

cher Umhegung, das Betätigungen außerhalb des Hauptamtes zu einem kontrollbedürftigen Gefahrenpotential degradiert, werden den besonderen Rationalitäten wissenschaftlichen Schaffens noch den grundrechtlichen Ingerenzen gerecht wird. Ein sinnvoller erster Schritt könnte de lege ferenda die Schaffung einer (großzügig zu fassenden) Geringfügigkeitsgrenze für publizistische und Vortragstätigkeit sein, unterhalb derer entgeltliche Nebentätigkeiten in Forschung und Lehre generell anzeigefrei bleiben.¹³⁰ Längst überfällig wäre auch die Ausdifferenzierung eines gegenstandsadäquaten Hochschullehrerdienstrechts.¹³¹ Dieses sollte von vornherein aus dem allgemeinen Beamtenrecht verselbstständigt und systematisch in einem hochschulrechtlichen Kontext geregelt werden. An die Stelle des gleichsam zur hochschul- und beamtenrechtlichen System-

entscheidung geronnenen Misstrauens muss wieder der Leitgedanke des Vertrauens treten.¹³²

130) Engelken (Fn. 58), S. 118.

131) So mit Recht bereits Hufen (Fn. 42), S. 25. In diesem Rahmen sollten auch Wertungswidersprüche beseitigt werden, die sich aus dem flexiblen und auf Anreize zur finanzwirksamen Kooperation mit Bereichen außerhalb der Hochschulen setzenden W-Besoldungsrecht einerseits im Kontrast zum defensiven und rigiden Instrumentarium des Nebentätigkeitsrechts andererseits ergeben. In ein besonderes Hochschuldienstrecht wäre schließlich auch ein eigenständiges, wissenschaftsadäquates Nebentätigkeitsrecht für das hauptberufliche wissenschaftliche und künstlerische Personal zu integrieren.

132) P. M. Huber, Staat und Wissenschaft, 2008, S. 71 ff.

Zur Beurteilung teilfreigestellter oder zeitweilig freigestellter Personalratsmitglieder

Dr. Leonhard Kathke

Bei der Beurteilung teilfreigestellter und zeitweilig freigestellter Personalratsmitglieder stellt sich die Frage, ob, wie und ggf. bei welchen zeitlichen Grenzen Überlegungen zur fiktiven Laufbahnnachzeichnung einfließen können oder müssen. Der Vergleich mit teilzeitbeschäftigten bzw. beurlaubten Beamtinnen und Beamten ist hier hilfreich. Pauschalierende Ansätze, die an die Regelungen für die Genannten anknüpfen, können Rechtssicherheit und Rechtsfrieden dienen.

I. Einführung

Die Beurteilung von Personalräten verlangt besondere Sorgfalt und überdurchschnittliches Fingerspitzengefühl. Aufgrund meist intensiveren Kontakts mit der oder dem Beurteilenden durch Monatsgespräche und weiterem dienstlichen Austausch sind Personalräte aus der Personalratsarbeit meist gut bekannt. Allerdings ist dies nicht Gegenstand der dienstlichen Beurteilung¹⁾²⁾. Ob gleich gute Kenntnisse auch hinsichtlich der dienstlichen Aufgabenerfüllung gegeben sind, hängt – wie bei allen anderen Beamten auch – vom Einzelfall ab. Zugleich ist das Verbot der Begünstigung und Benachteiligung zu beachten (§ 8 BPersVG)³⁾, das sich ausdrücklich auch auf die berufliche Entwicklung bezieht. Gerade die dienstliche Beurteilung dient als Basis für eine Vielzahl von Entscheidungen im Rahmen der beruflichen Entwicklung, von denen Beförderungen sicher als die bedeutsamsten bezeichnet werden können⁴⁾.

Erschwert wird die Beurteilung, wenn das Personalratsmitglied teilfreigestellt ist bzw. für einen nicht unerheblichen Zeitraum des Beurteilungszeitraums vollständig freigestellt war, sog. zeitweilig freigestellte Personalratsmitglieder. Dadurch wird die tatsächliche Beurteilungsgrundlage weniger umfangreich. In der Praxis ist dann Streit möglich, ob eine Beurteilung überhaupt möglich sei. Behauptet wird z. B., dass teilfreigestellte Personalratsmitglieder nur weniger anspruchsvolle Tätigkeiten übertragen bekämen, da sie bei zeitkritischen Aufgaben angesichts der Teilfreistellung nicht in der Lage wären, die terminlichen Vorgaben zu erfüllen. Als Beispiel seien polizeiliche Ermittlungen in Haftsachen genannt. Zugleich wird die Lösung vorgeschlagen, eine fiktive Laufbahnnachzeichnung vorzuneh-

men. Geäußert wird auch der Wunsch, dem teilfreigestellten Personalratsmitglied ein Wahlrecht zwischen fiktiver Laufbahnnachzeichnung und Beurteilung einzuräumen.

Die für vollständig freigestellte Personalratsmitglieder anzuwendende fiktive Laufbahnnachzeichnung fingiert die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung auf Basis des Befundes vor der Freistellung im Vergleich mit der Entwicklung von zum Zeitpunkt der letzten Beurteilung gleichstarken Beamten und Beamtinnen auf den Zeitpunkt der aktuellen Beurteilung, wobei eine gleichbleibende Leistungsentwicklung beim Personalratsmitglied unterstellt wird.⁵⁾

Letzteres kann aber bei teilweise freigestellten und zeitweilig freigestellten Personalratsmitgliedern anhand der tatsächlich gezeigten Leistungen überprüft werden. Das BAG⁶⁾ geht deshalb davon aus, dass das Benachteiligungsverbot nach § 8, § 46 Abs. 5 SächsPersVG den Arbeitgeber verpflichten kann, bei einer für eine Höhergruppierung maßgeblichen Beurteilung eines teilweise freigestellten Personalratsmitglieds auch dessen Werdegang ohne Freistellung fiktiv nachzuzeichnen und die Ergebnisse der Nachzeichnung neben der Bewertung der dienstlichen Leistungen bei der Höhergruppierungsentscheidung zu berücksichtigen. Im konkreten Fall hatte die Klägerin im Beurteilungszeitraum nur vier von 27 vorgesehenen Schulstunden Un-

1) Vgl. nur BVerwG, ZBR 1992, S. 177; Schnellenbach, Dienstliche Beurteilung, Rn. 222a.

2) Zu den Risiken besonders häufiger Kontakte für eine gleichmäßige Beurteilungspraxis siehe Bieler, Dienstliche Beurteilung, 4. Aufl., Rn. 118.

3) Zu den identischen Normen in den Personalvertretungsgesetzen vgl. die Synopse bei Lorenzen, Bundespersonalvertretungsgesetz, Teil VIII.

4) Näher Schütz, Beamtenrecht, Teil C, Rn. 167 ff. zu § 104.

5) Ausführlich zu dieser Methode siehe Schnellenbach, (Fn. 1), Rn. 222a ff.

6) BAG, ZTR 2004, S. 50. Da es sich um die Auslegung der gleichen Norm handelt und auch der Lebenssachverhalt vergleichbar ist, können die Überlegungen auch für den Beamtenbereich herangezogen werden.

terricht erteilt. Das OVG NRW⁷ verlangt bei zeitweilig freigestellten Personalratsmitgliedern, die seit der letzten dienstlichen Beurteilung während eines ins Gewicht fallenden Zeitraums – in concreto mehr als neun Monate – Dienst geleistet haben, die dabei deutlich gewordene Leistung und Befähigung im Rahmen der Fortschreibung angemessen zu berücksichtigen. Ansonsten könnte sich als Ergebnis der Fortschreibung eine Leistungseinstufung ergeben, die mit feststellbaren tatsächlichen Gegebenheiten nicht übereinstimmt. Das aber stellte sich im Ergebnis als ungerechtfertigte Begünstigung oder Benachteiligung im Verständnis des § 107 S. 1 BPersVG dar.

II. Methode

Methodisch werden damit zwei tendenziell unterschiedliche Ansätze verfolgt. Während das BAG die fiktive Laufbahnnachzeichnung zur Überprüfung und ggf. Korrektur des tatsächlichen Befundes der dienstlichen Beurteilung vorsieht, will das OVG NRW die tatsächliche Arbeitsleistung unmittelbar im Rahmen der fiktiven Laufbahnnachzeichnung berücksichtigen.

Das BAG⁸ begründet seine Überlegungen damit, dass auf die Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs nicht verzichtet werden durfte, obwohl die Klägerin in einem bestimmten, beurteilungsfähigen Umfang Unterrichtstätigkeit erbracht hat. Jedenfalls bei der Freistellung einer Lehrkraft in Höhe von etwa 85 Prozent ihrer Arbeitszeit sei eine Nachzeichnung des Werdegangs neben der Beurteilung der tatsächlich geleisteten Arbeit geboten. Das folge aus dem Zweck des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots in den §§ 8, 46 SächsPersVG. Einem freigestellten Personalratsmitglied dürfe es nicht zum Nachteil gereichen, dass es auf Grund seiner Freistellung für die Arbeit im Personalrat sein Fachwissen und seine spezifische Berufserfahrung nicht in einem Maße weiterentwickeln könne wie vergleichbare Arbeitnehmer. Das gelte nicht nur bei einer vollständigen Freistellung des Personalratsmitglieds, sondern auch bei einer teilweisen Freistellung von der Arbeitsleistung in erheblichem Umfang. Ein Personalratsmitglied, dessen Arbeitszeit auf Grund der Freistellung weitgehend reduziert sei, könne in die Lage kommen, nicht immer die gleichen qualifizierten Leistungen erbringen zu können wie ein dauernd in den Dienstbetrieb eingegliedertes Arbeitnehmer. Bei gleich langer Beschäftigung könne so das angesammelte Erfahrungswissen eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers gegenüber einem teilweise freigestellten Arbeitnehmer wesentlich größer sein und sich auf die Qualität der Arbeitsleistungen auswirken. Deshalb könne es zu einer besseren Beurteilung eines Arbeitnehmers ohne Freistellung als bei einem teilweise von der Arbeit freigestellten Mitarbeiter kommen. Dem sei durch eine fiktive Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs zu begegnen, wenn die Tätigkeit des teilweise freigestellten Personalratsmitglieds zwar noch Grundlage für die Beurteilung sein könne, andererseits der Umfang

der Freistellung so groß sei, dass z. B. Erfahrungswissen nicht im gleichen Maß erworben würde. Das Gericht führt weiter aus, dass bei der Tätigkeit als Lehrkraft gerade das durch die Unterrichtstätigkeit gewonnene Erfahrungswissen eine bedeutsame Rolle für die Leistungsentwicklung habe.

Methodisch ist hier wichtig, klar zu trennen, ob die fiktive Laufbahnnachzeichnung innerhalb der Beurteilung zur Findung des zutreffenden Ergebnisses eingesetzt wird, oder danach als eigenständiges Verfahren zur Überprüfung des im Beurteilungsverfahren gefundenen Ergebnisses. Weicht die tatsächliche Leistungsentwicklung nämlich deutlich von der bisherigen Vergleichsgruppe nach oben oder nach unten ab, können die Verfahren zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die Vorgehensweise des OVG NRW dürfte die Berücksichtigung von deutlichen Leistungssprüngen oder massiven Leistungsabfällen leichter möglich machen, als die Überprüfung und Korrektur durch die anschließende fiktive Laufbahnnachzeichnung. Da das OVG NRW damit den tatsächlichen Gegebenheiten näher kommt, ist die Methode vorzuziehen.

III. Zeitlicher Umfang

Eine Beurteilung auf Grund von nicht mehr repräsentativen Teilleistungen ist sicher ausgeschlossen, weil die dienstliche Beurteilung ein objektives und möglichst vollständiges Bild der Person, der nach dem Arbeitsvertrag oder Dienststellung geschuldeten Tätigkeit und der Leistung des Beurteilten geben soll⁹. Entsprechendes gilt unstrittig für Beamte.

Bei beiden Methoden stellt sich deshalb die Kernfrage, ab welchem zeitlichen Umfang die fiktive Laufbahnnachzeichnung Anwendung finden soll und wie der Umfang genau zu bestimmen ist. Ist allein auf einen Zeitanteil abzustellen oder bedarf es wertender Überlegungen. Zudem stellt sich die Frage, ob im Einzelfall oder generell zu entscheiden ist.

Das BAG hat vier von an sich vorgeschriebenen 27 Unterrichtsstunden, d. h. ca. 85 Prozent im entschiedenen Fall¹⁰ als ausreichende Basis für die dienstliche Beurteilung einer teilfreigestellten Lehrerin angesehen. Der Bundesminister des Innern¹¹ geht davon aus, dass ein nicht mehr repräsentativer Anteil der dienstlichen Tätigkeiten in der Regel anzunehmen ist, wenn ihr Anteil weniger als 25 Prozent der Arbeitszeit ausmacht. Das OVG NRW hat neun Monate dienstliche Tätigkeit ohne Freistellung bei einem dreijährigen Beurteilungszeitraum, d. h. 25 Prozent, berücksichtigt.

Bei der Entscheidung sind verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Auch außerhalb der Personalratstätigkeit existiert eine Reihe von Fällen, in denen die Beurteilungsbasis zeitlich und damit inhaltlich gegenüber dem Regelfall eingeschränkt ist. Zu denken ist vorrangig an Fälle der Teilzeit, die in der tatsächlichen Konstellation der Teilfreistellung entsprechen oder der Beurlaubung für nicht der Beurteilung unterliegende Tätigkeiten, die der zeitweiligen Freistellung gleichkommen.

Eine Einschränkung der Beurteilbarkeit bei Teilzeitkräften kennt dabei weder der Bund noch ein Landesrecht. Unterhäftige Teilzeit kann dabei je nach Ausgestaltung vergleichsweise geringe Anteile an der regelmäßigen Arbeitszeit ausmachen. Beispielsweise sei auf § 2 Abs. 1 S. 1 BayAZV verwiesen, der bei unterhäftiger Teilzeit gemäß Art. 80b Abs. 2 BayBG im Maximalfall zu einer zeitlichen Reduktion von 42 auf 10 Stunden, d. h. 23,81 Prozent der maximalen Beurteilungsgrundlage führt. Seit 1.4.2009 beläuft sich die Relation auf 19,05 Prozent¹². Damit ist im Fall der Teilfreistellung die folgende Lösung konsequent. Eine dienstliche Beurteilung ist solange möglich, als der Anteil der Freistellung größer oder gleich dem

7) OVG NRW, PersR 2008, S. 131 = IÖD 2008, S. 88 = PersV 2008, S. 262.

8) BAG = ZTR 2004, S. 50, Rn. 31.

9) BAG, ZTR 2004, S. 50; BAG, Urteil vom 9.8.1992, E 71, 110.

10) BAG (Fn. 9).

11) Vgl. I 1. 3. Anstrich des Rundschreiben des BMI vom 12.3.2002 – D I 3 – 212152/12, abgedruckt bei Fischer/Goeres in GKÖD V F 011.

12) Der am 1.4.2009 in Kraft getretene Art. 89 Abs. 1 Nr. 1 BayBG i. d. F. vom 29.7.2008 (BayGVBl. 2008, S. 500) reduziert die wöchentliche Mindestarbeitszeit auf acht Stunden, so dass sich die Relation auf 19,05 Prozent reduziert.