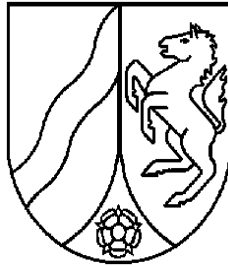


Geschäftsnummer:
18 Sa 1136/99
8 Ca 3052/98
ArbG Wuppertal



Verkündet
am: 29.11.1999
gez. Willms
Regierungsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn B.

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:
g e g e n

Rechtsanwalt K.

das Land N.-W.

- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwälte S.

hat die 18. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 29.11.1999
durch die Richterin am Arbeitsgericht Heinlein als Vorsitzende sowie den
ehrenamtlichen Richter Klingebiel und den ehrenamtlichen Richter Baumgarten

für R e c h t erkannt:

**Das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 22.06.1999 – 8 Ca 3052/98 –
wird abgeändert:**

**Das beklagte Land wird verurteilt, dem Kläger mit Wirkung vom 01.08.1998
den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages als Lehrer anzubie-
ten.**

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

**Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 5/8 und das beklagte
Land 3/8.**

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Befristung und darüber, ob das beklagte Land verpflichtet ist, dem Kläger den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages anzubieten.

Der Kläger (geboren 20.10.1963) war vom 18.08.1997 bis zum 31.07.1998 als Lehrer im Angestelltenverhältnis für Mathematik und Sport an einer Gemeinschafts-Hauptschule in R. beschäftigt.

Nach dem Arbeitsvertrag der Parteien vom 05.08.1997 ist u.a. folgendes vereinbart:

„§ 1

Herr B. wird vom 18.08.1997 bis zum 31.07.1998 gemäss Nr. 1 Buchstabe a) der Sonderregelungen für Zeitangestellte (SR 2 y) und der hierzu bestehenden Protokollnotiz Nr. 6 i.V.m. § 1 des Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung (BeschFG) als vollzeitbeschäftigte Lehrkraft im Angestelltenverhältnis (Aushilfsangestellter) eingestellt.

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) vom 23.02.1961 und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung....

§ 3

1. Abweichend von § 5 Abs. 1 BAT beträgt die Probezeit für dieses Arbeitsverhältnis vier Wochen.
2. Die Kündigungsfrist innerhalb dieser Probezeit beträgt eine Woche.
3. Nach Ablauf der Probezeit ist eine Kündigung nur aus wichtigem Grund... möglich....

§ 8

Bei Bewährung während der vereinbarten Beschäftigungsdauer wird dem Angestellten ab dem 01.08.1998 ein Dauerbeschäftigungsverhältnis angeboten.“

Auf die weiteren Einzelheiten des Arbeitsvertrages wird Bezug genommen (Bl. 5 und 6 d.A.).

Ferner erhielt der Kläger ein Einstellungsschreiben der Bezirksregierung Düsseldorf vom 07.08.1997, in dem u.a. folgendes erklärt wird:

„Ich biete Ihnen...ein auf das Schuljahr 97/98 befristetes Angestelltenverhältnis an. Bei Bewährung werden Sie mit Ablauf des Schuljahres 97/98 in ein Dauerbeschäftigungsverhältnis überführt. Sofern Sie dann die laufbahn-/und sonstigen dienstrechtlichen Voraussetzungen erfüllen, soll eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe erfolgen. Sofern Sie diese Voraussetzungen nicht erfüllen, ist eine Weiterbeschäftigung in einem Angestelltenverhältnis nach den Vorschriften des BAT vorgesehen.“

Das Kultusministerium des beklagten Landes hat aufgrund § 104 Abs. 1 LBG NW Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen erlassen (Runderlass vom 25.05.1992).

Darin heißt es u.a.:

- „1. Allgemeine Grundsätze für die Beurteilung
 - 1.1. Die Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer bezieht sich gemäss § 104 Abs. 1 Satz 1 LBG auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung.
 2. Zuständigkeit für die Beurteilung
 - 2.2. Im Auftrag des Dienstvorgesetzten übernimmt in der Regel die zuständige schulfachliche Schulaufsichtsbeamtin oder der zuständige schulfachliche Schulaufsichtsbeamte die Beurteilung...

Unterrichtsbesuche, die der Vorbereitung einer Beurteilung dienen, sind rechtzeitig, mindestens 10 Tage vorher, anzumelden (Tag, Fach, Klasse oder Lerngruppe, gewünschte Unterlagen).

Auf Wunsch der Lehrerin oder des Lehrers wird einer oder einem von ihr oder ihm benannten Lehrerin oder Lehrer des Vertrauens Gelegenheit zur Teilnahme und zur Stellungnahme gegeben.

- 2.3. Bei der Vorbereitung der Beurteilung ist die Schulleiterin oder der Schulleiter zur Beratung hinzuzuziehen. Insbesondere soll sie oder er einen schriftlichen Leistungsbericht anfertigen....

Der Leistungsbericht wird nach dem Muster der Anlage 1 vorgelegt. Er soll sich auf die Beobachtungen der gesamten dienstlichen Tätigkeit der Lehrerin oder des Lehrers während eines längeren Zeitraums stützen. Ein Bericht, der sich auf die Auswertung von Unterrichtsbesuchen beschränkt oder sich nur auf einen einmaligen Unterrichtsbesuch beschränkt, ist kein Leistungsbericht im Sinne dieser Richtlinien....

- 2.7. Die Beurteilung aus einem der in den Nrn. 3.1., 3.1.4. und 3.1.5 genannten Anlässe gibt die Schulleiterin oder der Schulleiter der Stammschule der Lehrkraft ab.....

Das Erfordernis eines Leistungsberichts entfällt.

4. Anlass und Zeitpunkt der Beurteilung

5. Lehrerinnen und Lehrer sind zu beurteilen während der Probezeit (vgl. Nr. 3.2.),

- 3.1.7. vor einer sonstigen dienstrechtlichen Entscheidung, für die nicht auf eine sichere aktuelle Kenntnis der dienstlichen Leistungen verzichtet werden kann,

6. eine Beurteilung nach Nr. 3.1.1. ist spätestens drei Monate vor Ablauf der allgemeinen oder im Einzelfall festgesetzten Probezeit abzugeben. Kann die Bewährung während der Probezeit in dieser Beurteilung noch nicht abschließend beurteilt werden, ist spätestens drei Monate vor Ablauf der verlängerten Probezeit erneut eine Beurteilung zu erstellen.

7. Kriterien und Form der Beurteilung

- 7.1. Für die Beurteilung ist das als Anlage 2 beigefügte Muster zu verwenden.

4.4. Das Gesamturteil ist wie folgt zu formulieren:

Die Leistungen entsprechen den Anforderungen im besonderen Maße (sehr gut),

die Leistungen entsprechen den Anforderungen voll (gut),

die Leistungen entsprechen den Anforderungen im Allgemeinen (befriedigend),

die Leistungen entsprechen im Ganzen den Anforderungen noch, weisen aber Mängel auf (ausreichend),

die Leistungen entsprechen den Anforderungen nicht.

4.5. Bei Beurteilungen während der Probezeit tritt an die Stelle des Gesamturteils eine Beurteilung, ob die Beamtin oder der Beamte sich während der Probezeit bewährt, besonders bewährt oder nicht bewährt hat; kann die Bewährung noch nicht abschließend festgestellt werden, so ist dies zu vermerken.

4.6. Der Dienstvorgesetzte hat durch regelmäßige geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass bei der Anwendung der vorstehend genannten Notenstufen gleichmäßig verfahren wird.

5. Eröffnungspflicht und Behandlung der Beurteilung

5.1. Vor der Abfassung der Beurteilung so wie vor der Abfassung des Leistungsberichts soll mit der Lehrerin oder dem Lehrer ein Gespräch geführt werden, um ihre oder seine eigene Auffassung zu berücksichtigen. Dieses Gespräch muss stattfinden, wenn die Lehrerin oder der Lehrer es wünscht...

5.2. Der Leistungsbericht ist vor der Vorlage an die Schulaufsichtsbehörde, die Beurteilung vor der Aufnahme in die Personalakte der Lehrerin oder dem Lehrer zur Kenntnis zu geben...

6. Geltungsbereich

6.1. Für Lehrerinnen und Lehrer in einem vom BAT erfassten Arbeitsverhältnis gelten diese Beurteilungsrichtlinien mit der Maßgabe, dass Nr. 3.1.1. vor Ablauf der Probezeit gemäß § 5 BAT und Nr. 3.1.3. vor einer Höhergruppierung wegen Bewährung anzuwenden ist.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Runderlass Bezug genommen (Bl. 86 und 87 d.A.).

Der Kläger war vom 09.09. bis 12.09.1997, 15.09. bis 19.09.1997, am 09.10.1997, am 28.10.1997, vom 24.11. bis 19.12.1997, vom 27.01. bis 06.02.1998, am 03.03.1998 und vom 04.05. bis 29.05.1998 arbeitsunfähig krank.

In der Zeit während der letzten krankheitsbedingten Fehlzeit vom 04.05. bis 29.05.1998 sollte auf Anweisung der Bezirksregierung die dienstliche Beurteilung des Klägers einschließlich des Ergebnisses der Unterrichtsbesuche und des schulfachlichen Kolloquiums erstellt werden. Wegen seiner Erkrankung konnten Unterrichtsbesuche und das schulfachliche Kolloquium während dieser Zeit nicht stattfinden. Der Konrektor der Schule gab daraufhin eine dienstliche Beurteilung vom 26.05.1998 ab und vermerkte darin, dass die angesetzte Einsichtnahme in zwei Unterrichtsstunden wegen einer längeren Erkrankung des Klägers nicht möglich gewesen sei und auch ein erneuter Termin für ein schulfachliches Kolloquium wegen der anhaltenden Erkrankung nicht habe realisiert werden können. Die Beurteilung endet mit dem Gesamturteil, dass sich der Kläger dienstlich noch nicht bewährt habe.

Mit Schreiben vom 05.06.1998 teilte die Bezirksregierung Düsseldorf dem Kläger mit, das nach § 8 des mit ihm geschlossenen Vertrags vorgesehene Angebot einer Dauerbeschäftigung könne nicht erfolgen, da er sich nach dem Inhalt der dienstlichen Beurteilung vom 26.05.1998 nicht bewährt habe.

Nach der Wiederaufnahme seiner Tätigkeit bot der Kläger dem Konrektor an, dass dieser den Unterrichtsbesuch nachholt. Dazu kam es jedoch nicht.

Mit einer am 27.07.1998 bei dem Arbeitsgericht Wuppertal eingegangenen Klage hat der Kläger u.a. verlangt, dass das beklagte Land die dienstliche Beurteilung vom 26.05.1998 aus seiner Personalakte entfernt. Das Arbeitsgericht Wuppertal hat das beklagte Land nach Maßgabe dieses Antrages verurteilt und zur Begründung ausgeführt, die Beurteilung könne keinen Bestand haben, weil das in Ziffer 5.1. der Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer vorgesehene Gespräch mit dem Kläger nicht stattgefunden habe. Das Urteil vom 01.12.1998 ist rechtskräftig (AZ.: 8 Ca 2986/98 Arbeitsgericht Wuppertal).

Der Kläger hat auch Klage gegen das ihm erteilte qualifizierte Zeugnis erhoben. Dieses Verfahren (AZ.: 2 Ca 4577/98 Arbeitsgericht Wuppertal) endete durch Vergleich vom 29.04.1999, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 43 R, 45, 45 R d.A.).

Nicht abgeschlossen ist ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Düsseldorf, in dem der Kläger eine Klage auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe erhoben hat (AZ.:2 K 4320/99).

Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger die Ansicht vertreten, die Befristung seines Arbeitsverhältnisses sei unwirksam, da ein sachlicher Grund nicht erkennbar sei und die Protokollnotiz Nr. 6 zu den Sonderregelungen für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte (SR 2 y BAT) nicht für Aushilfsangestellte gelte. Zumindest habe er einen Anspruch darauf, dass das beklagte Land ihm ein Dauerbeschäftigungsverhältnis anbiete. Denn mit der Entfernung der dienstlichen Beurteilung aus seiner Personalakte und dem ihm zu erteilenden Zeugnis stehe fest, dass er sich bewährt habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. **festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis über den 31.07.1998 hinaus fortbesteht;**
2. **das beklagte Land zu verurteilen, den Kläger über den 31.07.1998 hinaus zu unveränderten Bedingungen als Lehrer weiterzubeschäftigen;**
3. **hilfsweise das beklagte Land zu verurteilen, dem Kläger ab dem 01.08.1998 ein Dauerbeschäftigungsverhältnis anzubieten;**
4. **äußerst hilfsweise festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet ist, dem Kläger sämtlichen aus der den Gegenstand des beim Arbeitsgericht Wuppertal anhängigen Rechtsstreits (Geschäfts-Nr. 8 Ca 2987/98) bildenden dienstlichen Beurteilung vom 26.05.1998 entstehenden Schaden zu ersetzen.**

Das beklagte Land hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht Wuppertal hat den Hauptanträgen stattgegeben. Auf die Entscheidungsgründe des Urteils wird Bezug genommen (Bl. 62 und 63 d.A.).

Gegen das ihm am 15.07.1999 zugestellte Urteil hat das beklagte Land mit einem am 04.08.1999 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 16.08.1999 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Es ist der Ansicht, die Frage der Bewährung sei durch eine dienstliche Beurteilung und nicht durch ein Zeugnis zu klären. Aus dem Umstand, dass die Beurteilung vom 26.05.1998 aus der Personalakte des Klägers entfernt worden sei, ergebe sich nicht, dass der Kläger sich bewährt habe. Schon wegen seiner Fehlzeiten habe die Bewährung nicht festgestellt werden können. Gegen seine Bewährung spreche aber auch

sein dienstliches Verhalten. Das beklagte Land behauptet, der Kläger habe versucht, seine Teilnahme an einer Skifortbildungsveranstaltung bis zum letzten Tag vor Fortbildungsbeginn durchzudrücken, u.a. mit der Drohung „Sie werden Ärger mit dem Unterrichtsministerium in Österreich bekommen“. Wahreitswidrig habe er erklärt, der Schulleiter habe ihm die kurzfristige Genehmigung der Fortbildung zugesagt. Wegen seiner hohen Fehlquote im ersten Halbjahr habe er im zweiten Halbjahr in einem anderen Mathematikurs des Jahrgangs 9 eingesetzt werden müssen. Wegen großer Disziplinschwierigkeiten in der Klasse 5 sei für das zweite Halbjahr eine Planänderung vorgenommen und der Kläger in der Klasse MNK eingesetzt worden. Sein Umgangston mit den Schülern sei mitunter unangemessen und rüde gewesen. Anstatt seine Disziplinschwierigkeiten mit den Schülern – etwa durch Einzelgespräche – selbst zu lösen, habe er sich immer wieder bei der Schulleitung in aggressivem und fordernden Ton über freche und undisziplinierte Schüler beschwert. Das beklagte Land ist der Ansicht, die Beweislast dafür, dass er sich im Sinne der arbeitsvertraglichen Vereinbarung für ein Dauerbeschäftigungsverhältnis bewährt habe, liege beim Kläger.

Es beantragt,

**das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 22.06.1999
- 8 Ca 3052/98 – abzuändern und die Klage abzuweisen.**

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen;

hilfsweise das beklagte Land zu verurteilen, den Kläger mit Wirkung vom 01.08.1998 den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages als Lehrer anzubieten;

äußerst hilfsweise festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet ist, dem Kläger sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihm aus der dienstlichen Beurteilung vom 26.05.1998 entsteht.

Der Kläger ist der Ansicht, es sei die Aufgabe und Pflicht des beklagten Landes, eine dienstliche Beurteilung gesetzes- und richtlinienkonform zu verfassen. Es könne daher nicht zu seinen Lasten gehen, dass die dienstliche Beurteilung vom 26.05.1998 aus formalen Gründen aus seiner Personalakte zu entfernen gewesen sei. Da die Beurteilung aus seiner Personalakte entfernt sei, sei es dem beklagten Land nunmehr verwehrt, auf Tatsachen und Wertungen aus dieser Beurteilung zurückzugreifen. Es müsse sich auch an dem ihm erteilten Zeugnis festhalten lassen, dass ihm mindestens befriedigende Leistungen bescheinige. Der Vortrag des beklagten Landes zu Disziplinschwierigkeiten sei unzutreffend und unsubstantiiert. Er habe die Schulleitung lediglich pflichtgemäß von tätlichen Angriffen (in einem Fall Zerstörung seiner Brille) in Kenntnis gesetzt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze und den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG), frist- und formgerecht eingelegt und frist- und formgerecht begründet (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 518, 519 ZPO).

II.

Sie hat zu einem Teil Erfolg.

1. Der Hauptantrag zu 1) ist zulässig. Er entspricht der Regelung des § 1 Abs. 5 Satz 1 BeschFG. Die Dreiwochenfrist zur Klageerhebung hat der Kläger eingehalten.

2. Der Hauptantrag zu 1) ist jedoch unbegründet. Hat sich der Kläger während der Zeit des befristeten Arbeitsverhältnisses gemäß § 8 des Arbeitsvertrages bewährt, führt dies nicht dazu, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 31.07.1998 hinaus fortbesteht. Vielmehr hat sich das beklagte Land für diesen Fall verpflichtet, dem Kläger ab dem 01.08.1998 ein Dauerbeschäftigungsverhältnis anzubieten. Die Parteien haben somit nicht ein Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses „bei Bewährung“ vereinbart.

3. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses bis zum 31.07.1998 ist rechtswirksam. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BeschFG bedurfte sie keines sachlichen Grundes. Sie verstößt auch nicht gegen Nr. 1 der Sonderregelungen für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte (SR 2 y BAT).

Nach Nr. 6 Abs. 1 S. 1 der Protokollnotizen zu Nr. 1 SR 2 y BAT können bis zum 31. Dezember 2000 abweichend von der Protokollnotiz Nr. 1 Arbeitsverhältnisse nach § 1 BeschFG begründet werden. Nach Nr. 1 der Protokollnotizen zu Nr. 1 SR 2 y BAT

dürfen Zeitangestellte nur eingestellt werden, wenn hierfür sachliche oder in der Person des Angestellten liegende Gründe vorliegen. Der Begriff des „Zeitangestellten“ in der Protokollnotiz Nr. 1 stimmt nicht mit dem Begriff des „Zeitangestellten“ in Nr. 1 a SR 2 y BAT überein. Er bezeichnet vielmehr alle befristet eingestellten Arbeitnehmer (vgl. BAG, Urteil vom 29.10.1998, NZA 1999, Seite 478 f.). Auch das Arbeitsverhältnis mit Angestellten für Aufgaben von begrenzter Dauer oder mit Aushilfsangestellten nach Nr. 1 b und Nr. 1 c SR 2 y BAT kann daher nach der Protokollnotiz Nr. 6 zu Nr. 1 SR 2 y BAT bis zum 31.12.2000 nach Maßgabe des Beschäftigungsförderungsgesetzes begründet werden.

Die weiteren Anforderungen der Protokollnotiz Nr. 6 hat das beklagte Land ebenfalls beachtet, denn im Arbeitsvertrag ist angegeben, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz handelt, die Probezeit ist abweichend von § 5 Satz 1 BAT auf vier Wochen verkürzt, als Kündigungsfrist während dieser Probezeit ist eine Frist von einer Woche vereinbart, und für die Zeit nach Ablauf der Probezeit ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Es bedarf deshalb keiner Klärung, ob die Befristung des Arbeitsverhältnisses unwirksam wäre, wenn die Vereinbarungen im Arbeitsvertrag von den weiteren Bestimmungen der Protokollnotiz ganz oder teilweise abwichen.

4. Damit hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien aufgrund rechtswirksamer Befristung am 31.07.1998 geendet. Der vom Kläger mit dem Hauptantrag zu 2) gestellte allgemeine Weiterbeschäftigungsantrag setzt den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den 31.07.1998 hinaus voraus und ist folglich ebenfalls unbegründet (vgl. BAG GS, Urteil vom 27.02.1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG, Urteil vom 13.06.1985, DB 1986, Seite 1827).

III.

Keinen Erfolg hat die Berufung hinsichtlich des Hilfsantrags zu 3), über den das Arbeitsgericht nicht mehr zu entscheiden hatte, weil es den Hauptanträgen stattgegeben hat. Nach §§ 525, 537 ZPO sind die nicht die beschiedenen Hilfsanträge infolge der Rechtsmitteleinlegung durch das beklagte Land der Berufungsinstanz angefallen. Damit sind auch sie Gegenstand des Berufungsverfahrens (vgl. BGH, Urteil vom 29.01.1990, NJW-RR 1990, Seite 519).

Der Hilfsantrag zu 3) in der vor dem Berufungsgericht gestellten Fassung ist zulässig.

Der Kläger begehrt den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages mit dem beklagten Land. Er macht damit einen Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung geltend, die nach § 894 Abs. 1 ZPO für den Fall der Verurteilung als abgegeben gilt, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat. Da die beiderseitigen Hauptpflichten nach Rechtskraft des Urteils erfüllbar sind, handelt es sich nicht um einen auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag, der nach § 306 BGB nichtig wäre (vgl. hierzu BAG, Urteile vom 14.10.1997, NZA 1998, Seite 755 ff.).

Der Antrag ist auch bestimmt genug (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Datumsangabe bezeichnet den Tag des Beginns des Arbeitsverhältnisses. Außerdem enthält der Antrag die Bestimmung, dass der Kläger als Lehrer eingestellt werden soll. Da die Parteien über die weiteren Einzelheiten des Arbeitsvertrages nicht streiten, genügt der Antrag damit den Bestimmtheitserfordernissen (vgl. BAG, Urteil vom 01.10.1986, AP Nr. 26 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG, Urteil vom 26.02.1986 – 7 AZR 503/84 – n.v.).

Ebenso wenig steht der Zulässigkeit des Hilfsantrags entgegen, dass der Kläger vor dem Verwaltungsgericht eine Klage auf Übernahme in das Beamtenverhältnis erhoben hat. Eine anderweitige Rechtshängigkeit gemäß § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO liegt hierdurch nicht vor, denn die Streitgegenstände sind nicht identisch (vgl. BAG, Urteil vom 05.03.1980, AP Nr. 6 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

Auch haben die Parteien nicht vereinbart, dass der Kläger zuerst das Verwaltungsgerichtsverfahren durchzuführen hat. Zwar hat das beklagte Land in seinem Schreiben vom 07.08.1997 zum Ausdruck gebracht, ein Arbeitsvertrag solle nur dann abgeschlossen werden, wenn der Kläger die laufbahn-/und sonstigen dienstrechtlichen Voraussetzungen für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe nicht erfülle. Weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus dem Schreiben vom 07.08.1997 lässt sich aber entnehmen, dass der Kläger den Anspruch auf Übernahme in das Beamtenverhältnis und den Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht nebeneinander verfolgen kann. Auch vom beklagten Land wird dies nicht geltend gemacht.

IV.

Der Hilfsantrag zu 3) ist auch begründet.

Nach § 8 des Arbeitsvertrages vom 05.08.1997 in Verbindung mit den Erläuterungen im Schreiben vom 07.08.1997 hat das beklagte Land sich verpflichtet, dem Kläger mit Wirkung vom 01.08.1998 den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages als Lehrer anzubieten, wenn er sich während der Zeit des befristeten Arbeitsverhältnisses „bewährt“. Ob er sich bewährt hat, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr beurteilt

werden. Das geht zu Lasten des beklagten Landes, weil es versäumt hat, den Kläger während der Laufzeit des befristeten Arbeitsverhältnisses ordnungsgemäß zu beurteilen.

1. Aus dem Arbeitsvertrag und dem Einstellungsschreiben ergibt sich nicht ausdrücklich, welche Anforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, um annehmen zu können, dass der Kläger sich für eine unbefristete Einstellung als Lehrer bewährt hat. Auch aus den Regelungen des BAT kann hierfür nichts entnommen werden. In § 23 a BAT und einzelnen Fallgruppen zu Vergütungsgruppen nach den Vergütungsordnungen zum BAT ist zwar von „Bewährung“ und „Bewährungszeit“ die Rede, jedoch bezogen auf Höhergruppierungen innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses. Dagegen betrifft die Zusage in § 8 des Arbeitsvertrages die Begründung eines Arbeitsverhältnisses.

Damit ist für die Auslegung Art. 33 Abs. 2 GG heranzuziehen, der garantiert, dass jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat. Ohne dass nach der Art des Rechtsverhältnisses, in dem das öffentliche Amt ausgeübt wird, zu unterscheiden ist, kann hiernach jeder Bewerber und jede Bewerberin für eine Stelle innerhalb des öffentlichen Dienstes verlangen, nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung beurteilt zu werden (vgl. BAG, Urteil vom 02.12.1997, AP Nr. 40 zu Art. 33 Abs. 2 GG). Auch für die Beurteilung der „Bewährung“ im Sinne des § 8 des Arbeitsvertrags der Parteien ist somit auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung abzustellen. Denn es ist nicht ersichtlich und auch von keiner Seite behauptet, dass sich das beklagte Land bei der Abgabe seines Versprechens nicht von Art. 33 Abs. 2 GG leiten lassen wollte.

Einen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages als Lehrer hat der Kläger mithin dann, wenn sich während seiner Tätigkeit im Rahmen des befristeten

Arbeitsverhältnisses gezeigt hat, dass er den Anforderungen des Lehramts nach den Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung gewachsen ist. Dabei betrifft der Gesichtspunkt der Befähigung die Vorbildung nach Maßgabe der Laufbahnverordnung, umfasst aber auch fachrelevantes Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und Begabung. Bei der fachlichen Leistung spielt vor allem die berufliche Erfahrung, die Bewährung in der jeweiligen Berufssparte sowie das fachliche Wissen und Können eine Rolle, während sich die Eignung auf die Person selbst bezieht mit ihren körperlichen, geistigen, seelischen und charakterlichen Eigenschaften (vgl. BAG, Urteil vom 27.10.1998, NZA 1999, Seite 717).

2. Aus dem Zeugnis, dass das beklagte Land dem Kläger nach Maßgabe des Prozessvergleichs vom 29.04.1999 erteilt hat, kann eine Bewährung des Klägers in diesem Sinn nicht entnommen werden. Dabei kann dahinstehen, wie der Inhalt des Zeugnisses zu bewerten ist, ob es also überhaupt mit einer insgesamt nicht negativen Beurteilung abschließt. Denn ein Zeugnis, dass sich nach § 630 Satz 2 BGB auf die Leistungen und die Führung im Dienst erstreckt, enthält eine vergangenheitsbezogene Bewertung der Leistung und des Verhaltens des Arbeitnehmers. Es dient der Unterrichtung von Dritten bei der Prüfung einer etwaigen Einstellung und muss von den Grundsätzen der Wahrheit und wohlwollenden Beurteilung getragen sein (vgl. BAG, Urteil vom 29.07.1971, AP Nr. 6 zu § 630 BGB; BAG, Urteil vom 08.02.1972, AP Nr. 7 zu § 630 BGB; BAG, Urteil vom 03.03.1993, AP Nr. 20 zu § 630 BGB).

Sowohl nach seinem Inhalt als auch nach seinem Zweck wird mit einem Zeugnis daher kein Bewährungsurteil für eine Einstellung nach den Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung abgegeben. Schon die zu beurteilenden Qualifikationsmerkmale Eignung, Befähigung und fachliche Leistung decken sich nur teilweise mit der im Zeugnis zu bewertenden Leistung und Führung. Gegenüber den ausschließlich vergangenheitsbezogenen Beurteilungen des Zeugnisses kommt es für die Frage, ob der

Kläger den Anforderungen des Lehramts gewachsen ist, zudem auch auf eine zukunftsbezogene Betrachtung an. Außerdem sind Eignung, Befähigung und fachliche Leistung bei der Besetzung einer Stelle innerhalb des öffentlichen Dienstes mit Rücksicht auf die Gewährungsleistung des gleichen Zugangsrechts zu jedem öffentlichen Amt in erster Linie wahrheitsgemäß zu beurteilen, wengleich auch hier die Interessen des Arbeitnehmers nicht unberücksichtigt bleiben dürfen (vgl. BAG, Urteil vom 28.03.1979, AP Nr. 3 zu § 75 BPersVG).

Deshalb verhält sich das beklagte Land nicht widersprüchlich (§ 242 BGB), wenn es im vorliegenden Rechtsstreit auch nach Abschluss des Vergleichs über das Zeugnis in Abrede stellt, dass sich der Kläger im Sinne des § 8 des Arbeitsvertrages bewährt hat. Etwas Anderes würde nur dann gelten, wenn es im Zusammenhang mit der Einigung im Zeugnisrechtsstreit zu erkennen gegeben hätte, dass das nach Maßgabe des Vergleichs zu erteilende Zeugnis auch für die Beurteilung der Bewährung gelten solle. Das behauptet aber selbst der Kläger nicht.

3. Ebenso wenig wie das Zeugnis für eine positive Feststellung der Bewährung geeignet ist, kann auf die dienstliche Beurteilung vom 26.05.1998 für eine negative Feststellung zurückgegriffen werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die dienstliche Beurteilung einem Verwertungsverbot unterliegt, weil das beklagte Land rechtskräftig verurteilt worden ist, sie aus der Personalakte des Klägers zu entfernen. Denn jedenfalls ist sie unwirksam und kann aus diesem Grund nicht verwertet werden. Sie ist nicht in einem fehlerfreien Verfahren zustandegekommen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts steht dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber bei der Feststellung der Qualifikation eines Bewerbers oder einer Bewerberin für ein öffentliches Amt nach den Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung ein Beurteilungsspielraum zu. Die Beurteilung ist dementsprechend

von den Gerichten nur darauf zu kontrollieren, ob die Einstellungsbehörde bei ihrer Entscheidung alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt hat, ob sie allgemein gültige Bewertungsgrundsätze beachtet oder sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen und ob sie ihre Entscheidung in einem fehlerfreien Verfahren getroffen hat (vgl. BAG, Urteil vom 15.07.1982, AP Nr. 20 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG, Urteil vom 27.10.1998, NZA 1999, Seite 717).

Für die Beurteilung des Klägers gelten die Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen vom 25.05.1992. Das ergibt sich aus Ziffer 6.2. der Richtlinien, die nicht zwischen einem vom BAT erfassten unbefristeten und befristeten Arbeitsverhältnis unterscheiden und damit auch für das befristete Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung finden. Zwar handelt es sich bei den Richtlinien um Verwaltungsvorschriften, mit denen sich ein Staatsorgan im Weisungswege an nachgeordnete Dienststellen wendet und denen keine normative Wirkung zukommt. Sie binden das beklagte Land aber auch im Verhältnis zum Kläger mit der Folge, dass von den Gerichten zu überprüfen ist, ob das darin vorgesehene Beurteilungsverfahren eingehalten ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt eine Bindungswirkung von Erlassen und sonstigen Verwaltungsvorschriften etwa dann in Betracht, wenn sie sich nach ihrem Inhalt nicht ausschließlich an nachgeordnete Dienststellen richten (vgl. BAG, Urteil vom 11.10.1995, AP Nr. 45 zu § 611 BGB Direktionsrecht). Das trifft für die Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer in mehrfacher Hinsicht zu, wenn sie z.B. bestimmen, dass auf Wunsch des Lehrers oder der Lehrerin bei einem Unterrichtsbesuch einem Vertrauenslehrer Gelegenheit zur Teilnahme und Stellungnahme gegeben wird (Ziffer 2.2.), einer Bitte der Lehrerin oder des Lehrers, die Beurteilung vor ihrer Aufnahme in der Personalakte zu überprüfen, zu entsprechen ist (Ziffer 2.7.), und vor Abfassung der Beurteilung auf Wunsch des Lehrers

oder der Lehrerin ein Gespräch stattfinden muss (Ziffer 5.1.).

Dafür, dass die Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer das beklagte Land binden, spricht insbesondere das Mitbestimmungsrecht der Personalvertretungen bei Beurteilungsrichtlinien nach § 72 Abs. 4 Nr. 16 LPVG NW. Wird eine Dienstvereinbarung über Beurteilungsrichtlinien abgeschlossen, hat diese normative Wirkung (§ 70 LPVG NW). Für die Annahme einer Bindungswirkung kann es aber nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Form der Dienstvereinbarung oder des Erlasses bei der Aufstellung von Beurteilungsrichtlinien verwendet wird. Nicht zuletzt gebietet Art. 33 Abs. 2 GG zur Sicherstellung, dass alle Bewerberinnen und Bewerber für ein öffentliches Amt gleichmäßig beurteilt werden, die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung, ob das in den Beurteilungsrichtlinien vorgesehene Verfahren eingehalten worden ist.

Damit ergibt sich, dass die dienstliche Beurteilung vom 26.05.1998 unwirksam ist, weil sie auf einem fehlerhaften Verfahren beruht. Das beklagte Land hatte den Kläger zur Vorbereitung der Entscheidung, ob er sich im Sinne des § 8 des Arbeitsvertrags bewährt hat, entsprechend Ziffer 3.1.1. der Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer zu beurteilen. Der entsprechenden Anwendung der Ziffer 3.1.1. steht nicht entgegen, dass es sich bei dem Bewährungsurteil nach § 8 des Arbeitsvertrages nicht um eine Beurteilung während der Probezeit gemäß § 5 BAT handelt, von der in Ziffer 6.3. die Rede ist und die für den Kläger nur vier Wochen betragen hat. Denn mit der Vereinbarung in § 8 des Arbeitsvertrages haben sich die Parteien über eine zusätzliche und anders geartete Erprobung geeinigt, für die es auf die Eignung für eine Dauerbeschäftigung ankommt. Ziffer 6.2. schließt nicht aus, dass für Probezeiten außerhalb des § 5 BAT Ziffer 3.1.1. entsprechend Anwendung findet. Dies ist für das Bewährungsurteil nach § 8 des Arbeitsvertrages vielmehr geboten, weil nach

den Ziffern 4.4. und 4.5. lediglich während der Probezeit von einer Notengebung abzu-
sehen ist und stattdessen beurteilt wird, ob sich der Lehrer oder die Lehrerin bewährt,
besonders bewährt oder nicht bewährt hat.

Es war somit verfahrensfehlerhaft, dass die nach Ziffer 2.2. Abs. 2 der Richtlinien er-
forderlichen Unterrichtsbesuche zur Vorbereitung der dienstlichen Beurteilung des Klä-
gers erst für Mai 1998 vorgesehen waren. Denn nach Ziffer 3.2. war die Beurteilung bis
zum 30.04.1998 abzugeben. Bis zu diesem Tag hätten die Unterrichtsbesuche auch
stattfinden können, denn der Kläger war im Zeitraum vom 01.01. bis 30.04.1998 ledig-
lich vom 27. Januar bis 06. Februar und am 03. März arbeitsunfähig krank. Da die
dienstliche Beurteilung vom 26.05.1998 mithin nicht rechtzeitig, und ohne dass vorherige
Unterrichtsbesuche gemäß Ziffer 2.2. der Richtlinien durchgeführt waren, erstellt
worden ist, kann sie keinen Bestand haben.

4. Aus der Unwirksamkeit der Beurteilung folgt indes nicht, dass der Kläger An-
spruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages hat. Denn § 8 des befristete-
ten Arbeitsvertrages enthält für den Fall des Fehlens einer dienstlichen Beurteilung
keine Regelung dahingehend, dass der Kläger dann einen Einstellungsanspruch hat.
Dieser ist aber deshalb zu bejahen, weil sich infolge der fehlerhaften Anwendung der
Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer nicht mehr fest-
stellen lässt, ob sich der Kläger für ein Dauerbeschäftigungsverhältnis bewährt hat.

Das Bewährungsurteil obliegt nicht den Gerichten. Die Befähigungsbeurteilung des
öffentlichen Arbeitgebers verlangt eine vorausschauende Bewertung der Persönlich-
keit, die auf einer Vielzahl von Elementen und deren Gewichtung beruht. So ist etwa
die gesundheitliche Eignung nur ein Aspekt im Rahmen der erforderlichen Gesamt-
prognose. Nichts Anderes gilt z.B. auch für Disziplinprobleme eines Lehrers innerhalb

oder außerhalb des Unterrichts oder sonstige Umstände. Da der einstellenden Behörde bei der Bewertung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ein Beurteilungsspielraum zukommt und die gerichtliche Kontrolle demgemäß begrenzt ist, können die Gerichte nicht ihr Urteil entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB an die Stelle des öffentlichen Arbeitgebers setzen. Dieser hat die Beurteilung vielmehr selbst ordnungsgemäß vorzunehmen (vgl. BAG, Urteil vom 05.03.1980, AP Nr. 6 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG, Urteil vom 02.12.1997, AP Nr. 40 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

Deshalb hat das mit einem Einstellungsbegehren befasste Arbeitsgericht, das Mängel bei der Beurteilung feststellt, den öffentlichen Arbeitgeber hierauf hinzuweisen und ihm bei Setzung angemessener Fristen Gelegenheit zu geben, die Fehler zu beseitigen. Wird davon kein Gebrauch gemacht, ist davon auszugehen, dass begründete Zweifel an der Eignung des Bewerbes oder der Bewerberin nicht mehr bestehen (vgl. BAG, Urteil vom 05.03.1980, a.a.O.). Könnte die Bewährungsbeurteilung des Klägers noch vorgenommen werden, hätte das Berufungsgericht die Berufungsverhandlung daher vertagen müssen, um dem beklagten Land eine fehlerfreie Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung des Klägers zu ermöglichen.

Da jedoch für die Beurteilung der fachlichen Leistung und pädagogischen Eignung eines Lehrers nach Ziffer 2.2. der Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der Lehrerinnen und Lehrer Unterrichtsbesuche vorgeschrieben sind und ohne solche jedem Bewährungsurteil ein zentrales Beurteilungselement fehlt, ergibt sich aus dem Umstand, dass Unterrichtsbesuche nach Ablauf des befristeten Arbeitsvertrages nicht mehr möglich sind, die Unmöglichkeit der Gesamtprognose. Dies führt dazu, dass das beklagte Land dem Kläger den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages anzubieten hat. Denn bei Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann es dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, dass das beklagte Land ihn nicht fristgerecht bis zum 30.04.1998 beurteilt und den Unterrichtsbesuch auch nicht nach Beendigung seiner

krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Mai 1998 bis zum Beginn der Schulferien nachgeholt hat. Die Unmöglichkeit der Abgabe einer ordnungsgemäßen, alle wesentlichen Qualifikationsmerkmale enthaltenden Gesamtbeurteilung liegt mithin im Verantwortungsbereich des beklagten Landes. Deshalb muss es ihm verwehrt sein, sich darauf zu berufen, der Kläger habe sich während der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses für ein Dauerbeschäftigungsverhältnis nicht bewährt.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97, 92 Abs. 1 ZPO.

Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von dem beklagten Land

REVISION

eingelegt werden.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1,
99084 Erfurt,**

eingelegt werden.

Die Revision ist gleichzeitig oder

innerhalb eines Monats nach ihrer Einlegung

schriftlich zu begründen.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

gez. Heinlein

gez. Klingebiel

gez. Baumgarten