OVG Saarlouis (1. Senat), Urteil vom 05.06.2018 - 1 A 727/16**Titel:**

Anspruch eines freigestellten Personalratsmitglieds auf Berücksichtigung bei der Leistungsbesoldung

Normenketten:

BBesG § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1, Abs. 2, § 17, § 17a, § 27 Abs. 6, § 42a

BBesG a.F. § 27 Abs. 7

BLBV § 1, § 2 Abs. 1, Abs. 2, § 3, § 4, § 5, § 9

BLV § 3 Abs. 3

BPersVG § 8, § 46 Abs. 2, Abs. 3

LeistungsTV-Bund § 11 Abs. 5

TVöD § 17, § 18

Amtliche Leitsätze:

- 1. Ein ganz oder teilweise freigestelltes Personalratsmitglied kann auf der Grundlage des Lohnausfallprinzips des § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG beanspruchen, bei den Entscheidungen seines Dienstherrn über die Gewährung der verschiedenen Formen der Leistungsbesoldung in den Kreis der möglichen Empfänger/innen einbezogen zu werden.**
- 2. Leistungsstufe, Leistungsprämie und Leistungszulage haben besoldungsrechtlichen Charakter; sie unterliegen daher primär dem Schutz des Lohnausfallprinzips.**
- 3. Der vor der Freistellung als Personalratsmitglied entstandene Anspruch eines Beamten auf ermessensfehlerfreie Berücksichtigung bei der Zuerkennung leistungsbezogener Besoldung erlischt nicht allein, weil er infolge der Freistellung selbst fortan keine dienstlichen Leistungen erbringen kann, die in den Leistungsvergleich einbezogen werden könnten.**
- 4. Der Erlass des Bundesministeriums des Innern vom 12.3.2002 (D I 3 - 212 152/12) und das Gutachten des Bundesrechnungshofs vom 19.2.2001 (Gz: VII 1 - 1998 - 0005) sind nicht geeignet, einen gesetzlichen Einbeziehungsanspruch bei der Leistungsbesoldung außer Kraft zu setzen.**
- 5. Um seine gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, muss der Dienstherr eine Prognose darüber erstellen, wie der berufliche Werdegang ohne die Freistellung verlaufen wäre (fiktive Nachzeichnung der Laufbahn); er hat einen Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Wahl der Methode und des Verfahrens zur Erstellung der Prognose.**
- 6. Einer - leistungsbesoldungsbezogenen - Nachzeichnung steht es nicht entgegen, wenn zwischen der letzten dienstlichen Beurteilung und dem Zeitraum, für den die fiktive Nachzeichnung erfolgen soll, mehr als 16 Jahre liegen.**

7. Ein freigestelltes Personalratsmitglied kann überdies auf der Grundlage des Beeinträchtigungsverbots des § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG, das seinerseits das allgemeine personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot ausformt, beanspruchen, bei den Entscheidungen des Dienstherrn über die Gewährung der verschiedenen Formen der Leistungsbesoldung mit in den Kreis der möglichen Empfänger/innen einbezogen zu werden.

8. § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG enthält nicht nur die Anordnung, dass die Freistellung eines Personalratsmitglieds nicht zu dessen Benachteiligung im beruflichen Werdegang führen darf; darüber hinaus ist die Vorschrift dahingehend zu verstehen, dass sie ein Gebot an den Dienstherrn enthält, dem freigestellten Personalratsmitglied eine berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, wie sie ohne Freistellung verlaufen wäre.

Rechtsgebiete:

Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Arbeitsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:

BEEINTRÄCHTIGUNGSVERBOT, BEHINDERUNGSVERBOT, BENACHTEILIGUNGSVERBOT, BERUFLICHE ENTWICKLUNG, BESOLDUNG, DIENSTBEZÜGE, ERMESSEN, FREISTELLUNG, GRUNDGEHALT, LEISTUNGSBESOLDUNG, LEISTUNGSBEZAHLUNG, LEISTUNGSPRÄMIE, LEISTUNGSPRINZIP, LEISTUNGSSTUFE, LEISTUNGSZULAGE, LOHNAUSFALLPRINZIP, MINDERUNG, NACHZEICHNUNG, PERSONALRAT, PERSONALRATSMITGLIED, PROGNOSE, STUFENAUFSTIEG, VERGÜTUNG, ZULAGE

vorgehend:

VG Saarlouis, Urteil vom 22.11.2016 - 2 K 812/15

Weiterführende Hinweise:

Revision zugelassen

ECLI:

ECLI:DE:OVGSL:2018:0605.1A727.16.0A

OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

1 A 727/16

URTEIL

vom 05.06.2018

In dem Verwaltungsrechtsstreit

des Polizeihauptkommissars A., A-Straße, A-Stadt,

– Kläger und Berufungsbeklagter –

Prozessbevollmächtigte: B., B-Straße, B-Stadt,

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundespolizeidirektion K., diese vertreten durch ihren Leiter, R.straße 13, K.,

– Beklagte und Berufungsklägerin –

w e g e n

Anspruchs auf Leistungsbesoldung

hat der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch die Vizepräsidentin des Oberverwaltungsgerichts Freichel, den Richter am Oberverwaltungsgericht Helling und den Richter am Verwaltungsgericht Körner aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Juni 2018 für R e c h t erkannt:

Tenor:

Die gegen das aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. November 2016 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts – 2 K 812/15 – eingelegte Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

- 1** Der Kläger begehrt, bei der leistungsbezogenen Besoldung auch als freigestelltes Personalratsmitglied berücksichtigt zu werden.
- 2** Er bekleidet das Amt eines Polizeihauptkommissars im Dienst der Bundespolizei in der Besoldungsgruppe A 11, deren Endstufe er noch nicht erreicht hat. Wegen seiner Tätigkeit im Gesamtpersonalrat bei der Bundespolizeidirektion Koblenz ist er, nachdem er seit 1996 mit Unterbrechungen (von Mai 1999 bis August 2000 sowie von Januar 2004 bis Oktober 2004) ganz oder teilweise freigestellt war, seit Dezember 2009 zu 75% und seit 2016 zu 100% von seinen dienstlichen Verpflichtungen freigestellt.
- 3** Mit Schreiben vom 6.11.2013 beantragte er, ihm eines der leistungsbezogenen Besoldungsinstrumente (Leistungsstufe, Leistungsprämie, Leistungszulage) nach der Bundesleistungsbesoldungsverordnung (BLBV) im Wege der Nachzeichnung seines dienstlichen Werdegangs zu gewähren.
- 4** Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 17.12.2014, das nicht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war, ab. Dabei verwies sie auf einen Erlass des Bundesministeriums des Innern - BMI - (Grundsätzliche Hinweise zur Rechtslage bei der Behandlung und Förderung freigestellter Personalratsmitglieder vom 12.3.2002 - D I 3 - 212 152/12 -), wonach die Vergabe leistungsbezogener Instrumente im Rahmen einer Nachzeichnung ausgeschlossen sei. Des Weiteren führte sie aus, dass bei einer Teilfreistellung als Personalratsmitglied im Umfang von 75% eine Leistungsbezahlung unter Berücksichtigung des anteilig verrichteten Polizeidienstes möglich sei. Von dem diesbezüglichen Vorschlagsrecht habe der Dienstvorgesetzte des Klägers indes keinen Gebrauch gemacht.
- 5** Hiergegen legte der Kläger mit Eingang bei der Beklagten vom 6.2.2015 Widerspruch ein. Zur Begründung führte er aus, er sei einem voll freigestellten Personalratsmitglied gleichzustellen, weil er wegen der Mitgliedschaft in mehreren Gremien der Personalvertretung letztlich seit vielen Jahren tatsächlich keinen Polizeidienst mehr leiste. In rechtli-

cher Hinsicht sei maßgeblich, dass die Freistellung eines Personalratsmitglieds nicht zu dessen Benachteiligung im beruflichen Werdegang führen dürfe und die Gewährung von leistungsbezogenen Besoldungsinstrumenten als Gelegenheit des beruflichen Fortkommens dem beruflichen Werdegang zugerechnet werde. Daher seien nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung Leistungszulagen für freigestellte Personalratsmitglieder in Abhängigkeit vom Ergebnis einer fiktiven Nachzeichnung ihres dienstlichen Werdegangs unter Berücksichtigung der für das jeweilige Personalratsmitglied geltenden Vergleichsgruppe zu gewähren. Der gegenteilige Erlass des BMI verstoße gegen das gesetzliche Verbot der Benachteiligung freigestellter Personalratsmitglieder.

- 6 Mit Widerspruchsbescheid vom 17.6.2015 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, nach der Erlasslage werde dem Benachteiligungsverbot durch den Anspruch freigestellter Personalratsmitglieder auf Fortzahlung ihrer Bezüge einschließlich aller Zulagen, die schon vor der Freistellung gewährt worden seien, Rechnung getragen. Leistungsbezogene Besoldungsinstrumente seien dem Lohnausfallprinzip nicht zuzuordnen. Auch wenn der nur zu 75% freigestellte Kläger keiner dienstlichen Beurteilung mehr unterliegen möge, sei im Falle außerhalb der Freistellung erbrachter herausragender Leistungen eine Leistungsbesoldung nicht ausgeschlossen. Die Dienststellenpraxis belege, dass in der Vergangenheit an ebenfalls zu 75% freigestellte Personalratsmitglieder leistungsbezogene Besoldungsinstrumente vergeben worden seien.
- 7 Am 1.7.2015 hat der Kläger Klage erhoben. Zur Begründung hat er u.a. vorgetragen, über die formale Freistellung zu 75% hinaus sei er wegen seiner Sitzungsteilnahmen, wie bei der Beklagten üblich, faktisch zu 100% freigestellt; er gehe keiner aktiven Tätigkeit im Beamtenverhältnis nach. Daher fehle ihm jede Möglichkeit, bei der Vergabe leistungsbezogener Besoldungsinstrumente in die Auswahl einbezogen zu werden, was gegen das personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot verstoße. Auch nach dem Erlass des BMI vom 12.3.2002 sei jeder Einzelfall gesondert und aufgrund der jeweiligen Gesamtumstände zu beurteilen. Die von der Beklagten 2012 an zwei Personalratsmitglieder - wegen ihrer Personalratstätigkeit - geleistete Prämie sei von diesen ausdrücklich abgelehnt und gespendet worden.
- 8 Der Kläger hat beantragt,
die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 17.12.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.6.2015 zu verpflichten, über die Vergabe einer leistungsbezogenen Besoldung nach der Bundesleistungsbesoldungsverordnung an den Kläger unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.
- 9 Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
- 10 Sie hat im Wesentlichen vorgetragen, aufgrund der geltenden Erlasslage sei es ihr nicht möglich, von Personalratsmitgliedern in ihrer Freistellung erbrachte Leistungen für eine Leistungsbesoldung vorzusehen. Auch könne die dienstliche Tätigkeit von 25% bei der Vergabe der Leistungsprämien Berücksichtigung finden. Nach anfänglichem Bestreiten hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht eingeräumt, dass der Kläger aufgrund seiner Inanspruchnahme durch personalvertretungsrechtliche Angelegenheiten seit Jahren faktisch keinen Polizeidienst mehr leiste. Seine dienstlichen Beurteilungen seien nachgezeichnet worden. Für die 2016 beginnende neue Wahlperiode des Gesamtpersonalrats sei der Kläger förmlich zu 100% vom Dienst freigestellt.

- 11** Mit aufgrund mündlicher Verhandlung vom 22.11.2016 - 2 K 812/15 - ergangenem Urteil hat das Verwaltungsgericht die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 17.12.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.6.2015 verpflichtet, über die Vergabe einer leistungsbezogenen Besoldung nach der Bundesleistungsbesoldungsverordnung an den Kläger unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.
- 12** In den Entscheidungsgründen ist im Wesentlichen ausgeführt, der Neubescheidungsanspruch des Klägers ergebe sich aus dem in § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG geregelten Lohnausfallprinzip und folge auch aus dem Benachteiligungsverbot des § 8 bzw. des § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG. Rechtsgrundlagen für die Leistungsbezahlung an Bundesbeamte seien § 27 Abs. 7 und § 42a BBesG sowie die Bundesleistungsbesoldungsverordnung. Leistungsbezogene Besoldungsinstrumente seien danach Leistungsstufe, Leistungsprämie und Leistungszulage (§ 2 Abs. 1 Satz 1 BLBV). Vollständig vom Dienst freigestellte Personalräte - denen der formal nur zu 75%, aber faktisch vollständig vom Dienst freigestellte Kläger insoweit gleichzustellen sei - hätten nach Maßgabe des gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG zum Schutze der Personalratstätigkeit geltenden Lohnausfallprinzips „und/oder (zumindest)“ des Benachteiligungsverbots nach § 8 i.V.m. § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG einen Anspruch auf Einbeziehung in dieses System der Leistungsbesoldung, wie sich aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sowie einem obiter dictum des Bundesverwaltungsgerichts in dessen Beschluss vom 30.1.2013 - 6 P 5.12 - ergebe. Der im Erlass des BMI geäußerten und nur verwaltungsintern verbindlichen gegenteiligen Rechtsauffassung seien die Gerichte nicht gefolgt. Vielmehr sei der Dienstherr nach dieser Rechtsprechung gehalten, dem freigestellten Personalratsmitglied eine berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, wie sie ohne Freistellung verlaufen wäre, wobei zur beruflichen Entwicklung in diesem Sinne auch die Besoldungsempfängern gegebene Möglichkeit gehöre, durch herausragende besondere oder dauerhafte Leistungen eine Leistungsbezahlung zu erlangen und damit eine temporäre Verbesserung der Dienstbezüge zu erzielen. Diese Rechtsprechung sei auf den Fall des Klägers übertragbar, obgleich dieser in den letzten Jahren, insbesondere im Zeitpunkt seines Antrages auf Gewährung einer Leistungsbesoldung im Jahr 2013 bzw. bis zur Neuwahl des Gesamtpersonalrats bei der Bundespolizei (2016) formal nicht in vollem Umfang, sondern nur zu 75% für seine Tätigkeit im Gesamtpersonalrat der Bundespolizei freigestellt gewesen sei. Unstreitig habe der Kläger aufgrund seiner Inanspruchnahme durch weitere personalvertretungsrechtliche Aufgaben, insbesondere als Mitglied des örtlichen Personalrates seiner Dienststelle, in dieser Zeit tatsächlich keinen Polizeidienst geleistet. Er sei daher für jenen Zeitraum im Hinblick auf die Teilhabe an der Leistungsbezahlung einem vollumfänglich vom Dienst freigestellten Personalrat rechtlich gleichzustellen. Daher werde die Beklagte im Wege der sog. Nachzeichnung der Frage nachzugehen haben, ob dem Kläger ohne die Freistellung eine Leistungsbesoldung gewährt worden wäre. Hinsichtlich der Rechtslage im Einzelnen habe das Verwaltungsgericht Düsseldorf zutreffend dargelegt, dass sich ein Anspruch auf Bescheidung hinsichtlich der Vergabe einer Leistungsprämie oder Leistungszulage nach der BLBV für ein freigestelltes Personalratsmitglied bereits aus § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG ergebe. Nach dieser Vorschrift habe die Versäumnis von Arbeitszeit, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Personalrates erforderlich sei, keine Minderung der Dienstbezüge oder des Arbeitsentgeltes zur Folge. Rechtlich komme es beim so umschriebenen Lohnausfallprinzip allein darauf an, was der Beamte verdient hätte, wenn er nicht freigestellt gewesen wäre, so dass es in tatsächlicher Hinsicht Feststellungen über die - hypothetische - Sachlage bedürfe, die

ohne die Freistellung des Beamten bestanden hätte. Zulagen und Prämien seien während der Freistellung des Personalratsmitglieds weiterzuzahlen, wenn es sich hierbei um Dienstbezüge im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG handele. Das sei im Hinblick auf die Leistungsprämie der Fall, denn nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 und 5 BBesG gehörten, wie näher ausgeführt wird, zu den Dienstbezügen u.a. Zulagen und Vergütungen. Die Beklagte sei somit gehalten, die dargelegten Grundsätze, insbesondere hinsichtlich der gebotenen Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung hinsichtlich herausgehobener Einzelleistungen, auf den Kläger anzuwenden und ihr Ermessen im Hinblick auf die Vergabe einer Leistungsbesoldung an ihn erstmals auszuüben.

- 13** Gegen das ihr am 7.12.2016 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Eingang bei Gericht am 30.12.2016 die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt und diese am 6.2.2017 begründet. Sie trägt vor, das Verwaltungsgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass vollständig vom Dienst freigestellte Personalratsmitglieder von der BLBV und den darin geregelten Leistungsprämien erfasst seien. Deren Ausschluss verstoße nicht gegen § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG. Die Leistungsprämie sei eine Ausnahme und setze herausragende besondere Leistungen voraus. Solche könnten mangels einer konkreten dienstlichen Tätigkeit bei einem freigestellten Personalratsmitglied nicht festgestellt werden. Die vom Kläger verlangte Nachzeichnung seines beruflichen Werdegangs verlange belastbare Tatsachengrundlagen, zu denen aber nichts vorgetragen sei. Bei der Leistungsprämie handele es sich um einen leistungsbezogenen Besoldungsbestandteil. Tätigkeiten als Mitglied der Personalvertretung und darauf beruhende herausragende besondere Leistungen dürften vom Dienstherrn wegen des Behinderungsverbot es nicht bewertet werden, zumal sie von ihr - wegen notwendiger Interessendifferenzen zwischen Personalrat und Dienststelle - nicht sachgerecht bewertet werden könnten. Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung werde der Ausnahmecharakter der Gewährung von leistungsbezogenen Bezahl elementen gesehen. Als Ausnahme könne eine Leistungsprämie nicht in eine Betrachtung eines durchschnittlichen Werdegangs einbezogen werden. Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung sei im Hinblick auf das berufliche Fortkommen auf eine übliche Entwicklung abzustellen; dies sei auf die Vergabe von leistungsbezogenen Bezahl elementen nach der BLBV übertragbar, die ebenfalls Ausnahmecharakter habe. Es liege in der Natur der Sache, dass bei einer fiktiven Fortschreibung des Werdegangs und bei einer rein hypothetischen Betrachtungsweise herausragende Leistungen Einzelner nicht berücksichtigt werden könnten. Der betroffene Beamte werde nicht benachteiligt, wenn herausragende Einzelleistungen unberücksichtigt blieben. Er profitiere davon mittelbar im Rahmen einer fiktiven Nachzeichnung der Beurteilungen, was ausreiche. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung könne etwa nicht verlangt werden, im Wege der Laufbahnnachzeichnung von den herausragenden Leistungen zweier bestimmter Beamter zu profitieren. Herausragende Einzelleistungen seien selten. Es könne lediglich unterstellt werden, dass während der Freistellung die gleichen Leistungen erbracht worden wären, wie sie vor der Freistellung im damaligen Statusamt erbracht worden seien. Die Leistungsprämie sei mit der fiktiven Nachzeichnung eines Werdegangs nicht vereinbar; es handele sich um ein Personalführungsinstrument, um herausragende, tatsächlich erbrachte Einzelleistungen zu honorieren, was bei einem freigestellten Personalratsmitglied nie erreicht werden könne. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts müssten freigestellte Personalratsmitglieder bestimmte Voraussetzungen individuell erfüllen, um etwa einen höheren Dienstposten zu erlangen, und hätten sie keinen Anspruch darauf, von der Erfüllung bestimmter Qualifikations-

merkmale befreit zu werden, wenn diese für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben auf einem Dienstposten erforderlich seien.

- 14** Mit dem BMI sei daran festzuhalten, dass Leistungsprämien für Personalratsmitglieder nur für Leistungen außerhalb der Freistellungszeit gewährt würden; dessen Rundschreiben berücksichtige die sachgerechten Hinweise des Bundesrechnungshofs vom 19.2.2001. Die demgegenüber vom Verwaltungsgericht angeführte Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung äußere sich zur Frage der Gewährung von Leistungsprämien etc. an freigestellte Personalratsmitglieder nur in Form eines obiter dictums, so dass die Streitfrage höchstrichterlich noch nicht geklärt sei. Ob herausragende besondere Leistungen erbracht würden, könne nur individuell für einzelne Beamtinnen und Beamte beurteilt werden, zumal diese Leistungen konkret in einem bestimmten Zeitraum erbracht werden müssten. Da gerade herausragende besondere Leistungen von verschiedenen Faktoren abhingen und selbst bei ein und derselben Person keineswegs als dauerhaft unterstellt werden könnten, sei ein „Quervergleich“ mit Vergleichspersonen erst recht nicht geeignet. Es sei widersprüchlich, wenn die für die Personalratsarbeit freigestellten Tarifbeschäftigten beim beschleunigten Stufenaufstieg „außen vor“ blieben, die freigestellten Beamten aber - ggf. anhand von Nachzeichnungen - grundsätzlich in die Vergabe von Leistungsstufen einbezogen würden. Auch das Bundesverwaltungsgericht habe entschieden, dass von einer tatsächlichen Erprobung nicht abgesehen werden könne, wenn sich eine belastbare Prognose über die Eignung nicht treffen lasse. Der Umstand, dass Vergleichspersonen in einem bestimmten Zeitraum eine besonders herausragende Leistung erbracht hätten, lasse nicht den Schluss zu, dass auch das freigestellte Personalratsmitglied in diesem Zeitraum eine vergleichbar herausragende Leistung erbracht haben würde. Der Begriff der Dienstbezüge in § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG umfasse Leistungsprämien nicht. Bei diesen handele es sich nicht um Zulagen und Vergütungen, denn die Leistungsbezahlung beruhe nicht unmittelbar auf normativen Voraussetzungen, sondern auf einer budgetgebundenen Ermessensentscheidung des Dienstherrn. Freigestellte Personalratsmitglieder seien nicht generell von der Gewährung leistungsbezogener Bezahlelemente ausgeschlossen. Beurteilungsgrundlage könnten nur außerhalb der Freistellungszeit erbrachte Leistungen sein; ebenso könne eine kurz vor der Freistellung erbrachte herausragende Leistung zur Gewährung z. B. einer Leistungsprämie führen. Denkbar sei auch, dass Personalratsmitglieder zeitweise keine Freistellung in Anspruch nähmen oder nur teilweise vom Dienst freigestellt würden; wenn sie dann dienstliche Leistungen erbrächten, könnten diese ggf. bei der Leistungsbezahlung berücksichtigt werden. Ansonsten könne bei der Vergabe von leistungsbezogenen Bezahlelementen an freigestellte Personalratsmitglieder der Eindruck entstehen, dass die Dienststelle Personalratsmitglieder unzulässig beeinflussen wolle.
- 15** Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 22.11.2016 - 2 K 812/15 - aufzuheben und die Klage abzuweisen.
- 16** Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
- 17** Er hält die Berufung aus den Gründen des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils für unbegründet. Seinem aus dem Lohnausfallprinzip sowie dem Benachteiligungsverbot folgenden Anspruch auf leistungsbezogene Besoldung stehe nicht entgegen, dass die Leistungsprämie eine Ausnahme sei und besondere Leistungen voraussetze. Denn aufgrund der Freistellung sei es für ihn ausgeschlossen, persönlich herausragende, besondere

Leistungen zu erbringen, so dass sich das Benachteiligungsverbot nur durch Nachzeichnung durchsetzen lasse. Die von der Beklagten angeführten obergerichtlichen Entscheidungen stützten deren Rechtsauffassung ebenfalls nicht, wie ausführlich dargelegt wird. Es handele sich bei der Leistungsbezahlung nicht um eine budgetgebundene Ermessensentscheidung des Dienstherrn, sondern um einen bei Vorliegen der Voraussetzungen aus dem Besoldungsrecht folgenden gesetzlichen Anspruch.

- 18** Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsunterlagen der Beklagten (ein Heft Verwaltungsakte, zwei Bände Personalakten); dieser war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

- 19** Die Berufung der Beklagten ist gemäß den §§ 124 Abs. 1, 124a Abs. 1 Satz 2 VwGO zulässig. Sie ist fristgerecht eingelegt (§ 124a Abs. 2 Satz 1 VwGO) und begründet worden (§ 124a Abs. 3 VwGO).
- 20** In der Sache erweist sich die Berufung als unbegründet.
- 21** Auf die zulässige Klage hat das Verwaltungsgericht zu Recht den dem Kläger die Gewährung leistungsbezogener Besoldung versagenden Bescheid der Beklagten vom 17.12.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17.6.2015 aufgehoben sowie die Beklagte verpflichtet, über die Vergabe einer leistungsbezogenen Besoldung nach der Bundesleistungsbesoldungsverordnung - BLBV -¹ an den Kläger unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Der angefochtene Ablehnungsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Mangels Spruchreife ist die Beklagte zur Neubescheidung zu verpflichten (§ 113 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 2 VwGO).
- 22** I. Der Kläger kann auf der Grundlage des Lohnausfallprinzips des § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG beanspruchen, bei den Entscheidungen der Beklagten (§§ 27 Abs. 6 bzw. 7, 42a Abs. 2 Satz 7 BBesG i.V.m. § 9 BLBV) über die Gewährung der verschiedenen Formen der Leistungsbesoldung in den Kreis der möglichen Empfänger/innen (§ 2 Abs. 2 BLBV) einbezogen zu werden. Seine frühere teilweise bzw. vollständige sowie seine jedenfalls nunmehr vollständige Freistellung als Personalratsmitglied stehen dem nicht entgegen.
- 23** 1. Rechtsgrundlage für die Gewährung einer Leistungsstufe war bis einschließlich 31.12.2015 § 27 Abs. 7 BBesG in der bis dahin geltenden Fassung vom 11.6.2013 (BBesG a.F.) und ist seither § 27 Abs. 6 BBesG in der Fassung vom 3.12.2015 (BBesG n.F.), jeweils in Verbindung mit den Vorgaben der - gemäß ihrem § 1 für Besoldungsempfänger des Bundes in den Besoldungsgruppen der Besoldungsordnung A geltenden - Bundesleistungsbesoldungsverordnung, insbesondere deren § 3. Danach kann der Dienstherr pro Kalenderjahr bis zu 15% seiner Beamten, die das Endgrundgehalt noch nicht erreicht haben, bei dauerhaft herausragenden Leistungen für den Zeitraum bis zum Erreichen der nächsthöheren Stufe - als Anerkennung - das Grundgehalt der nächsthöheren Stufe (Leistungsstufe) gewähren. Der Anspruch auf Gewährung von Leistungsprämien bzw. Leistungszulagen wiederum beruht auf § 42a BBesG in Verbindung mit den Vorgaben der Bundesleistungsbesoldungsverordnung, insbesondere deren §§ 4 und 5. Hiernach kann der Dienstherr pro Kalenderjahr grundsätzlich bis zu 15% seiner Beamten zur Abgeltung von herausragenden besonderen Leistungen eine Leistungsprämie oder -zulage gewähren.

- 24** Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass diesen Instrumenten der Leistungsbezahlung² besoldungsrechtlicher Charakter zukommt. Gemäß § 2 Abs. 1 BBesG wird die Besoldung der Beamten durch Gesetz geregelt; die Beamten haben Anspruch auf Besoldung, § 3 Abs. 1 Satz 1 BBesG. Das Bundesbesoldungsgesetz sieht als leistungsbezogene Besoldungsbestandteile die Leistungsstufe (§ 27 Abs. 6 bzw. 7 BBesG), die Leistungsprämie und die Leistungszulage (§ 42a Abs. 1 BBesG) vor und statuiert damit deren besoldungsrechtlichen Charakter. Denn zur Besoldung gehört als Bestandteil der Dienstbezüge zunächst das Grundgehalt (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BBesG), das, wie sich aus Abs. 6 bzw. 7 des mit „§ 27 Bemessung des Grundgehalts“ § 27 BBesG ergibt, ggf. auch die Leistungsstufe als „Grundgehalt der nächsthöheren Stufe“ (§ 27 Abs. 6 bzw. 7 BBesG) umfasst. Außerdem erfasst der Besoldungsbegriff nach der gesetzlichen Definition des § 1 Abs. 2 Nr. 4 und 5 BBesG Zulagen und Vergütungen. Zu den Zulagen zählen bereits begrifflich, aber auch ausweislich der Abschnittsüberschrift vor § 42a BBesG („Abschnitt 4 Zulagen, Prämien, Zuschläge, Vergütungen“) die Leistungszulagen. Nichts anderes gilt letztlich für Leistungsprämien, die als „Einmalzahlungen“ (§ 42a Abs. 1 BBesG) ein variables Besoldungsinstrument darstellen und damit vom Vergütungsbegriff erfasst werden.³ Dass auf die Gewährung von Leistungsbezahlung kein unmittelbarer Rechtsanspruch besteht,⁴ sondern diese eine entsprechende Ermessensentscheidung des Dienstherrn voraussetzt, vermag an deren aus dem Gesetz abzuleitenden Besoldungscharakter nichts zu ändern.
- 25** Da der Anspruch des Beamten auf Besoldung mit dem Tag des Wirksamwerdens seiner Ernennung entsteht und, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, erst mit Ablauf des Tages, an dem dieser aus dem Dienstverhältnis ausscheidet, endet (§ 3 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BBesG), steht die Freistellung als Personalratsmitglied vom gesetzlichen Ansatz her einer Berücksichtigung bei der Gewährung von Leistungsbesoldung an freigestellte Personalratsmitglieder nicht entgegen. Vielmehr haben diese gemäß § 3 Abs. 1 BBesG Anspruch auf Leistungsbesoldung als etwaigen Bestandteil ihrer Besoldung.
- 26** Auf der Basis dieser besoldungsrechtlichen Grundlagen regelt § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG, dass „Versäumnis von Arbeitszeit, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Personalrats erforderlich ist, ... keine Minderung der Dienstbezüge ... zur Folge“ hat. Dieses sogenannte Lohnausfallprinzip betrifft die Frage, ob sich das Versäumnis von Arbeitszeit aufgrund der Wahrnehmung von Aufgaben für den Personalrat negativ („Minderung“) auf die Dienstbezüge auswirken darf. Solches wird durch die Vorschrift generell ausgeschlossen und gilt auch für freigestellte Personalratsmitglieder. Das Lohnausfallprinzip ist eine besondere Konkretisierung des allgemeinen personalvertretungsrechtlichen Benachteiligungsverbots nach § 8 BPersVG. Es stellt sicher, dass das freigestellte Personalratsmitglied keine finanziellen Einbußen erleidet, und differenziert weder zwischen verschiedenen Arten von Dienstbezügen noch sieht es Ausnahmen oder Einschränkungen für leistungsbezogene Besoldungsbestandteile vor.⁵ Hinsichtlich besoldungsrechtlicher Ansprüche ist in der Rechtsprechung des für das Beamtenrecht zuständigen Senats des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass diese Ansprüche im Fall der Freistellung wegen einer Personalratstätigkeit sowohl in Bezug auf die eigentlichen Dienstbezüge als auch hinsichtlich etwaiger Ansprüche auf Zulagen, die mit Blick auf die konkrete dienstliche Tätigkeit gewährt werden, unvermindert fortbestehen. Nach dem Lohnausfallprinzip ist die Tatsache, dass eine bestimmte Tätigkeit, wegen der etwa ein Anspruch auf Erschwerniszulage für Dienst zu ungünstigen Zeiten besteht, infolge der Freistellung nicht mehr ausgeübt wird, kein Kriterium dafür, ob diese Zulage weitergezahlt wird.⁶ Maßgeblich ist vielmehr, ob die Zulage den Charakter als Besoldung hat -

dann greift das Lohnausfallprinzip - oder sie einem anderen Zweck dient, wie beispielsweise der Abgeltung bestimmter durch die Dienstleistung veranlasster finanzieller Aufwendungen.

- 27** Bereits der Besoldungsgesetzgeber unterscheidet zwischen Besoldung und Aufwandsentschädigungen (§ 17 BBesG), wie in der Vorschrift des § 17a BBesG zum Ausdruck kommt, nach der der Empfänger für die Zahlung der Besoldung nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 und der Aufwandsentschädigungen nach § 17 ein Konto anzugeben hat. Um eine Abgeltung bestimmter durch die Dienstleistung veranlasster finanzieller Aufwendungen geht es bei den Formen der Leistungsbezahlung erkennbar nicht.
- 28** Da eine Aufwandsentschädigung nicht Besoldung ist, sondern neben dieser und zusätzlich zu ihr gewährt wird,⁷ scheidet ihre Fortzahlung in Zeiten, in denen der Besoldungsempfänger vom Dienst freigestellt ist, mangels abgeltungsfähigen Aufwands aus.⁸ Demgegenüber kommt den leistungsbezogenen Dienstbezügen nicht nur begrifflich, wie dargelegt, sondern, insofern vergleichbar der Erschwerniszulage, auch nach ihrer Zweckrichtung besoldungsrechtlicher Charakter zu. Denn sie dienen schon normativ der „Anerkennung“ einmalig (Leistungsprämie) oder längerfristig (Leistungszulage) herausragender besonderer bzw. dauerhaft herausragender (Leistungsstufe) Leistungen (§§ 3 Satz 1, 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 BLBV); die Leistungsprämie ist zudem „der Höhe ... der erbrachten Leistung entsprechend“ zu bemessen (§ 4 Abs. 2 Satz 2 BLBV). Auch nach den zugrundeliegenden Ermächtigungsnormen intendieren Leistungsprämien und Leistungszahlungen ausdrücklich die „Abgeltung herausragender besonderer Leistungen“ (§ 42a Abs. 1 BBesG) und kann eine Leistungsstufe (nur) bei „dauerhaft herausragenden Leistungen“ gezahlt werden (§ 27 Abs. 6 bzw. 7 BBesG). Alle drei Formen der Leistungsbezahlung stehen damit bereits von Gesetzes wegen in engem Bezug zu erbrachten Leistungen. Sie haben sonach besoldungsrechtlichen Charakter.
- 29** Dem lässt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entgegenhalten, der besoldungsrechtliche Charakter der Zuerkennung einer Leistungsstufe, einer Leistungsprämie oder einer Leistungszulage sei zu verneinen, weil sich deren Bedeutung in derjenigen eines Personalführungsinstruments erschöpfe bzw. hierin ihren Schwerpunkt finde. Wie dargelegt, sprechen die gesetzlichen Grundlagen und die in ihnen festgelegten Zweckrichtungen der verschiedenen Formen der Leistungsbezahlung eine andere Sprache. Denn danach honorieren diese Instrumente bereits erbrachte dienstliche Leistungen. Sie dienen demgemäß allenfalls indirekt über die mit ihrer Vergabe naturgemäß verbundene Anreizfunktion der Personalführung, mögen also zugleich auch eine entsprechende Reflexwirkung nach sich ziehen. Die Gesetzessystematik und ihre Zielrichtung, das Leistungsprinzip zu stärken,⁹ sprechen hingegen mit Gewicht dafür, dass sie primär besoldungsrechtlichen Charakter haben.
- 30** 2. Handelt es sich bei den Formen der Leistungsbezahlung mithin um besoldungsrechtliche Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis, so führt dies zugleich dazu, dass sie im Falle einer Freistellung wegen Personalratstätigkeit dem Schutz des in § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG verankerten Lohnausfallprinzips unterliegen. Denn dem Beamten und damit auch dem Personalratsmitglied steht - im zeitlichen Vorfeld der Freistellung - zwar kein unmittelbarer gesetzlicher Anspruch auf Gewährung einer Leistungsstufe, Leistungsprämie oder Leistungszulage zu, wohl aber ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung des Dienstherrn über die Vergabe derartiger Besoldungsbestandteile unter vergleichender Berücksichtigung der in seinem Zuständigkeitsbereich erbrachten Leistungen aller ihm zugeordneter Beamter.

- 31** Dabei ist der Kläger einem freigestellten Personalratsmitglied auch für den Zeitraum vor seiner förmlichen Freistellung zu 100% gleichzustellen, weil er im Zeitraum seit seiner Antragstellung im Jahr 2013 ausschließlich personalvertretungsrechtliche Aufgaben wahrgenommen und tatsächlich keinerlei Polizeidienst geleistet hat, wie die Beklagte in Übereinstimmung mit der Aktenlage in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht unstreitig gestellt¹⁰ und auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt hat.¹¹
- 32** Der jedem Bundesbeamten einer Besoldungsgruppe der Besoldungsordnung A (§ 27 Abs. 6 bzw. 7 BBesG i.V.m. § 1 BLBV und § 42a BBesG i.V.m. § 1 BLBV) zustehende und damit auch für den Kläger vor seiner Freistellung entstandene Anspruch auf ermessensfehlerfreie Berücksichtigung bei der Zuerkennung leistungsbezogener Besoldung konnte nicht allein deshalb erlöschen bzw. zum Ruhen kommen, weil er selbst fortan infolge der Freistellung keine dienstlichen Leistungen erbringen konnte, die in den Leistungsvergleich einbezogen werden könnten. Hiergegen spricht bereits die Regelung des § 3 Abs. 2 BBesG, nach der der Anspruch auf Besoldung, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, (erst) mit Ablauf des Tages endet, an dem der Beamte aus dem Dienstverhältnis ausscheidet, was bei einer Freistellung gerade nicht der Fall ist.
- 33** Geht es sonach rechtlich um die Gewährung von Besoldungsbestandteilen, so ist die Frage einer Teilhabe während der Freistellungszeit primär besoldungsrechtlicher Natur. Daraus folgt, dass sie in der insofern spezielleren Vorschrift des das Lohnausfallprinzip konstituierenden § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG zu verorten ist.
- 34** Gegen die Annahme eines Erlöschens bzw. Ruhens des besoldungsrechtlichen Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Teilhabe an der Leistungsbesoldung streitet die aufgezeigte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Reichweite des Lohnausfallprinzips. Hiernach ist die Tatsache, dass eine bestimmte Tätigkeit, wegen der eine Zulage gewährt wird, infolge der Freistellung nicht mehr ausgeübt wird, gerade kein Kriterium dafür, ob diese Zulage weitergezahlt wird; maßgeblich ist allein, ob die Zulage besoldungsrechtlichen Charakter hat.¹²
- 35** Dem lässt sich nicht überzeugend entgegenhalten, das im Lohnausfallprinzip des § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG vorausgesetzte Merkmal der Minderung der Bezüge sei ausschließlich auf das zu beziehen, was dem Beamten im Zeitpunkt der Freistellung an Besoldung zugestanden hat. Der Senat verkennt nicht, dass der vornehmlich zur Auslegung des Regelungsgefüges der §§ 8 und 46 Abs. 2 Satz 1 bzw. Abs. 3 Satz 6 BPersVG berufene Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts¹³ - ebenso wie der für Personalvertretungsrecht zuständige Fachsenat des Oberverwaltungsgerichts Hamburg -¹⁴ wohl davon ausgeht, dass § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG unter den vorliegenden Gegebenheiten nicht einschlägig ist; diesbezüglich sei vielmehr im Rahmen einer Klage aus dem Beamtenverhältnis auf die Regelung des § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG zurückzugreifen. Soweit hierauf verweisend in der obergerichtlichen Rechtsprechung¹⁵ die Auffassung vertreten wird, eine Leistungsbezahlung, über die nach Beginn der Freistellung erstmals oder erneut zu entscheiden ist, sei vom Anwendungsbereich des § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG nicht erfasst, wird die aufgezeigte Problematik eines Fortbestehens des Anspruchs auf Einbeziehung in die vom Dienstherrn zu treffende Entscheidung über die Vergabe leistungsbezogener Besoldungsbestandteile nicht erörtert, wengleich dieser Gedanke der Sache nach die Erwägungen des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen mitbestimmt. Dies erschließt sich aus der Formulierung, „da ansonsten die Gruppe der freigestellten Personalratsmitglieder im Verhältnis zu ihren nicht freigestellten Kollegen wegen

ihrer Tätigkeit für den Personalrat in Richtung auf die mögliche Teilhabe an einem bestimmten Besoldungsinstrument von vornherein benachteiligt wäre. Sie wäre nämlich ihrer im Einzelfall realen Chance, wie vergleichbar leistungsstarke nicht freigestellte Kollegen für eine herausragende Einzelleistung zusätzlich zu ihrer sonstigen („normalen“) Besoldung eine Leistungsprämie zu erhalten, generell beraubt, ohne dass es auf das Leistungsvermögen der betroffenen einzelnen Person ankäme.“

- 36** Es geht hinsichtlich der Teilhabe an der Leistungsbesoldung nicht darum, dass ein Anspruch auf Einbeziehung in die gebotene Ermessensentscheidung über deren Gewährung für den Beamten nach seiner Freistellung erstmals oder erneut entstünde. Vielmehr bestand dieser Anspruch bereits vor der Freistellung des Beamten. Was fortbesteht, ist mit anderen Worten nicht etwa ein unmittelbarer Anspruch auf Gewährung von Leistungsbesoldung, der dem Beamten auch vor seiner Freistellung nicht zukam, sondern allein der Anspruch auf Einbeziehung in die diesbezügliche Ermessensentscheidung. Auch insoweit schreibt das Lohnausfallprinzip nach Dafürhalten des Senats vor, das freigestellte Personalratsmitglied so zu stellen, wie es stünde, wenn es nicht freigestellt wäre. Das freigestellte Personalratsmitglied hat auf der Basis des Lohnausfallprinzips Anspruch auf die Besoldung, die es erhielte, wenn es in seinem bisherigen Aufgabenbereich verblieben wäre. Diese Auslegung des Lohnausfallprinzips, so das Bundesverwaltungsgericht,¹⁶ „entspricht dem Charakter der Vorschrift als einer Konkretisierung des allgemeinen personalvertretungsrechtlichen Benachteiligungsverbots.“ Unter der Prämisse, dass die Besoldung des Beamten die in Rede stehende Leistungsbesoldung in Gestalt eines entsprechenden Einbeziehungsanspruchs umfasst, ist es geboten, diesen höchstrichterlichen Ansatz folgerichtig auch auf diesen Ermessensanspruch anzuwenden.
- 37** Würde dieser Anspruch durch die Freistellung untergehen bzw. zum Ruhen gebracht, so wäre damit das in § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG vorausgesetzte Merkmal der Minderung der Bezüge insofern erfüllt, als der freigestellte Beamte allein hierauf beruhend seines Anspruchs auf Einbeziehung in die vom Dienstherrn zu treffende Entscheidung über die Vergabe leistungsbezogener Besoldungsbestandteile und damit seiner im Einzelfall realen Chance auf Gewährung von Leistungsbesoldung generell beraubt wäre.¹⁷ Das Lohnausfallprinzip wäre also sowohl betroffen als auch verletzt.
- 38** In diesem Sinne wird auch in der Kommentarliteratur vertreten, dass jedenfalls eine generelle Herausnahme von freigestellten Personalratsmitgliedern aus der Leistungsbesoldung „im Widerspruch zu den von der Rechtsprechung des BAG und des BVerwG entwickelten Grundsätzen zum Lohn- oder Entgeltausfallprinzip“ steht.¹⁸ Stellt sich die Situation mithin in tatsächlicher Hinsicht nicht anders dar als in den Fällen, in denen es um den Anspruch eines freigestellten Personalratsmitglieds auf Beförderung geht und in denen das Benachteiligungsverbot des § 46 Abs. 3 Satz 6 i.V.m. § 8 BPersVG einen Anspruch vermittelt, im Wege der Nachzeichnung der dienstlichen Leistungen in die Beförderungsauswahl einbezogen zu werden, so kann in Bezug auf den aufgezeigten fortbestehenden Teilhabeanspruch nichts anderes gelten.
- 39** 3. Die Beklagte stützt sich für ihre gegenteilige Rechtsauffassung im Kern auf einen Erlass des Bundesministeriums des Innern (BMI) vom 12.3.2002.¹⁹ Dort heißt es (unter Ziff. II, 3. Spiegelstrich):
- „Für die Gewährung von Leistungsstufen, Leistungsprämien und Leistungszulagen bzw. entsprechende Vergünstigungen im Arbeitnehmerbereich gilt folgendes: Beurteilungsgrundlage kann nur eine Leistung außerhalb der Freistellungszeit sein. Diese Instrumente dienen der Honorierung einer aktuellen Leistungssteigerung. Die Personalratstätigkeit

ist aber jeder Bewertung entzogen. Das Lohnausfallprinzip greift nicht ein, da die Beschäftigten keinen Anspruch haben, sondern der Dienststelle ein Ermessensspielraum zusteht. Allenfalls eine kurz vor der Freistellung erbrachte herausragende Leistung kann daher zu einer Anwendung dieser Instrumente während der Freistellungsphase führen. Eine vor der Freistellung erfolgte Gewährung bleibt allerdings durch die Freistellung immer unberührt, d.h. die Freistellung hat auch keine Auswirkungen auf die vorherige Festsetzung der Leistungsstufe und ein Widerruf der Leistungszulage wegen Leistungsabfalls scheidet ebenfalls aus.“

- 40** Bei dieser - wie der Beklagten zuzugeben ist, im Falle ihrer wortlautgetreuen Anwendung auf den Kläger sein vorliegendes Begehren ausschließenden - Erlassregelung handelt es sich indes um allein die Verwaltung bindendes sog. Innenrecht, welches für die Norminterpretation durch die Gerichte keine Bindungswirkung entfalten kann.²⁰ Denn ein Gesetz kann nicht durch eine allgemeine Verwaltungsvorschrift außer Kraft gesetzt oder geändert werden.²¹ Die in der Normenhierarchie nachrangige Erlassregelung ist deswegen evident nicht geeignet, den gesetzlich begründeten Anspruch des Klägers außer Kraft zu setzen. Demgemäß misst die - soweit ersichtlich - einhellige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in Bund und Ländern²² der Erlassregelung keine entscheidungserhebliche Bedeutung bei und wird im Übrigen, soweit erkennbar, von der neueren Kommentarliteratur überwiegend unterstützt.²³ Nichts anderes gilt selbstredend für die dem BMI-Erlass offenbar zugrunde liegende Stellungnahme des Bundesrechnungshofs²⁴, die erst Recht nicht geeignet ist, die sich aus den dargelegten gesetzlichen Vorschriften ergebenden Rechtsansprüche des Klägers einzuschränken oder gar auszuschließen.
- 41** Hinzu kommt, dass der genannte Erlass vom 12.3.2002 insofern überholt erscheint, als der Ausschluss des Lohnausfallprinzips wirkungsgleich für „entsprechende Vergünstigungen im Arbeitnehmerbereich“ gelten soll. Denn für Arbeitnehmer bestimmt § 11 Abs. 5 Satz 1 des Tarifvertrags über das Leistungsentgelt für die Beschäftigten des Bundes (LeistungsTV-Bund) vom 25.8.2006, dass „Beschäftigte, die ... zu 75 v.H. und mehr ihrer individuellen durchschnittlichen Arbeitszeit freigestellt sind, ... ohne Leistungsfeststellung ein Leistungsentgelt in Höhe des Durchschnittsbetrages der Beschäftigten ihrer jeweiligen Tarifgruppe“ erhalten. Damit ist aber das Lohnausfallprinzip für freigestellte Arbeitnehmervertreter/innen tarifvertraglich verankert und konkretisiert, so dass die Erlassregelung insofern durchbrochen ist. Dieser Umstand bestätigt, dass das Lohnausfallprinzip - entsprechend der auch vom Erlassgeber erkennbar beabsichtigten grundsätzlichen Gleichbehandlung hinsichtlich der Leistungsbezahlung - nicht nur für freigestellte Personalratsmitglieder des Arbeitnehmerbereichs, sondern ebenso für solche des Beamtenbereichs zur Anwendung zu bringen ist.
- 42** 4. Was die Beklagte im Weiteren gegen die Anwendung des personalvertretungsrechtlichen Lohnausfallprinzips auf freigestellte Personalratsmitglieder vorbringt, überzeugt nicht.
- 43** a) Zwar trifft es zu, dass sich die herausragenden besonderen oder dauerhaften Leistungen, die Voraussetzung für die Gewährung von Leistungsbezahlung sind, nach Sinn und Zweck der Bundesleistungsbesoldungsverordnung auf solche beziehen müssen, die im Rahmen von dienstlichen Tätigkeiten erfolgen. Ebenso zutreffend geht die Beklagte davon aus, dass Tätigkeiten als Mitglied der Personalvertretung und darauf beruhende herausragende besondere Leistungen von ihr wegen des Behinderungsverbotes nicht bewertet werden dürfen und darüber hinaus - wegen der sachimmanenten Interessendiffe-

renzen zwischen Personalrat und Dienststelle - auch nicht sachgerecht bewertet werden können. Gleichwohl ist es für die Beklagte, wie bei der auch sonst gebotenen Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs,²⁵ nicht unmöglich, festzustellen, ob das freigestellte Mitglied der Personalvertretung ohne die Freistellung von der Möglichkeit, herausragende besondere oder dauerhafte Leistungen bei der dienstlichen Tätigkeit zu vollbringen, Gebrauch gemacht hätte.²⁶

- 44** Um seine gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, muss der Dienstherr eine Prognose darüber erstellen, wie der berufliche Werdegang ohne die Freistellung verlaufen wäre. Vergleichsmaßstab ist diejenige Lage, in der das Personalratsmitglied voraussichtlich stünde, wenn es nicht freigestellt worden und in seinem bisherigen Aufgabenbereich verblieben wäre.²⁷ Dies wiederum hängt von der voraussichtlichen Entwicklung der dienstlichen Leistungen ab (fiktive Nachzeichnung der Laufbahn). Auf welche Weise der Dienstherr diesen Vergleich durchführt, obliegt grundsätzlich seiner Entscheidung.²⁸ Er hat einen Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Wahl der Methode und des Verfahrens zur Erstellung der Prognose.
- 45** Ein Regelungskonzept für die fiktive Nachzeichnung ist geeignet, wenn seine Anwendung zu nachvollziehbaren, weil durch Tatsachen fundierten Aussagen über die fiktive Leistungsentwicklung und den sich daraus ergebenden Werdegang führt. Insofern ist allgemein anerkannt, dass die Bildung einer Vergleichsgruppe ein geeignetes Mittel zur fiktiven Nachzeichnung darstellt. Es wird fingiert, dass das freigestellte Personalratsmitglied eine berufliche Entwicklung genommen hätte, die der durchschnittlichen Entwicklung der Mitglieder der Vergleichsgruppe entspricht.²⁹ Sonach ist auf die betriebsübliche berufliche Entwicklung nicht freigestellter Kollegen abzustellen, wobei die daraus folgende bloße Möglichkeit der Gewährung von Leistungsbesoldung kaum hinreichend ist. Der Geschehensablauf muss vielmehr solcher Art sein, dass vergleichbar qualifizierte Beamte, die Vergleichspersonen, nach den Gegebenheiten der Dienststelle jedenfalls gelegentlich in den Genuss einer Leistungsbesoldung gekommen sind und kommen und bei konkreter, aber fiktiver Betrachtung und Fortschreibung seines bisherigen beruflichen Werdegangs zu erwarten wäre, dass das freigestellte Personalratsmitglied im Vergleich mit den anderen Bediensteten ebenfalls diese Leistungsbezahlung erhalten hätte.³⁰
- 46** Die Leistungsbesoldung soll herausgehobene Einzelleistungen bestimmter Beamter besonders honorieren. Das ist ein Vorgang, der üblicherweise zu den Personalakten genommen wird und insofern die berufliche Entwicklung in einem gewissen Grad mit kennzeichnet. Um derartige herausragende Leistungen zu erbringen, bedarf es auf Seiten des Beamten einer entsprechend ausgeprägten fachlichen oder persönlichen Befähigung bei zugleich vorhandener Leistungsmotivation.³¹
- 47** Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang - vordergründig naheliegend - argumentiert, die Leistungsbesoldung sei mit der fiktiven Nachzeichnung eines Werdegangs nicht vereinbar, da diese dazu diene, tatsächlich erbrachte herausragende Einzelleistungen zu honorieren und dieser Zweck bei einem freigestellten Personalratsmitglied nie erreicht werden könne, überzeugt dieses Vorbringen nicht. Den Einwand, es sei keine tatsächliche Leistung erbracht worden, könnte man einer fiktiven Laufbahnnachzeichnung generell entgegenhalten. Gleichwohl ist diese z.B. in § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 der Bundeslaufbahnverordnung (BLV) ausdrücklich vorgesehen. Es spricht nichts dagegen, sie auch mit Blick auf die gebotene Ermessensentscheidung über die Gewährung von Leistungsbesoldung zur Anwendung zu bringen.

Gleichermaßen erscheint es mit Blick auf die Leistungsbesoldung, wie in anderen Konstellationen, nicht ausgeschlossen, dass eine geeignete Vergleichsgruppe gebildet werden kann, die aus nicht freigestellten Beamten besteht, welche sich nach ihrem Leistungs- und Befähigungsbild einschließlich eines etwa sichtbar gewordenen Entwicklungspotenzials mit dem freigestellten Personalratsmitglied im Zeitpunkt des Beginns seiner Freistellung in einer wesentlich vergleichbaren Situation befunden haben. Welche Beamte hierunter zu fassen sind, lässt sich dabei insbesondere anhand von Aussagen zum Leistungsstand und -potential in dienstlichen Beurteilungen aus der betreffenden Zeit feststellen. Bei einer Orientierung an solchen im beruflichen Werdegang sowie im Leistungsstand „vergleichbaren Kollegen“, die nicht notwendig derselben Besoldungsgruppe angehören müssen, wäre es ausgeschlossen, dass der freigestellte Beamte - unzulässig begünstigend - von den Leistungen einzelner weniger Spitzenbeamter profitieren würde. Es wäre vielmehr im Einzelnen festzustellen, wie sich die jeweilige Vergleichsgruppe, was den Erhalt von Leistungsbesoldung betrifft, tatsächlich weiter entwickelt hat, oder ob etwa wirklich nur die in den Beurteilungen mit Abstand Leistungsstärksten („Spitzenkräfte“) in den Genuss der Leistungsbesoldung gekommen sind. Wie der Dienstherr dabei im Einzelnen - ggf. typisierend - vorgeht, liegt in seinem Ermessen. Wegen der Geltungskraft und Bedeutung des Lohnausfallprinzips überschreitet es hingegen die Grenzen dieses Ermessens, wenn, wie hier, die Gruppe der freigestellten Personalratsmitglieder aus dem Kreis der potentiell für eine Leistungsbesoldung anspruchsberechtigten Beamten von vornherein ausgeschlossen wird.³²

- 49** Auch etwaige Schwierigkeiten der konkreten Umsetzung vermögen daran nichts zu ändern. Richtig ist freilich, dass die fiktive Nachzeichnung gerade, was Einzelleistungen der hier in Rede stehenden Art betrifft, in der Praxis mitunter schwierig zu bewerkstelligen sein mag. Das gilt aber in gewissem Maße auch für sonstige, etwa für Beförderungen/Stellenbesetzungen notwendige Nachzeichnungen von Beurteilungen. Dass für die hier im Streit stehende Fallgruppe eine Nachzeichnung von vornherein unmöglich wäre, zeigt das Vorbringen der Beklagten nicht auf.
- 50** Dass die fiktive Fortschreibung vergangener Beurteilungen als in mehreren Punkten hypothetische Vergleichsbetrachtung eine belastbare Tatsachengrundlage voraussetzt und die tatsächliche Möglichkeit einer belastbaren Prognose auch von der Dauer des Zeitraums abhängig ist, der zwischen der letzten beurteilten Dienstleistung und dem Zeitraum liegt, für den die fiktive Fortschreibung erfolgen soll, rechtfertigt fallbezogen keine andere Sichtweise. Ab welcher Zeitspanne die tatsächlichen Erkenntnisse eine Prognose über die Leistungsentwicklung nicht mehr tragen können, ist eine Frage des Einzelfalls.³³ Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem solchen Einzelfall eine tatsächliche Prognosemöglichkeit - für die Frage einer fiktiven Fortschreibung einer früheren Regelbeurteilung - verneint, wenn zwischen der letzten Beurteilung und dem Stichtag, zu dem die fiktive Fortschreibung zu erstellen ist, mehr als 16 Jahre liegen.³⁴
- 51** Dass der Kläger bereits seit 1996 mit kurzen Unterbrechungen freigestellt ist und seine letzte reguläre dienstliche Beurteilung nach Aktenlage vom 27.5.1994 datiert sowie er einen Antrag auf Leistungsbesoldung im Wege der Nachzeichnung erst im Jahr 2013 gestellt hat, so dass zwischen der letzten beurteilten Dienstleistung und dem Zeitraum, für den die fiktive Fortschreibung erfolgen soll, mehr als 16 Jahre liegen, steht einer auf die Leistungsbesoldung beschränkten Nachzeichnung nicht entgegen.
- 52** Das ergibt sich in tatsächlicher Hinsicht daraus, dass die Freistellungen des Klägers nach Aktenlage zwei Mal (von Mai 1999 bis August 2000 sowie von Januar 2004 bis Oktober

2004) unterbrochen waren und der Kläger seit dem Beginn seiner Freistellungen mehrfach befördert wurde. Unabhängig von der Frage, ob er in den Zeiträumen, in denen er nicht freigestellt war, dienstlich beurteilt wurde (den vorgelegten Personalakten lässt sich dies nicht entnehmen), und/oder - wie geboten - aus Anlass seiner mehrfachen Beförderungen entsprechende Nachzeichnungen erfolgt sind (was die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht vorgetragen hat, sich aber den Personalakten nicht entnehmen lässt und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat weder vom Kläger noch von der Beklagten bestätigt werden konnte), lag damit der Zeitpunkt seiner letzten - wenngleich sehr kurzen - dienstlichen Tätigkeit im Jahr 2004 bei seiner Antragstellung im Jahr 2013 weniger als 10 Jahre zurück, so dass eine Nachzeichnung hier tatsächlich noch möglich erscheint, zumal ein etwaiges Unterlassen einer damaligen Beurteilung durch die Beklagte nicht zu seinen Lasten gehen darf.

- 53** Aber auch wenn als Anknüpfungspunkt - was naheliegend erscheinen mag - auf zuletzt vor einer ersten Freistellung im Jahre 1996 dokumentierte Erkenntnisse zurückgegriffen werden müsste, muss in rechtlicher Hinsicht gesehen werden, dass es vorliegend nicht um die Nachzeichnung einer dienstlichen Beurteilung geht, sondern um die Nachzeichnung (fiktiver) dauerhaft herausragender bzw. herausragender besonderer Leistungen. Es ist weder substantiiert vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass eine - leistungsbesoldungsbezogene - Nachzeichnung - ggf. ausgehend von den Gegebenheiten vor 1996 - an Hand einer Vergleichsgruppe im vorliegenden Einzelfall tatsächlich nicht möglich wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Dienstherr hierfür die Häufigkeit der Gewährung von Leistungsbesoldung bei im beruflichen Werdegang sowie im Leistungsstand „vergleichbaren Kollegen“ ermitteln und auf diese zurückgreifen kann.
- 54** b) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte auf den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 14.12.2007.³⁵ Danach konnte der Antragsteller jenes Verfahrens nicht verlangen, im Wege der Laufbahnnachzeichnung von den herausragenden Leistungen zweier bestimmter Beamter zu profitieren. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat hierzu in einem späteren Urteil ausgeführt, dem damaligen Beschluss sei schon nicht zu entnehmen, dass die beiden Beamten mit herausragenden Leistungen zur maßgeblichen Vergleichsgruppe gehörten. Unabhängig hiervon könne der Umstand, dass herausragende Einzelleistungen in der konkreten Praxis des Dienstherrn nur selten festgestellt und honoriert würden, mit sich bringen, dass solche Leistungen für ein freigestelltes Personalratsmitglied im Ergebnis nur selten zu fingieren sein könnten. Dies wäre dann aber Folge der konkreten Vergleichsgruppenentwicklung sowie der tatsächlichen Praxis des Dienstherrn und nicht schon von vornherein für jeden Einzelfall ausgeschlossen.³⁶ Schließlich geht der Hinweis der Beklagten auf eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 5.8.2013³⁷, nach der eine fiktive Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung eines freigestellten Personalratsmitglieds sich nicht auf die Teilhabe am beschleunigten Stufenaufstieg erstreckt, fehl. Die angeführte arbeitsgerichtliche Entscheidung ist nicht einschlägig bzw. übertragbar, weil sich der - im Tarifrecht als Ausnahme in sachlich begründeten Einzelfällen sowie als Maßnahme zukunftsgerichteter Personalentwicklung konzipierte - beschleunigte Stufenaufstieg nach § 17 TVöD seinem Wesen nach von einer im Beamtenrecht ausdrücklich als Anerkennung bestimmter bereits erbrachter Leistungen und für immerhin grundsätzlich bis zu 15% und ausnahmsweise sogar einen größeren Anteil³⁸ der Betroffenen vorgesehenen Leistungsbesoldung unterscheidet. Als Parallele im Bereich der Tarifbeschäftigten kommt allenfalls die Leistungsbesoldung nach § 18 TVöD (Bund) in Betracht, die indes nach dem

bereits erwähnten Tarifvertrag vom 25.8.2006 den freigestellten Tarifbeschäftigten ohne Leistungsfeststellung in Höhe eines Durchschnittsbetrags zuteil wird.

- 55** Nach alldem vermittelt bereits das - sich als Konkretisierung des allgemeinen personalvertretungsrechtlichen Benachteiligungsverbots des § 8 BPersVG darstellende - Lohnausfallprinzip des § 46 Abs. 2 Satz 1 BPersVG (in Verbindung mit §§ 27, 42a BBesG und der Bundesleistungsbesoldungsverordnung) dem Kläger den geltend gemachten Anspruch, im Wege der Nachzeichnung an der Einbeziehung in die ermessensgerechte Entscheidung über die Vergabe leistungsbezogener Besoldungsbestandteile teilzuhaben.
- 56** II. Der Kläger kann überdies auf der Grundlage der §§ 27, 42a BBesG i.V.m. den Vorgaben der Bundesleistungsbesoldungsverordnung und dem Beeinträchtigungsverbot des § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG, das seinerseits das allgemeine personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot des § 8 BPersVG ausformt, beanspruchen, bei den Entscheidungen der Beklagten über die Gewährung der verschiedenen Formen der Leistungsbezahlung, der nach den obigen Ausführungen besoldungsrechtlicher Charakter zukommt, mit in den Kreis der möglichen Empfänger/innen einbezogen zu werden.
- 57** Lohnausfallprinzip und Benachteiligungsverbot stehen als Ausprägungen des § 8 BPersVG selbständig nebeneinander. Je nach zu beurteilender Sachlage ergänzen sich ihre Tatbestände wechselseitig, um die gesamte Bandbreite möglicher, aber nicht zulässiger Benachteiligungen freigestellter Personalratsmitglieder zu erfassen, oder greifen sie infolge dieser gemeinsamen Zielrichtung gleichzeitig mit der Folge der Unzulässigkeit einer Benachteiligung ein.
- 58** 1. Nach § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG darf die Freistellung eines Personalratsmitglieds von seiner dienstlichen Tätigkeit nicht zur Beeinträchtigung seines beruflichen Werdegangs führen. Dieses spezielle gesetzliche Benachteiligungs- bzw. Beeinträchtigungsverbot enthält eine für die Arbeit der Personalvertretungen konstituierende Regelung. Sie bezweckt den Schutz sowohl der Institutionen als auch der beteiligten Personen. Das Beeinträchtigungsverbot dient ebenso wie das Ehrenamtsprinzip und das Begünstigungsverbot der inneren und äußeren Unabhängigkeit der Personalratsmitglieder. Die Schutznorm soll gewährleisten, dass die Personalratsmitglieder ihr Amt unbeeinflusst von der Furcht vor Benachteiligungen und unbeeinflusst von der Aussicht auf Begünstigungen wahrnehmen. Darüber hinaus wird vermieden, dass qualifizierte Bedienstete von einer Mitarbeit in den personalvertretungsrechtlichen Organen Abstand nehmen, weil sie Sorge haben, aus Anlass der ehrenamtlichen Tätigkeit ihre beruflichen Perspektiven zurückstellen zu müssen.³⁹
- 59** Die in § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG enthaltene Konkretisierung des allgemeinen personalvertretungsrechtlichen Benachteiligungsverbots gilt nach der Klarstellung in § 8 Halbs. 2 BPersVG auch für die berufliche Entwicklung. § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG enthält, im Lichte des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 8 BPersVG verstanden, nicht nur die Anordnung, dass die Freistellung eines Personalratsmitglieds nicht zu dessen Benachteiligung im beruflichen Werdegang führen darf. Darüber hinaus ist die Vorschrift dahingehend zu verstehen, dass sie ein Gebot an den Dienstherrn enthält, dem freigestellten Personalratsmitglied eine berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, wie sie ohne Freistellung verlaufen wäre.⁴⁰
- 60** Nach § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG kann das Personalratsmitglied unter Umständen verlangen, im Wege einer fiktiven Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs befördert, höhergruppiert oder aus einer höheren Entgeltgruppe bezahlt zu werden.⁴¹ Nichts anderes gilt für die Gewährung leistungsbezogener Besoldungsinstrumente. Denn der Begriff

der beruflichen Entwicklung erfasst nicht nur die Möglichkeit einer Beförderung, sondern auch deren Vorstufen wie beispielsweise Fortbildung und Weiterqualifizierung; ebenso handelt es sich bei der hier in Rede stehenden Möglichkeit, durch herausragende besondere oder dauernde Leistungen Leistungsbesoldung zu erlangen, um Gelegenheiten beruflichen Fortkommens. Mit der Leistungsbesoldung wird nicht nur die erbrachte herausragende dauerhafte oder besondere Leistung für die spätere Leistungsbeurteilung dokumentiert, sondern mit ihr erwirbt der Beamte zudem eine nicht nur geringfügige finanzielle Zuwendung und so eine, wenn auch nur temporäre, Verbesserung seiner Dienstbezüge.⁴²

- 61** Die Reichweite des Benachteiligungsverbots hat der Fachsenat für Personalvertretungsrecht des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Beschluss vom 30.1.2013 - 6 P 5/12 - deutlich gemacht:

„Allerdings wird auf die Regelung in § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG zurückzugreifen sein, wenn es um eine Leistungsbezahlung geht, über welche nach Beginn der Freistellung erstmals oder erneut zu entscheiden ist ... Bei der Einbeziehung von Personalratsmitgliedern in die Leistungsbezahlung ist keine andere Beurteilung geboten als in den Fällen, in denen es um Beförderung, Höhergruppierung oder Bezahlung aus einer höheren Entgeltstufe unter dem Gesichtspunkt fiktiver Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs geht.“⁴³

- 62** 2. Für die Feststellung einer Benachteiligung freigestellter Personalratsmitglieder kommt es auf der Grundlage des § 46 Abs. 6 Satz 3 BPersVG nur darauf an, ob sie ohne sachliche Rechtfertigung in ursächlichem Zusammenhang mit der Personalratstätigkeit zurückgesetzt oder schlechter gestellt werden. Nicht erforderlich ist, dass dies vom Dienststellenleiter bezweckt wird.⁴⁴

- 63** a) Die faktische Beeinträchtigung des Klägers als freigestelltes Personalratsmitglied liegt hier auf der Hand. Verwehrt man nämlich freigestellten Personalratsmitgliedern generell die Möglichkeit, auf der Grundlage fingierter Leistungen eine Leistungsbesoldung zu erhalten, wären sie insoweit gegenüber ihren nicht freigestellten Kolleginnen und Kollegen effektiv benachteiligt. Nichts anderes ergibt sich aus dem Vorbringen der Beklagten, der betroffene Beamte werde nicht benachteiligt, wenn herausragende Einzelleistungen nicht freigestellter vergleichbarer Kolleginnen und Kollegen unberücksichtigt blieben, sondern er profitiere davon mittelbar im Rahmen der fiktiven Nachzeichnung seiner Beurteilungen, was genüge. Denn bei der von der Beklagten favorisierten Handhabung wird ein freigestelltes Personalratsmitglied dadurch in unzulässiger Weise benachteiligt, dass es unabhängig von der Entwicklung der Vergleichsgruppe immer von einer Leistungsbesoldung ausgeschlossen sein soll. Je nach Zusammensetzung und Leistungen der Mitglieder der Vergleichsgruppe kann auch die Vergabe von Instrumenten der Leistungsbesoldung zu der in dieser Gruppe üblichen Entwicklung gehören. Dass freigestellte Beamte es demgegenüber etwa bewusst hinnähmen, keine Leistungsbesoldung zu erhalten, weil sie sich mit der Freistellung sehenden Auges dafür entschieden hätten, künftig keine dienstlichen - der Beurteilung des Dienstherrn unterliegenden - tatsächlichen dauerhaft herausragenden bzw. herausragenden besonderen Leistungen erbringen zu können, wäre Spekulation und erschiene wenig realitätsgerecht.⁴⁵ Denn die Entscheidung für die Freistellung darf auf dem rechtlich geschützten Vertrauen basieren, nicht wegen der Freistellung benachteiligt werden zu dürfen.⁴⁶

- 64** b) Eine kausale Verknüpfung zwischen der Personalratstätigkeit und der Versagung der Einbeziehung in das Verfahren der Gewährung von Leistungsbezahlung ist ebenfalls zu

bejahen. Die Beklagte hat sich zur Begründung ihrer Weigerung unter Bezugnahme auf den zitierten Erlass des BMI vom 12.3.2002 darauf berufen, dass eine Leistungsbesoldung der Honorierung einer aktuellen Leistungssteigerung diene und Beurteilungsgrundlage daher nur eine Leistung außerhalb der Freistellung sein könne. Die Personalratstätigkeit sei jeder Bewertung entzogen und könne nicht als Beurteilungsgrundlage fungieren. Damit ist maßgeblicher Grund für die Nichtgewährung von Leistungsbezahlung an freigestellte Personalratsmitglieder deren Tätigkeit für den Personalrat und die nach Ansicht der Beklagten daraus resultierende Unmöglichkeit der Feststellung einer besonderen Leistung.⁴⁷ Zudem belegt das Ansinnen der Beklagten an den Kläger, vorübergehend auf eine Freistellung zu verzichten bzw. sich nur teilweise vom Dienst freistellen zu lassen, dass der Ausschluss von leistungsbezogener Besoldung wegen seiner Stellung als freigestelltes Personalratsmitglied erfolgt. Es stellt eine verbotene Benachteiligung dar, wenn das berufliche Fortkommen eines Personalratsmitglieds davon abhängig gemacht wird, dass es seine Freistellung aufgibt.⁴⁸

- 65** c) Die demnach kausal auf der Personalratstätigkeit des Klägers, nämlich der hierfür erforderlichen Freistellung, beruhende Verweigerung der Berücksichtigung bei der Gewährung von Leistungsbezahlung erfolgt ohne sachliche Rechtfertigung.
- 66** Eine sachliche Rechtfertigung lässt sich, wie bereits dargelegt, entgegen den Ausführungen der Beklagten im angefochtenen Bescheid und im Widerspruchsbescheid nicht damit begründen, der Kläger sei zunächst nur teilweise freigestellt gewesen, aber von seinem Vorgesetzten nicht vorgeschlagen worden. Denn insoweit ist unstrittig, dass er jahrelang zumindest faktisch zu 100% freigestellt war.
- 67** Der weitere Einwand der Beklagten, eine leistungsbezogene Besoldung setze eine individuell erbrachte, tatsächliche Leistung voraus, verkennt, soweit er sich auf das Benachteiligungsverbot bezieht, den Charakter und die Tragweite des Beeinträchtigungsverbots für freigestellte Personalratsmitglieder, das Begünstigungen und Benachteiligungen für Personen ausschließt, die Aufgaben und Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnehmen, sowie der daraus resultierenden Notwendigkeit der fiktiven Nachzeichnung.⁴⁹ Daher kann der Umstand der fehlenden dienstlichen Tätigkeit eines freigestellten Personalratsmitglieds nicht als sachliche Rechtfertigung für die aus diesem Grunde erfolgte Versagung der Teilnahme an dem Verfahren zur Gewährung von Leistungsbesoldung angesehen werden.⁵⁰ Zutreffend hat das Bundesverwaltungsgericht⁵¹ festgestellt, dass „bei der Einbeziehung von Personalratsmitgliedern in die Leistungsbezahlung ... keine andere Beurteilung geboten (scil. ist) als in den Fällen, in denen es um Beförderung, Höhergruppierung oder Bezahlung aus einer höheren Entgeltstufe unter dem Gesichtspunkt fiktiver Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs geht“.
- 68** Soweit sich die Beklagte auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.7.2001⁵² bezieht, ist dieser schon deshalb nicht einschlägig, weil dieser kein freigestelltes Mitglied eines Personalrates betrifft; der Senat macht sich insofern die diesbezüglichen Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 13.4.2016⁵³ zu eigen. Im Übrigen zeigt auch der für Tarifbeschäftigte des Bundes geltende § 11 Abs. 5 Satz 1 des LeistungsTV-Bund,⁵⁴ wonach „Beschäftigte, die ... zu 75 v.H. und mehr ihrer individuellen durchschnittlichen Arbeitszeit freigestellt sind, ... ohne Leistungsfeststellung ein Leistungsentgelt in Höhe des Durchschnittsbetrages der Beschäftigten ihrer jeweiligen Tarifgruppe“ erhalten, dass sich eine tatsächliche Erbringung der vorausgesetzten Leistungen keineswegs als zwingend darstellt.

69

Demgegenüber betrifft das Vorbringen der Beklagten, im Hinblick auf das berufliche Fortkommen sei auf eine übliche Entwicklung abzustellen und es liege „in der Natur der Sache“, dass bei einer fiktiven Fortschreibung des Werdegangs und bei einer rein hypothetischen Betrachtung herausragende Einzelleistungen Einzelner unberücksichtigt bleiben, die Frage, ob ein freigestelltes Personalratsmitglied tatsächlich eine Chance auf die Gewährung einer Leistungsprämie hat, nicht aber die vorgelagerte Frage, ob eine solche Person rechtlich bei der Entscheidung über die Prämienvergabe überhaupt mit zu betrachten ist. Wie das OVG Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluss vom 13.4.2016⁵⁵ ausgeführt hat, ist es im Hinblick auf das Benachteiligungsverbot für freigestellte Personalratsmitglieder nicht zulässig, diese Chance bei einer hypothetischen Betrachtung anhand einer Vergleichsgruppe nur deswegen vollständig auszublenden, weil sie für alle Beamten gering sein mag. In einem generellen Ausschluss von einem bestimmten Besoldungsinstrument ist ein beachtlicher Nachteil zu sehen, so dass die Rechtsauffassung der Beklagten mit dem gesetzlichen Benachteiligungsverbot nicht in Einklang steht.

- 70** Die von der Beklagten angeführten Zitate aus der personalvertretungsrechtlichen Literatur ändern an all dem nichts. Zudem stimmt die neuere Kommentarliteratur, soweit ersichtlich, der einhelligen und ständigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Gebot der Berücksichtigung freigestellter Personalratsmitglieder bei der Gewährung von Leistungsbesoldung grundsätzlich zu;⁵⁶ abweichende Auffassungen⁵⁷ knüpfen offenbar an ältere Kommentierungen an, ohne sich mit der neueren Rechtsprechung auseinanderzusetzen.
- 71** Der Kläger hat somit Anspruch darauf, bei den Ermessensentscheidungen der Beklagten über die Gewährung der verschiedenen Formen der Leistungsbesoldung in den Kreis der möglichen Empfänger/innen einbezogen zu werden. Vorliegend hat die Beklagte es dagegen gänzlich unterlassen, das ihr insoweit eingeräumte Ermessen auszuüben, weil sie - zu Unrecht - davon ausgegangen ist, dass die beantragte Gewährung leistungsbezogener Besoldung namentlich aufgrund der entgegenstehenden Erlasslage grundsätzlich nicht in Betracht komme. Dem Kläger steht daher der geltend gemachte Anspruch auf Aufhebung der ihm gegenüber ergangenen Bescheide der Beklagten und Neubescheidung seines Antrags vom 6.11.2013 zu.
- 72** Die Berufung ist nach alldem mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 2 VwGO zurückzuweisen.
- 73** Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 10 ZPO.
- 74** Die Revision wird in Anwendung des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen.

[1] Verordnung des Bundes über leistungsbezogene Besoldungsinstrumente vom 19.6.2009, BGBl I, S. 2170

[2] Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit vgl. nur Möller, in: Schwegmann/Summer, BesR, Stand: 4/2016, § 42a BBesG Rn. 9, m.w.N.

[3] Vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.7.2014 - 1 A 2885/12 -, juris, Rn. 11 (zur Leistungsprämie); VG Düsseldorf, Urteil vom 9.1.2015 - 13 K 8885/13 -, juris; ebenso VG Köln, Urteil vom 20.4.2015 - 15 K 5699/13 -, juris, Rn. 21; Kathke, in: Schwegmann/Summer, BesR, Stand: 3/2010, § 1 BBesG Rn. 44 (zu Leistungszulagen) und Rn. 53 (zu Leistungsprämien)

[4] Vgl. dazu nur Kuhlmeier, in: Schwegmann/Summer, BesR, Stand: 1/2017, § 27 BBesG Rn. 73

[5] Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.7.2014 - 1 A 2885/12 -, juris, Rn. 10

[6] BVerwG, Urteil vom 13.9.2001 - 2 C 34.00 -, juris, Rn. 10; BVerwG, Urteil vom 11.9.1984 - 2 C 58/81 -, juris, Rn. 23

- [7] BVerwG, a.a.O., Rn. 10 f.
- [8] BVerwG, Urteil vom 13.7.2000 - 2 C 30.99 -, juris, Rn. 11 ff.
- [9] Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.5.2004 - 2 BvL 16/02 -, juris, Rn. 49
- [10] UA Seite 7
- [11] Vgl. im Übrigen auch BAG, Urteil vom 19.3.2003 - 7 AZR 334/02 -, juris, Rn. 31, wonach auch bei einer teilweisen Freistellung eines Personalratsmitglieds „in erheblichem Umfang“ (dort: 85%) eine (dort: ergänzende) Nachzeichnung geboten ist; zustimmend Faber, in: Lorenzen u.a., BPersVG, Stand: Febr. 2017, § 46 Rn. 167; für Arbeitnehmer vgl. im Übrigen § 11 Abs. 5 Satz 1 des Tarifvertrags über das Leistungsentgelt für die Beschäftigten des Bundes (LeistungsTV-Bund) vom 25.8.2006, wonach „Beschäftigte, die ... zu 75 v.H. und mehr ihrer individuellen durchschnittlichen Arbeitszeit freigestellt sind, ... ohne Leistungsfeststellung ein Leistungsentgelt in Höhe des Durchschnittsbetrages der Beschäftigten ihrer jeweiligen Tarifgruppe“ erhalten
- [12] BVerwG, Urteil vom 13.9.2001 - 2 C 34.00 -, juris, Rn. 10; BVerwG, Urteil vom 11.9.1984 - 2 C 58/81 -, juris, Rn. 23
- [13] BVerwG, Urteil vom 30.1.2013 - 6 P 5.12 -, juris
- [14] Beschluss vom 21.5.2002 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris
- [15] Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.4.2016 - 1 A 1236/15 -, juris, Rn. 5; so wohl auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.7.2014 - 1 A 2885/12 -, juris, Rn. 11, m.w.N., und Rn. 25; ebenso Faber, in: Lorenzen u.a., BPersVG, Stand: Febr. 2017, § 46 Rn. 165a, m.w.N.; so wohl auch Noll, in: Altvater u.a., BPersVG, 7. Aufl. 2011, § 46 Rn. 80
- [16] Urteil vom 13.9.2001 - 2 C 34.00 -, juris, Rn. 12 f.
- [17] so - zum Lohnausfallprinzip - auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.7.2014 - 1 A 2885/12 -, juris, Rn. 19
- [18] Ilbertz/Widmaier/Sommer, BPersVG, 12. Aufl. 2012, § 46 Rn. 25f (die sodann - logisch wenig überzeugend - zwischen Leistungsstufen einerseits und Leistungsprämien und -zulagen andererseits differenzieren)
- [19] Grundsätzliche Hinweise zur Rechtslage bei der Behandlung und Förderung freigestellter Personalratsmitglieder vom 12.3.2002 (D I 3 - 212 152/12)
- [20] Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.7.2014 - 1 A 2885/12 -, juris, Rn. 7
- [21] Vgl. nur Burghart, in: Leibholz/Rinck, GG, Stand: Okt. 2017, Vorbem. vor Art. 70 - 82, Rn. 2, m.w.N., und Art. 20, Rn. 1026
- [22] Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.1.2013 - 6 P 5.12 -, juris, Rn. 26; dem folgend OVG Nordrhein Westfalen, Beschluss vom 29.7.2014 - 1 A 2885/12 -, juris, Rn. 17 ff., sowie Beschluss vom 13.4.2016 - 1 A 1236/15 -, juris, Rn. 11; für die grundsätzliche Einbeziehung von freigestellten Personalratsmitgliedern in die Gewährung der Leistungsbeholdung auch Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 28; VG Köln, Urteil vom 20.4.2015 - 15 K 5699/13 -, juris, Rn. 27 ff.; VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 11.2.2015 - 2 K 739/12 -, juris, Rn. 20 ff.; VG Ansbach, Urteil vom 11.2.2015 - AN 11 K 13.00980 -, juris, Rn. 37 f.; VG Düsseldorf, Urteile vom 16.11.2012 - 13 K 4793/11 -, juris, Rn. 26 ff., und vom 9.1.2014 - 13 K 8885/13 -, juris, Rn. 28 ff.; vgl. aktuell auch BVerwG, Beschluss vom 1.3.2018 - 5 P 5.17 -, juris, Rn. 18, m.w.N.; zur übereinstimmenden arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung vgl. nur BAG, Urteile vom 27.6.2001 - 7 AZR 496/99 -, juris, Rn. 19, m.w.N., vom 19.3.2003 - 7 AZR 334/02 -, juris, Rn. 24 f., und vom 14.7.2010 - 7 AZR 359/09 -, juris, Rn. 19; zur entsprechenden Rechtslage bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern vgl. im Übrigen Bayerischer VGH, Beschlüsse vom 12.2.2008 - 14 B 06.1022 und 14 B 06.1119 -, beide juris, Rn. 17, m.w.N.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.1.2012 - OVG 6 N 55.09 -, juris, Rn. 4
- [23] Vgl. etwa Noll, in: Altvater u.a., BPersVG, 7. Aufl. 2011, § 46 Rn. 80; Ilbertz/Widmaier/Sommer, BPersVG, 12. Aufl. 2012, § 46 Rn. 25f; Möller, in: Schwegmann/Summer, a.a.O., § 42a BBesG Rn. 30; a.A. noch Faber, in: Lorenzen u.a., BPersVG, Stand: Febr. 2017, § 46 Rn. 165a, m.w.N.
- [24] Gutachten für das Bundesministerium des Innern über die Behandlung von freigestellten Personalratsmitgliedern vom 19. Februar 2001 - Gz.: VII 1 - 1998 - 0005 - (soweit darin im Übrigen unter Ziff. 4, Seite 6, auch die Auffassung vertreten wird, freigestellte Personalratsmitglieder dürften nicht ohne tatsächliche erfolgreiche Ableistung der Er-

- probungszeit befördert werden, vgl. nur BVerwG, Urteil vom 21.9.2006 - 2 C 13/05 -, juris)
- [25] Vgl. auch BAG, Urteil vom 27.6.2001 - 7 AZR 496/99 -, juris, Rn. 20
- [26] Vgl. Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 29 ff.
- [27] Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.6.2014 - 2 B 1/13 -, juris, Rn. 20, m.w.N.
- [28] Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.6.2014 - 2 B 1/13 -, juris, Rn. 23, m.w.N.; vgl. auch OVG des Saarlandes, Beschluss vom 25.8.1992 - 1 W 44/92 -, AS RP-SL 24, 205, 207, m.w.N.
- [29] Vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 30.6.2014 - 2 B 11/14 -, juris, Rn. 11 ff., m.w.N.
- [30] Vgl. Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 29 ff.
- [31] Vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.7.2014 - 1 A 2858/12 -, juris, Rn. 23
- [32] Ebenso OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.7.2014 - 1 A 2858/12 -, juris, Rn. 24
- [33] Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.2010 - 2 C 11/09 -, juris, Rn. 8 ff.
- [34] Urteil vom 16.12.2010 - 2 C 11/09 -, juris, Rn. 11
- [35] 6 B 1157/07 -, juris
- [36] Vgl. ausführlich OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.4.2016 - 1 A 1236/15 -, juris, Rn. 16
- [37] 1 Sa 33/12 -, juris, Rn. 33 ff.
- [38] zur Quotenerhöhung auf der Grundlage der Transferklausel des § 27 Abs. 6 bzw. 7 Satz 2 BBesG i.V.m. §§ 3, 6 Abs. 2 Satz 2 BLBV vgl. nur Möller, in: Schwegmann/Summer, BesR, Stand: 4/2016, § 42a BBesG, Rn. 33 f.
- [39] Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.9.2006 - 2 C 13/05 -, juris, Rn. 13, m.w.N.; BVerwG, Beschluss vom 30.6.2014 - 2 B 11/14 -, juris, Rn. 11 ff., m.w.N.; vgl. auch Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 23
- [40] Vgl. BVerwG, Beschluss vom 23.12.2015 - 2 B 40/14 -, juris, Rn. 27, m.w.N.; BVerwG, Beschluss vom 30.6.2014 - 2 B 11/14 -, juris, Rn. 11 ff., m.w.N.; Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 28; vgl. auch BAG, Urteil vom 27.6.2001 - 7 AZR 496/99 -, juris, Rn. 19
- [41] Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.1.2013 - 6 P 5/12 -, juris, Rn. 20, m.w.N.; vgl. auch Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 28
- [42] Vgl. Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11. PVB-, juris, Rn. 28
- [43] BVerwG, Beschluss vom 30.1.2013 - 6 P 5/12 -, juris, Rn. 26, m.w.N.; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 18.9.1985 - 2 C 15/84 -, juris, Rn. 15; BVerwG, Urteil vom 21.9.2006 - 2 C 13/05 -, juris, Rn. 13 ff.; BVerwG, Urteil vom 25.6.2014 - 2 B 1/13 -, juris, Rn. 13 ff., m.w.N.; BVerwG, Beschluss vom 30.6.2014 - 2 B 11/14 -, juris, Rn. 11 ff.
- [44] Vgl. BVerwG, Beschluss vom 1.2.2010 - 6 PB 36.09 -, juris, Rn. 4 ff., m.w.N.
- [45] Vgl. dazu auch Bundesrechnungshof, Gutachten für das Bundesministerium des Innern über die Behandlung von freigestellten Personalratsmitgliedern vom 19. Februar 2001 - Gz.: VII 1 - 1998 - 0005 -, Ziff. 9, Seite 9 („Einzelne Personalratsmitglieder empfanden es als Benachteiligung, dass sie keine leistungsabhängigen Bezügebestandteile erhielten.“)
- [46] Vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.4.2016 - 1 A 1236/15 -, juris, Rn. 13 ff.
- [47] Vgl. Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 29 ff.
- [48] BVerwG, Urteil vom 21.9.2006 - 2 C 13/05 -, juris, Rn. 13, m.w.N.; BVerwG, Beschluss vom 30.6.2014 - 2 B 11/14 -, juris, Rn. 11 ff., m.w.N.; vgl. auch Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 23
- [49] Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 18.9.1985 - 2 C 15/84 -, juris, Rn. 15 f., m.w.N.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.1.2012 - OVG 6 N 55.09 -, juris, Rn. 6
- [50] Vgl. Hamburgisches OVG, Beschluss vom 21.5.2012 - 7 Bf 161/11.PVB -, juris, Rn. 29 ff.
- [51] Urteil vom 30.1.2013 - 6 P 5/12 -, juris
- [52] 1 WB 24.01 -, juris
- [53] 1 A 1236/15 -, juris, Rn. 17

- [54] Tarifvertrag über das Leistungsentgelt für die Beschäftigten des Bundes vom 25.8.2006
- [55] 1 A 1236/15 -, juris
- [56] Vgl. Noll, in: Altvater u.a., BPersVG, 7. Aufl. 2011, § 46 Rn. 80; Ilbertz/Widmayer/Sommer, BPersVG, 12. Aufl. 2012, § 46 Rn. 25f; Kuhlmeier, in: Schwegmann/Summer, BesR, Stand: 1/2017, § 27 BBesG Rn. 68; ebenso Möller, in: Schwegmann/Summer, a.a.O., § 42a BBesG, Rn. 30
- [57] Vgl. etwa Faber, in: Lorenzen u.a., BPersVG, Stand: Febr. 2017, § 46 Rn. 165a, m.w.N.

Zitiervorschlag:

OVG Saarlouis Urt. v. 5.6.2018 – 1 A 727/16, BeckRS 2018, 13979