). Die Rechtskontrolle bestimmt sich nach der dem Arbeitgeber bekannten Interessenlage im Zeitpunkt der Ausübung seines Weisungsrechts (BAG 23.09.2004 - 6 AZR 567/03 - BAGE 112, 80 mwN).

Dieser Maßstab ist auch anzuwenden, wenn es um die nur vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeiten geht (BAG 17.04.2002 - 4 AZR 174/01 - BAGE 101, 91, unter Aufgabe der Rechtsprechung zum Prüfmaßstab "Rechtsmissbrauch"). Danach ist jeder einzelne Übertragungsakt zu kontrollieren. Das billige Ermessen muss sich auf die Tätigkeitsübertragung "an sich" und auf die "Nicht-Dauerhaftigkeit" der Übertragung beziehen ("doppelte Billigkeitskontrolle"). Insoweit sind das Interesse des Angestellten an der dauerhaften Aufgabenwahrnehmung und das Interesse des Arbeitgebers an einem flexiblen Personaleinsatz abzuwägen. Unter Berücksichtigung von § 12 BAT-O, der die Versetzung des Angestellten an dienstliche oder betriebliche Gründe bindet, kommen alle Erwägungen in Betracht, die mit der Besetzung der Stelle sachlich zusammenhängen (vgl. hierzu BAG 17.04.2002 - 4 AZR 174/01 -; 18.06.1997 - 4 AZR 728/95 - AP BAT-O § 24 Nr. 1).

Zum Streitfall war die nur vorübergehende Übertragung nicht ermessensfehlerhaft.

bb. Mit der Übertragung der Tätigkeit als solcher war der Kläger einverstanden. Auf der ersten Stufe der doppelten Billigkeitskontrolle bedarf es deshalb keiner Ermessenskontrolle.

cc. Auch die „Nicht-Dauerhaftigkeit“ der Übertragung entsprach jedenfalls vor dem 01.10.2005 billigem Ermessen. Ermessensfehler sind nicht erkennbar. Der Umstand, dass der streitgegenständliche Dienstposten am 19.09.2005 in Folge der Beförderung des Mitarbeiters G. freigeworden ist, erzwang keine umgehende, dauerhafte Übertragung der Aufgaben auf den Kläger. Eine sofortige dauerhafte Übertragung war gar nicht möglich. Denn es handelte sich seinerzeit unstreitig um einen Beamtenposten, der dem Kläger als Angestellten nicht übertragen werden konnte. Um den Kläger dauerhaft auf dem Dienstposten einsetzen zu können, musste der Posten zunächst in einen Angestelltendienstposten umgewandelt werden. Eine solche Umwandlung vollzieht sich jedoch nicht von einem zum anderen Tag. Vielmehr musste zunächst eine Haushaltsstelle für die Besetzung des Dienstpostens zugewiesen werden, um ihn sodann mit einem Angestellten besetzen zu können. Das bedeutet, dass die Stelle frühestens im folgenden Haushaltsjahr eingerichtet werden konnte.

Die Entscheidung über den Haushalt konnte auch nicht von der ... vorweggenommen werden. Die Dienststelle hatte es nicht in der Hand, über das Gelingen der Umwandlung zu befinden. Solange für einen Dienstposten mangels verfügbarer Haushaltsstelle keine Stelle zur Verfügung steht, kann sie nicht dauerhaft besetzt werden.

Das musste die Beklagte jedenfalls im August/September 2005 beachten. Dieser Umstand stellt einen sachlichen Grund dar, der die seinerzeitige nur vorübergehende Übertragung der Aufgaben auf den Kläger trägt. Das Interesse des Klägers an der dauerhaften Übertragung musste dahinter zurückstehen.

Ein Ermessensfehler lässt sich auch nicht aus der Gesamtdauer der seit dem 19.09.2005 verstrichenen Zeit und mit der Kette der stets nur vorübergehenden Beauftragungen des Klägers mit der höherwertigen Tätigkeit herleiten. Eine bloße zeitliche Verzögerung der Stellenbesetzung begründet noch keinen Anspruch auf die Übertragung der Stelle (BAG 17.01.2006 - 9 AZR 226/05 -). Die Befugnis des Arbeitgebers, dem Angestellten vorübergehend höherwertige Tätigkeiten zu übertragen ist grundsätzlich zeitlich nicht beschränkt (BAG 17.04.2002 - 4 AZR 174/01 - BAGE 101, 91). Bei wiederholter Übertragung höherwertiger Tätigkeiten ergeben sich allenfalls gesteigerte Anforderungen an die Darlegung des Arbeitgebers (BAG 17.01.2006 - 9 AZR 226/05 -). Das bedeutet, dass möglicherweise eine der neuerlichen, vorübergehenden Übertragungen der Billigkeitskontrolle nicht mehr Stand hält. Für das streitgegenständliche Begehren des Klägers ist dies jedoch nicht entscheidend. Maßgebend ist hier nur der erste (vorübergehende) Einsatz auf dem Mehrzweckboot (mittel) „K...“, denn der Kläger begehrt die Feststellung, dass ihm die Zulage ab dem 19.09.2011, also nach Ablauf von sechs Jahren nach dem 19.09.2005 zusteht.

Es verhielt sich schließlich nicht so, dass nur der Kläger für den streitgegenständlichen Dienstposten in Frage kam, das Besetzungsermessen quasi „auf null“ reduziert war. Unstreitig gab es mehrere Beschäftigte mit entsprechender Qualifikation.

III.

Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Berufung zu tragen, § 97 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil sich die Entscheidung im Rahmen der vom IV. und IX. Senat des Bundesarbeitsgerichts in den Entscheidungen vom 17.04.2002 (4 AZR 174/01) und 17.01.2006 (9 AZR 226/05) aufgestellten Rechtsgrundsätzen hält.