



Modularer Aufstieg und Assessmentverfahren im Beamtenrecht

Dr. Maximilian Baßlsperger

Seit der Einführung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG entwickelt sich das Laufbahnrecht in Bund und Ländern stark auseinander. Der Grund für diese Entwicklung ist darin zu sehen, dass die Länder ihre neue Gesetzgebungskompetenz auf diesem Gebiet zur eigenen Akzentsetzung nutzen. Bei den bundes- und landesrechtlichen Neuregelungen zum Laufbahnrecht geht es um eine Verschlankung und Flexibilisierung des Laufbahnrechts, die den Zweck verfolgt, den Leistungsgedanken zu stärken, die Einsatzmöglichkeiten der Beamten auszudehnen und zusätzliche Leistungsanreize für den öffentlichen Dienst zu schaffen. Neben der Neueinteilung der Laufbahnen werden dabei auch neue Methoden des Personalmanagements gesetzlich festgelegt, die sich in der freien Wirtschaft bewährt haben. Diese neuen Methoden müssen allerdings mit den geltenden beamtenrechtlichen Grundsätzen in Einklang stehen.

I. Laufbahnprinzip: Laufbahn – Laufbahngruppe – Fachrichtung

Mit dem Begriff „Laufbahn“ wird allgemein das berufliche Fortkommen des Beamten bezeichnet. Laufbahnrechtliche Regelungen enthalten dabei sowohl die Beamtengesetze von Bund und Ländern, als auch die jeweiligen Laufbahnverordnungen.¹ Eine Laufbahn umfasst nach der klassischen Definition alle Ämter, die eine verwandte oder gleichwertige Vor- und Ausbildung voraussetzen.² Zur Laufbahn gehören auch Vorbereitungsdienst und Probezeit. Aus dieser Systematik resultierten bis zur Neuverteilung der Gesetzgebungskompetenzen gemäß § 11 Abs. 2 BRRG in Bund und Ländern einheitlich die vier **Laufbahngruppen**: einfacher – mittlerer – gehobener – höherer Dienst.

Neben der Vorbildung war und ist für die Einteilung der Laufbahnen noch der jeweilige Tätigkeitsbereich (**Fachrichtung**) von wesentlicher Bedeutung. Damit umfasst eine Laufbahn alle Ämter derselben Fachrichtung (allgemeine innere Verwaltung, Sozialverwaltung, Steuerverwaltung etc.), die eine gleiche Vorbildung und Ausbildung voraussetzen.

Dies ergab folgende, den Grundsatz wiedergebende Laufbahnformel:

Laufbahngruppe + Fachrichtung = Laufbahn³

Beispiele: *Gehobener Dienst in der inneren Verwaltung; mittlerer Dienst in der Steuerverwaltung, höherer bautechnischer Dienst, usw.*

Die dargestellte Formel besitzt außerhalb Bayerns überall dort, wo das tradierte Laufbahngruppensystem beibehalten wurde – z. B. für Bundesbeamte (vgl. § 16 Abs. 1 BBG) – nach wie vor Bedeutung, auch wenn die Zahl der Laufbahnen durch eine Zusammenführung verschiedener Fachrichtungen reduziert wurde.

Bei dem dieser bisher allgemein geltenden Systematik zugrundeliegenden Laufbahnprinzip handelt es sich – worauf Pechstein⁴ hingewiesen hat – um ein Prinzip der **Ämterorganisation**, welches unter fachlichen Gesichtspunkten die einzelnen Ämter nach der für sie jeweils erforderlichen Vor- und Ausbildung so zusammenführt, dass die Anforderungen an eine

rechtsstaatliche Verwaltung gewahrt sind und den grundsätzlich auf Lebenszeit dienenden Beamten eine hinreichende berufliche Entwicklung ermöglicht wird. In dieser Hinsicht müssen die nach ihrer Vorbildung ausgewählten Bewerber für den Einstieg in eine Laufbahn mittels Vorbereitungsdienst und staatlich organisierter Prüfung in der Weise auf ihren späteren Beruf vorbereitet sein, dass sie nicht nur auf einzelne Dienstposten oder bestimmten Arbeitsgebieten einsetzbar sind, sondern sich die erworbene Befähigung auf sämtliche Ämter der Laufbahn erstreckt.⁵

Das Laufbahnprinzip unterliegt wie das Leistungsprinzip nach allgemeiner Ansicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG einem verfassungsrechtlichen Schutz. Jeder Gesetzgeber hat dieses Prinzip nicht nur zu berücksichtigen, sondern zu beachten.⁶ Die Frage, ob dieser Schutz in gleicher Weise für das **Laufbahngruppenprinzip** gilt, ist strittig.⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat sich hierzu jedenfalls noch nicht dezidiert geäußert, was in der Fachliteratur naturgemäß zu verschiedenen Auffassungen führt. Während etwa Lorse⁸, Lecheler⁹ und Pechstein¹⁰ das Laufbahngruppenprinzip als den wesentlichen Leistungsparameter und damit als inhärenten Bestandteil des Laufbahnprinzips einstufen, halten Kathke/Vogl¹¹, zwar das Laufbahnprinzip, nicht aber das Laufbahngruppenprinzip für verfassungsrechtlich abgesichert. Bis zu einer verbindlichen Aussage des Bundesverfassungsgerichts wird man aber zumindest davon ausgehen können, dass das Laufbahngruppenprinzip in der bisher bewährten Form einen Leistungsvergleich der Beamten erleichtert, wenn nicht sogar erst ermöglicht hat.

- 1) Vgl. § 16 ff BBG sowie die BLV (Bund) und die jeweiligen Laufbahnverordnungen der Länder. Für eine Übersicht über sämtliche Laufbahnvorschriften vgl. Pechstein, Laufbahnrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage 2010.
- 2) Baßlsperger, ZBR 1994, S. 111 ff. (115).
- 3) Baßlsperger, Einführung in das neue Beamtenrecht, Kap. 9, Rn. 63.
- 4) Pechstein, ZBR 2008, S. 73 ff. (74); vgl. zum Laufbahn- und Laufbahngruppenprinzip insbesondere auch Summer in Weiß/Niedermair/Summer/Zängl, Beamtenrecht in Bayern, Rn. 70 zu § 1 BeamStG.
- 5) Grigoleit in Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, Art. 33 Rn. 82 m. w. N.; Pechstein (Fn. 4), S. 74.
- 6) Pechstein (Fn. 4), S. 74; Lorse, BayVBl. 2009, S. 449 ff.; Budjarek, ZBR 2010, S. 229 ff.
- 7) Befürwortend etwa Lorse, ZBR 2009, S. 368 ff. (376); ders. (Fn. 6), S. 451; Bochmann, ZBR 2006, S. 69/75; Pechstein, ZBR 2009, S. 20 ff.; ablehnend: Kathke/Vogl, ZBR 2009, S. 9 ff. (15) m. w. N. Es fällt auf, dass diejenigen Autoren, welche das Laufbahngruppenprinzip nicht als von der Verfassung geschützt ansehen, aus dem Bereich des für beamtenrechtliche Angelegenheiten in Bayern zuständigen Finanzministeriums stammen.
- 8) Lorse, ZRP 2010, S. 119 ff. (120).
- 9) Lecheler, Das Laufbahnprinzip (1981) S. 31 ff.; ders., ZBR 1981, S. 265 ff. (266).
- 10) Pechstein (Fn. 7), S. 21 ff.
- 11) Kathke/Vogl (Fn. 7), S. 14 f.



Hinsichtlich der Einteilung in Laufbahngruppen ist es nach der Abschaffung der Rahmengesetzgebung zu gravierenden Neuerungen gekommen¹²:

- Nach dem Laufbahnrecht des Bundes (vgl. § 17 Abs. 2 BLV) besteht das bisherige Laufbahngruppensystem (einfacher – mittlerer – gehobener – höherer Dienst) weiter.¹³ Die Anzahl der Fachlaufbahnen wurde allerdings stark verringert.
- Die Länder Saarland und Brandenburg haben ebenfalls keine Änderung des Laufbahngruppensystems vorgenommen;
- Baden-Württemberg hat die Laufbahngruppe des einfachen Dienstes abgeschafft. Es bestehen damit hier nur mehr drei Laufbahngruppen.
- Die norddeutschen Küstenländer (Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Schleswig Holstein) wurden statt vier jetzt nur mehr zwei Laufbahngruppen statuiert, wobei die höhere 2. Laufbahngruppe eine akademische Vorbildung voraussetzt und an die Stelle des gehobenen und des höheren Dienstes tritt, während die niedrigere 1. Laufbahngruppe künftig den einfachen und mittleren Dienst zusammenfasst. Innerhalb der beiden Laufbahngruppen wird aber sehr wohl nach verschiedenen „Einstiegsstärtern“ differenziert (vgl. z. B. § 14 LBG M-V), womit auch künftig eine gewisse Parallelität zu der bekannten Aufteilung in einfachen – mittleren – gehobenen und höheren Dienst besteht. Die zweigeteilte Regelung der norddeutschen Küstenländer wurde auch in Sachsen-Anhalt statuiert.¹⁴
- In Bayern wurden die Forderungen der früheren bayerischen Staatsregierung nach einer einheitlichen und durchgehenden Leistungslaufbahn mit sechs Fachlaufbahnen unter Verzicht auf die bisher bestehende Ämterordnung durch das neue Leistungslaufbahngesetz erfüllt.¹⁵ Innerhalb der Leistungslaufbahn wurden vier „Qualifikationsebenen“ begründet. Allerdings ist der „Normalfall“ des Einstiegs in eine der vier

Qualifikationsebenen auch in Bayern (wie früher bei den vier Laufbahngruppen, s. o.) von der Erfüllung bestimmter Mindestbildungsvoraussetzungen abhängig.¹⁶ Diesem Modell folgt auch die Reform in Rheinland-Pfalz, die am 1.7.2012 in Kraft treten soll.¹⁷

Im Rahmen der neuen laufbahnrechtlichen Bestimmungen wurden neue Methoden der Personalrekrutierung und –entwicklung in den Laufbahnvorschriften verankert. Im Wesentlichen geht hier darum, für die Zukunft ein eigenes – neues – Zugangssystem zum Berufsbeamtentum und eine stärkere Durchlässigkeit der bisher bestehenden vertikalen Laufbahngrenzen zu schaffen. Im Folgenden soll auf zwei dieser neuen Instrumente besonders eingegangen werden: Modularer Aufstieg und Assessmentverfahren.

II. Modularer Aufstieg (Modulare Qualifizierung) in die nächste Laufbahngruppe (Qualifikationsebene)

1. Aufstiegsarten

Ein Laufbahnwechsel war nach bisherigem Recht sowohl in horizontaler Richtung (Wechsel der Fachrichtung), als auch in vertikaler Richtung (Wechsel der Laufbahngruppe) im Beamtenrecht vorgesehen.¹⁸ Durch die Zusammenfassung der vielen bisher bestehenden Laufbahnen in wenige Fachlaufbahnen ist dabei eine wesentliche Vereinfachung erfolgt. Der vertikale Wechsel der Laufbahn ist allgemein als „Aufstieg“ bekannt.¹⁹

Nach dem bisher üblichen System wurde der Aufstieg in die höhere Laufbahngruppe dadurch erreicht, dass ein Beamter nach Zuerkennung der Aufstiegseignung in der periodischen Beurteilung, einer Einführungszeit und dem Bestehen einer speziellen, an den Erfordernissen des für die Zukunft geplanten Einsatzgebietes in der höheren Laufbahngruppe ausgerichteten Prüfung – wie jeder Regelbewerber – an der laufbahnspezifischen Ausbildung teilgenommen und die vorgeschriebene Laufbahnprüfung absolviert hat (**Ausbildungsaufstieg**, vgl. § 35 Abs. 1 BLV).²⁰

Eine andere Form des Aufstiegs stellt der sog. „**Verwendungsaufstieg**“ (Praxisaufstieg) dar.²¹ Bei dieser Form war ein bestimmtes Mindestalter vorgeschrieben, der Einsatz in der höheren Laufbahngruppe war auf bestimmte Einsatzgebiete beschränkt, an die der Aufstiegsbeamte bei seiner (künftigen) Tätigkeit gebunden war. Der Aufstieg war nur bis zu einem bestimmten (besoldungsrechtlichen) Amt vorgesehen.²² Eine theoretische Prüfung war z. B. für einen Aufstieg in den gehobenen Dienst möglich.²³ Eine solche Prüfung war aber nicht in jedem Fall Voraussetzung für einen Aufstieg, weil man davon ausging, dass der Beamte die Aufgaben bestimmter begrenzter Ämter seiner neuen Laufbahn (= höhere Laufbahngruppe) aufgrund seiner in der alten Laufbahn (= niedrigere Laufbahngruppe) gezeigten Leistungen sehr wohl erfüllen könne.

Eine **Besonderheit** bildet der Aufstieg vom gehobenen in den **höheren Dienst**. Hier kommt ein Ausbildungsaufstieg schon deswegen nicht in Frage, weil der Eingang in die Laufbahngruppe des höheren Dienstes im „Normalfall“ ein abgeschlossenes Studium an einer Universität vorausgesetzt hat oder – nach neuerem Recht (vgl. § 17 Abs. 5 Nr. 1 BLV) – zumindest den „Masterabschluss“ an einer Fachhochschule voraussetzt. Zwar können sich etwa Beamte des Bundes für die Laufbahngruppe des höheren Dienstes auch durch ein entsprechendes Hochschulstudium qualifizieren (vgl. § 39 BLV),²⁴ in der Regel geschieht ein solcher Wechsel der Laufbahngruppe auch hier durch die Zulassung zum Aufstieg in der periodischen Beurtei-

12) Eine Übersicht und einen Vergleich der neuen Regelungen findet man bei *Pechstein* (Fn. 1).

13) Nach § 17 Abs. 5 BLV berechtigt jeder „Masterabschluss“ – auch wenn er an einer Fachhochschule erzielt wurde – zu einer Übernahme in den höheren Dienst. Vgl. hierzu insbesondere: *Peters/Lösch/Grünwald*, ZBR 2009, S. 1 ff. (2 f.).

14) In den Ländern Berlin, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Thüringen war die Einteilung in (neue) Laufbahngruppen zur Zeit der Erstellung des Manuskripts noch offen; vgl. zur Entwicklung auch *Drescher*, RiA 2011, S. 10 ff. (13). Zu den norddeutschen Küstenländern s. insbesondere *Seeck*, RiA 2011, S. 1 ff.

15) Dieses Gesetz löst sowohl die bisher im BayBG enthaltenen Laufbahnvorschriften, als auch die bis 31.12.2010 geltende Laufbahnverordnung ab. Vgl. dazu insbesondere *Lorse*, (Fn. 6), S. 450 f.

16) Diese Tatsache hat *Pechstein* (Fn. 7), S. 28 dazu veranlasst, hinsichtlich der neuen bayerischen „Leistungslaufbahn“ von einem „**alten Wein in neuen Schläuchen**“ zu sprechen.

17) GVBl. 2010, S. 319.

18) *Baßlperger* (Fn. 2).

19) Da es in Bayern – zumindest formal – keine Laufbahngruppen mehr gibt, kann es auch keinen Aufstieg mehr geben. An die Stelle des Aufstiegs tritt hier eine „Qualifizierung“.

20) Zur bundesrechtlichen Regelung vgl. *Battis*, BBG, § 22, Rn. 34.

21) Die BLV 2009 hat diese Form des Aufstiegs abgeschafft, vgl. *Battis* (Fn. 20). Für den Aufstieg in den gehobenen oder höheren Dienst ist es nach §§ 35 Abs. 1 Nr. 2/39 BLV möglich, sich durch ein Hochschulstudium zu qualifizieren.

22) Vgl. etwa § 24 LbVO Rheinland-Pfalz.; §§ 28, 34, 41 ThürLbVO; § 24 Satz 2 LBG LSA und § 19 LVO LSA, oder § 27 BremLVO für den Wechsel bei nur mehr zwei Laufbahngruppen; für Bremen vgl. außerdem: § 26 BremLVO („Abgeschichteter Aufstieg“).

23) *Mehre*, KommunalPraxis BY 2010, S. 207 ff. (207) mit Hinweis auf die Bek. des LPA vom 14.5.2009, Bayer. Staatsanzeiger Nr. 24.

24) Zum Bundesrecht *Battis* (Fn. 20).





lung, der Absolvierung einer Einführungszeit (in der Regel 2 Jahre und sechs Monate), in welcher der Beamte des gehobenen Dienstes auf die Aufgaben des höheren Dienstes vorbereitet werden soll und dem Bestehen einer entsprechenden Aufstiegsprüfung. Im Rahmen der Einführung wurden und werden fachtheoretische Unterrichtseinheiten angeboten, deren Inhalt überwiegend juristischer Natur ist. Der erfolgreiche Abschluss der Vorbereitung wurde und wird – wie etwa nach § 33 Abs. 4 LVO Bremen – durch das Bestehen einer (mündlichen) Theorieprüfung nachgewiesen.²⁵ In den Ländern, in denen eine Reduzierung auf nur zwei Laufbahngruppen erfolgte, stellt sich die Übernahme in das 2. Einstiegsamt innerhalb der Laufbahngruppe 2 (dem früheren höheren Dienst) als Beförderung von A 13 nach A 14 dar, Voraussetzung ist hier nunmehr entweder das Nachholen des geforderten Hochschulabschlusses oder die Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen, welche, in Verbindung mit der bereits beim jeweiligen Beamten vorhandenen Berufserfahrung zur Qualifikation führen.²⁶

Eine **weitere Besonderheit** besteht bei den norddeutschen Küstenländern, bei denen nur mehr zwei Laufbahngruppen gesetzlich vorgesehen sind, hinsichtlich des Aufstiegs von der Laufbahngruppe 1 in die Laufbahngruppe 2 (früher Aufstieg vom mittleren in den gehobenen Dienst). Danach können sich etwa Beamte des Einstiegsamtes 2 der Laufbahngruppe 1 in Schleswig-Holstein für ein Amt des Einstiegsamtes 1 der Laufbahngruppe 2 auf drei verschiedene Arten qualifizieren:

- Im Rahmen des „Regelaufstiegs“ (§ 25 ALVO S-H), der bereits nach einer Dienstzeit von nur fünf Jahren nach Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit (= Ablauf der Probezeit) und Erreichen des ersten Beförderungsamtes (A 7) begonnen werden kann.
- Durch einen „Schnellaufstieg“ (§ 26 ALVO S-H). Diese Art des Aufstiegs setzt ein qualifiziertes Ergebnis bei der Laufbahnprüfung („besser als befriedigend“) voraus und kann innerhalb von mindestens einem und höchstens drei Jahren nach Ablegung der Laufbahnprüfung begonnen werden.
- Beim sog. „Bewährungsaufstieg“ (§ 27 ALVO S-H) können Beamte, die ihre Laufbahn (bzw. Laufbahngruppe) bereits durchlaufen und eine Dienstzeit von mindestens 15 Jahren erfüllt haben, bei entsprechenden Leistungen zum Aufstieg zugelassen werden. Eine Einführung und eine Prüfung ist dabei nicht vorgesehen. Die Aufstiegsbeamten müssen allerdings drei Jahre lang Aufgaben der Laufbahngruppe 2 selbstständig wahrnehmen und sich hierbei bewähren. Sie müssen außerdem in dieser Zeitspanne mindestens 400 Stunden an geeigneten Fortbildungsmaßnahmen teilnehmen. Die oberste Dienstbehörde stellt dann die Bewährung für die neue Laufbahn fest.

Das Aufstiegsverfahren ist in den sog. „Norddeutschen Küstenländern im Übrigen nicht einheitlich geregelt. Bremen kennt etwa neben dem mit einer Aufstiegsprüfung endenden „Regelaufstieg“ (§ 25 BremLVO) außerdem noch die Formen des zweigegliederten „abgeschichteten Aufstiegs“ (§ 26 BremLVO). Hiernach erfolgt im ersten Teil die praktische und fachtheoretische Einführung in die Aufgaben der neuen Laufbahn zunächst bis zur Besoldungsgruppe A 11 (eingeschränkte Laufbahnbefähigung). In einem zweiten Teil erfährt der Aufstiegsbeamte eine wissenschaftlich orientierte Ausbildung in Form eines einjährigen Ausbildungslehrganges. Dieser schließt mit einer Prüfung ab, mit deren Bestehen der Beamte die Befähigung für die 2. Qualifikationsebene erwirbt. Daneben existiert ein sog. „Praxisaufstieg“ (§ 27 BremLVO), der dem Verwendungsaufstieg (siehe oben) entspricht und bei welchem der Beamte höchstens ein Amt der Besoldungsgruppe A 11 errei-

chen kann. Nach § 8 Abs. 3 HmbLVO erfolgt für die zum Aufstieg zugelassenen Beamten eine Einführung in die Aufgaben der höheren Laufbahn, deren Dauer und Inhalt die jeweilige oberste Dienstbehörde festlegt. Diese Einführung schließt im Regelfall mit einer Aufstiegsprüfung ab, wobei es sich auch um die sonst für Regelbewerber übliche Laufbahnprüfung handeln kann. Nach § 8 Abs. 4 HmbLVO kann der erfolgreiche Abschluss der Einführung allgemein oder im Einzelfall auch anders als durch eine solche Prüfung erfolgen. In diesen Fällen stellt die oberste Dienstbehörde den erfolgreichen Abschluss der Einführung fest.

2. Modularer Aufstieg (Modulare Qualifizierung)

Eine **Modulare Qualifizierung** ist sowohl nach Bundesrecht (vgl. § 35 Abs. 2 BLV), als auch nach Landesrecht neu zu den bisherigen Aufstiegsformen hinzugetreten²⁷. Während nach dem Bundesrecht der modulare Aufstieg dazu dienen soll, als familienfreundliches Konzept Benachteiligungsverbote nach § 25 BBG zu berücksichtigen, ersetzt die Modulare Qualifizierung in Bayern künftig zum einen den prüfungsfreien Verwendungsaufstieg und zum anderen den Aufstieg vom gehobenen in den höheren Dienst.²⁸ Für Bewerber der dritten Qualifikationsebene um den Eintritt in die vierte Qualifikationsebene (früher: höherer Dienst) stellt sie die einzige Möglichkeit der Qualifizierung dar. Auch hier wird die Familienfreundlichkeit des neuen Modells hervorgehoben. Ein weiterer Vorteil wird darin gesehen, dass die Wissensvermittlung frühzeitig beginnen kann. Da in Bayern die Laufbahngruppen in der bisherigen Form abgeschafft wurden, stellt die Modulare Qualifizierung nach Art. 17 Abs. 6 LlbG eine Voraussetzung dafür dar, in das erste Beförderungsamts der nächsthöheren Qualifikationsebene (Besoldungsgruppen A 7, A 10 oder A 14) befördert zu werden.²⁹ Deshalb tritt die Modulare Qualifizierung für die Beförderung in die Besoldungsgruppen A 7 und A 10 (früher mittlerer und gehobener Dienst) *neben* die bisher bereits bekannte Form des Regelaufstiegs (jetzt Ausbildungsqualifizierung, vgl. Art. 37 LlbG). Der erfolgreiche Abschluss der Modularen Qualifizierung berechtigt jedoch – im Gegensatz zur Ausbildungsqualifizierung – nicht zum Überspringen von Ämtern.³⁰

Tragender Gedanke des neuen Systems einer Modularen Qualifizierung ist, dass jeder Beamte zu einem „lebenslangen Lernen“ verpflichtet werden soll, damit er sich „zeitnah“ beruflich fortentwickeln kann.³¹ Ziel der Modularen Qualifizierung ist es folglich, den Beamten inhaltlich und zeitgenau auf die Anforderungen der nächsthöheren Qualifikationsebene vorzubereiten. Eine Modulare Qualifizierung ist dagegen nicht möglich, wenn eine **bestimmte Vor- oder Ausbildung** gesetzlich vorgeschrieben ist (Ärztlicher Dienst – Richterlaufbahn). Mit Ausnahme der Richterlaufbahn stellt etwa der erfolgreiche Abschluss der 2. Juristischen Staatsprüfung also in keinem Fall

25) Vgl. etwa für NRW: § 40 LVO NRW; für Bayern: § 51 LbV vom 1.4.2009 (GVBl. S. 51), für Thüringen: § 41 ThürLbVO; § 29 SächsLVO, vgl. Pechstein (Fn. 1) S. 710 ff.; § 25 BremLVO (drei Jahre Einführungszeit) und § 18 Abs. 6 LVO LSA und § 8 HmbLVO für den Wechsel bei nur mehr zwei Laufbahngruppen; vgl. dazu auch *Pechstein* (Fn. 1) S. 773.

26) *Seek* (Fn. 14), S. 8; vgl. dazu §§ 10 Abs. 2/22 Abs. 5 ALVO SH und § 6 Abs. 4 HambLVO.

27) Vgl. Art. 20 des neuen Leistungslaufbahngesetzes (LlbG) vom 5.8.2010, S. 410/571.

28) *Mehre*, (Fn. 23) S. 7; *Kathke/Eck*, ZBR 2009, S. 361 ff. (362).

29) Sie ist dagegen keine Form des allgemeinen Qualifikationserwerbs nach § 6 Abs. 1 Satz 1 LlbG, vgl.: *Konrad* in *Keck/Puchta/Konrad*, Laufbahnrecht in Bayern, Art. 20 LlbG, Rn. 2 und 8.

30) *Konrad* (Fn. 29), Rn. 8 und 9.

31) *Konrad* (Fn. 29), Rn. 3 und 4.





eine „bestimmte Vor- und Ausbildung“ für die Übernahme in den höheren Dienst (bzw. die vierte Qualifikationsebene) dar.

3. Ablauf der Qualifizierung und Modulhalte

Der **Ablauf** der Modularen Qualifizierung kann und soll sich über mehrere Ämter erstrecken. Die bisher übliche Einführungszeit entfällt. Wird dem Beamten die Eignung zur Modularen Qualifizierung in der periodischen Beurteilung zuerkannt, so kann diese auch bereits im Eingangsamt seiner Laufbahn beginnen.³² Der Beamte muss aufgrund seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung (Art. 33 Abs. 2 GG) erwarten lassen, dass er den Aufgaben der höheren Laufbahngruppe (Qualifikationsebene) gerecht wird. Dabei können sich die Maßnahmen der Modularen Qualifizierung aber über mehrere Beurteilungszeiträume erstrecken, wobei in diesem Fall jede weitere Beurteilung einen entsprechenden Eignungsvermerk enthalten muss.³³ Ein formeller – konstitutiver – Zulassungsakt zur Modularen Qualifizierung ist dagegen ebenso wenig erforderlich, wie ein bestimmtes Prädikat (eine bestimmte Note) in der Beurteilung oder eine Mindestdienstzeit. Allerdings verbleibt es bei der zeitlichen Beschränkung insofern, als eine Beförderung nach erfolgreich abgeschlossener Qualifizierung erst nach einer bestimmten Mindestdienstzeit erfolgen darf.³⁴

Im Rahmen der modularen – berufsbegleitenden – Qualifizierung soll eine entsprechende Qualifikation für *alle Ämter* ab der nächsthöheren Qualifikationsebene einer Fachlaufbahn vermittelt werden.³⁵ An dieser Vorgabe hat sich der Inhalt der Module

zu orientieren. Diese Inhalte legt die jeweilige oberste Dienstbehörde fest, wobei sich bei unterschiedlichen obersten Dienstbehörden auch unterschiedliche Inhalte ergeben werden. Deshalb besitzt der Landespersonalausschuss hier eine Kontrollfunktion: Er ist in die Modulare Qualifizierung mit einbezogen und genehmigt die unterschiedlichen Systeme. Außerdem stimmt er den entsprechenden Rechtsverordnungen der Staatsministerien zu.³⁶ Die Genehmigung des Landespersonalausschusses setzt voraus, dass die jeweilige Form der modularen Qualifizierung die Beamten und Beamtinnen auf die Anforderungen der nächsthöheren Qualifikationsebene hinreichend vorbereitet und dass die Qualifizierungen sowohl inhaltlich als auch zeitlich miteinander zumindest vergleichbar sind. Der Landespersonalausschuss „akkreditiert“ also die jeweiligen Systeme des modularen Aufstiegs.

Die Module der einzelnen obersten Dienstbehörden können dabei „Pflichtmodule“ oder „Wahlpflichtmodule“ sein.³⁷ Die Qualifizierung hat sich dabei zunächst an der Vor- und Ausbildung sowie der vorhandenen förderlichen Berufserfahrung der jeweiligen Qualifizierungsebene zu orientieren, welcher der Bewerber bisher angehört. Die Ausbildungsinhalte der zu absolvierenden Module führen die typischerweise vorhandene förderliche Berufserfahrung des Bewerbers fort, die er in seiner Fachlaufbahn in seiner Qualifikationsebene (Laufbahngruppe) bisher bereits erworben hat. Gleichzeitig sollen die Module den Beamten auf die höheren Anforderungen ab der angestrebten Qualifikationsebene vorbereiten. Die Qualifikationsgrundlagen und –maßnahmen sollen sich dabei nicht nur über mehrere Ämter erstrecken, sie können sogar über die Ämter der nächsthöheren Qualifikationsebene hinausreichen.³⁸ Konsequenterweise soll die Ausbildung deshalb auch fachübergreifende Inhalte aufweisen.³⁹ Überfachliche Module werden dabei voraussichtlich in der Hauptsache sog. „*soft skills*“ darstellen, wie Personal- oder Gesprächsführung, Konflikt und Stressbewältigung, Zeitmanagement, Verhalten am Arbeitsplatz, Führungskompetenz etc.⁴⁰ Daneben sind aber auch juristische bzw. fachliche Themen nach wie vor möglich, ob sie auch notwendig sind, das entscheidet die oberste Dienstbehörde.⁴¹

Bereits absolvierte Fortbildungen können als Maßnahmen der Modularen Qualifizierung anerkannt werden.⁴² Hat der Beamte bereits geeignete Fortbildungsveranstaltungen besucht, so kann allein aufgrund einer entsprechenden Teilnahmebestätigung eine Anrechnung auf die modulare Ausbildung erfolgen.

Zum Abschluss des Verfahrens stellt die oberste Dienstbehörde nach Absolvierung aller für die Qualifizierung vorgesehenen Module den erfolgreichen Abschluss der Modularen Qualifizierung fest⁴³, wobei auch Teilfeststellungen möglich sind.⁴⁴ Es handelt sich hierbei um einen feststellenden, begünstigenden Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG. Die Regelung liegt dabei in der verbindlichen Feststellung des erfolgreichen Abschlusses der Modularen Qualifizierung und der damit verbundenen Feststellung der Befähigung für die nächste Qualifikationsebene. Insofern liegt keine (unselbstständige) Maßnahme vor, die lediglich einer anschließenden Beförderung vorausgeht.⁴⁵

4. Erfolgsnachweise statt Prüfungen

Der modular ausgestaltete berufsbegleitende Aufstieg ist nicht von einer Aufstiegsprüfung abhängig. Eine zentrale Prüfung vor einer unabhängigen Stelle (Landespersonalausschuss) entfällt. Von den Maßnahmen der Modularen Qualifizierung „**soll**“ vielmehr lediglich **eine** mit einem fachlich theoretischen Inhalt

32) *Konrad* (Fn. 29), Rn. 31 mit dem Hinweis, dass hier noch eine gewisse „Prognoseunschärfe“ gegeben sein wird.

33) Vgl. Art. 58 Abs. 5 Nr. 2 LlbG; die Zuerkennung darf nicht länger als vier Jahre zurückliegen; s. auch *Eck*, KommunalPraxis BY 2010, S. 213 ff. (214).

34) Die Mindestdienstzeit beträgt in Bayern 10 Jahre, vgl. Art. 17 Abs. 6 Satz 2 LlbG.

35) *Voitl/Luber*, Das neue Dienstrecht in Bayern 2009, S. 62.

36) Vgl. Art. 20 Abs. 3 und 67 Abs. 1 Nr. 4 LlbG.

37) *Voitl/Luber* (Fn. 35), S. 64.

38) *Konrad* (Fn. 29), Rn. 33; *Mehre* (Fn. 23), S. 210.

39) Vgl. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 LlbG.

40) Vgl. *Mehre* (Fn. 23), S. 209; *Baßlsperger*; www.rehmnetz.de/.../Lothar-Matthaeus-wird-Ministerialrat-in-Bayern-3055.html

41) Hier ist allerdings in Bayern eine gewisse Koordinierung der verschiedenen Systeme durch den LPA vorgesehen, vgl. Art. 20 Abs. 3 LlbG

42) Vgl. Art. 20 Abs. 2 Satz 8 und 66 LlbG.

43) Deshalb ist z. B. bei Gemeinden der Gemeinderat bzw. der 1. Bürgermeister zuständig für die Feststellung der Eignung für die nächste Qualifikationsebene. Vgl. zur Eignungsfeststellung Art. 20 Abs. 5 LlbG. Bei einem erfolgreichen Abschluss der modularen Qualifizierung entfällt das in Art. 17 Abs. 6 Satz 1 LlbG enthaltene Beförderungsverbot für die Ämter A 7, A 10 und A 14. Die Beförderung darf allerdings nicht vor Ablauf einer Dienstzeit (Art. 15 LlbG) von zehn Jahren erfolgen, sofern die Qualifikation von dem Beamten nach Art. 20 LlbG im Rahmen der modularen Qualifizierung erworben wird (Art. 17 Abs. 6 Satz 2 LlbG). Die übrigen in Art. 17 LlbG enthaltenen Beförderungverbote sind aber auch bei der Modularen Qualifizierung einzuhalten. Es entfällt jedoch die Beschränkung auf bestimmte Dienstposten oder Verwendungsbereiche. Die Fachlaufbahn ist vielmehr nach oben offen. Aber auch die modulare Qualifizierung verleiht keinen Anspruch auf Beförderung.

44) So bedarf es nach Art. 17 Abs. 6 i. V. m. Art. 20 Abs. 5 Satz 2 LlbG für eine Beförderung nach A 14 einer Teilfeststellung für die ersten drei Module. Für eine Beförderung nach A 15 wird dagegen den erfolgreichen Abschluss der gesamten Modularen Qualifizierung verlangt, vgl. *Mehre*, (Fn. 23), S. 209 und 210.

45) A.A.: *Voitl/Luber* (Fn. 35), S. 65, die mangels einer Regelungswirkung das Vorliegen eines Verwaltungsakts verneinen; das Problem wird bei *Konrad* (Fn. 27), Rn. 48 nicht behandelt.





mit einer **Prüfung** enden,⁴⁶ wobei diese Prüfung aber keine solche im Sinne der sonst einschlägigen Allgemeinen Prüfungsordnung ist.⁴⁷ Die jeweilige oberste Dienstbehörde besitzt einen weiten Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Art, des Inhalts und des Umfangs der einzelnen Erfolgsnachweise.⁴⁸ Prüfungen sollen schon deswegen mit dem Sinn und Zweck der modularen Qualifizierung nicht vereinbar bzw. nicht möglich sein, weil diese Module überwiegend „soft skills“ zum Inhalt haben und die Beamten deswegen durch praktische Übungen wie Rollenspiele, gemeinsame Projektarbeiten oder Präsentationen ihre notwendige Handlungsfähigkeit und Führungskompetenz beweisen könnten.⁴⁹ Das schriftliche oder mündliche Abfragen lediglich „gepaukten Wissens“ in einer Abschluss- oder Aufstiegsprüfung soll bei der Modularen Qualifikation vermieden werden. Eine schriftliche oder mündliche Schlussprüfung ist nach den Befürworten des neuen Systems mit dem Gedanken der Leistungslaufbahn nicht vereinbar.⁵⁰ Vielmehr genügen sog. „Erfolgsnachweise“. Ein solcher Erfolgsnachweis ist – worauf *Mehre*⁵¹ – hinweist – insbesondere allein darin zu sehen, dass der jeweilige Dozent eines Moduls dem Bewerber um den beruflichen Aufstieg eine (bloße) Teilnahmebestätigung aushändigt.

III. Kritik an der Modularen Qualifizierung und am prüfungsfreien Aufstieg

Die Modulare Qualifizierung und die Formen des prüfungslosen Aufstiegs sind in der beamtenrechtlichen Literatur auf Kritik gestoßen. Diese Kritik lässt sich dabei in drei Kategorien einteilen: Verstoß gegen das Leistungsprinzip, Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und Gefahr der Ämterpatronage.

1. Verstoß gegen das Leistungsprinzip

Das Leistungsprinzip ist – wie das Laufbahnprinzip – ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG. Es gibt den Maßstab für den Zugang zu den öffentlichen Ämtern vor. Die Kritik an dem neuen System betrifft zunächst den Wegfall einer zentralen und nach Wettbewerbskriterien ausgerichteten Prüfung. Da die modulare Qualifikation nicht von einer Aufstiegsprüfung abhängig ist und eine zentrale Prüfung durch eine unabhängige Stelle (Landespersonalaussschuss) entfällt, fehlt ein wesentliches Element der Leistungskontrolle, was naturgemäß die Leistungsanforderungen an den Bewerber reduziert.⁵² Aus diesem Grunde hat etwa *Hilg* den prüfungsfreien Aufstieg – bzw. die nahezu prüfungsfreie Qualifikation – als „Aufstieg light“ bezeichnet.⁵³

Durch den Wegfall des Prüfungserfordernisses werden gerade bei der Modularen Qualifikation in Bayern Bedenken gegen die Vorschrift des Art. 94 Abs. 2 Satz 1 der bayerischen Landesverfassung erhoben.⁵⁴ Diese lauten:

„Öffentlichen Ämter stehen allen wahlberechtigten Staatsbürgern nach ihrer charakterlichen Eignung, nach ihrer Befähigung und ihren Leistungen offen, die, soweit möglich, durch Prüfungen im Wege des Wettbewerbs festgestellt werden.“

Die Befürworter einer prüfungsfreien Qualifizierung wenden ein, dass Art. 94 Abs. 2 BV eine Prüfung nur vorsieht, *soweit* eine solche Prüfung überhaupt *möglich* ist.⁵⁵ Es ist zum einen verständlich, wenn man bei den geplanten „soft skills“ als wesentliche Modulinhalt die Ergebnisse der Qualifizierungsmaßnahmen nicht mehr für prüfungswert hält. Dies ist aber letztendlich die Konsequenz aus der Tatsache, dass man die bisherigen Prüfungsinhalte entsprechend geändert und „entschärft“ hat.

Art. 94 Abs. 2 BV sieht zum anderen die Gleichstellung von Prüfungen und Erfolgsnachweisen nicht vor.⁵⁶ „soft skills“ wurden bisher durch entsprechende Fortbildungsmaßnahmen berufsbegleitend angeboten. Jetzt bilden sie die Voraussetzung für den beruflichen Aufstieg. Dies ist die Konsequenz daraus, dass die Modulare Qualifizierung keine Erschwernis zum derzeitigen Aufstieg bedeuten soll.⁵⁷

Nach der Konstruktion des Leistungslaufbahngesetzes handelt es sich bei der Modularen Qualifizierung nicht mehr um eine Form des Aufstiegs, sondern um die Schaffung der Voraussetzung für eine Beförderung in der nächsthöheren Qualifikationsstufe.⁵⁸ Auch diese Neuerung könnte gegen das verfassungsrechtliche Gebot einer Erfolgskontrolle sprechen. Dabei darf allerdings Satz 2 des Art. 94 Abs. 2 BV nicht übersehen werden. Dieser lautet:

„Für die Beförderung des Beamten gelten dieselben Grundsätze.“

Ein weiteres Kriterium, das für die Modulare Qualifikation sprechen soll, ist die leistungsfördernde *zeitnahe* und *aktuelle* Ausgestaltung der entsprechenden Weiterbildungsmaßnahmen, die gegenüber dem bisherigen System besser aufeinander abgestimmt und miteinander verknüpft werden könnten.⁵⁹ Dieser „Verbesserung“ wird allerdings entgegengehalten, dass eine Aktualität der Module schon deswegen nicht gewährleistet sein kann, weil sich die Modulare Qualifizierung nach ihren eigenen Grundsätzen über mehrere Beförderungssämter hin erstrecken soll.⁶⁰

Nach einem wichtigen und wohl überwiegenden Teil der Literatur⁶¹ kann das Leistungsprinzip nur durch entsprechende – objektive – Leistungskontrollen gesichert werden. Ein Qualifikationsprozess ohne Leistungssicherung wird abgelehnt, weil es hierdurch automatisch zu einer qualitativen Absenkung der Leistungsanforderungen kommen muss. Dazu tritt, dass der Landespersonalaussschuss in Bayern nur mehr im Voraus die einzelnen Systeme genehmigen, deren Durchführung aber nicht mehr kontrollieren kann. „Nicht geprüfte Qualität“⁶² ist aber schon deswegen keine ausreichende Qualität, weil es bereits an einer wesentlichen Grundvoraussetzung (einer Prüfung) mangelt.

An die Stelle einer objektiven Prüfung tritt bei einem prüfungsfreien beruflichen Aufstieg *de facto* die in der Beurteilung zum Ausdruck gekommene berufliche Leistung. Die Beurteilung nimmt deshalb stärker als bisher Einfluss auf die laufbahnrechtliche Entwicklung des Beamten. Nicht Vorbildung und Bildung, sondern Berufserfahrung, sowie die durch den Beurteiler festgestellte Leistungs- und Verantwortungsbereitschaft des

46) Art. 20 Abs. 2 Satz 6 LlbG.

47) *Konrad* (Fn. 29), Rn. 36.

48) *Konrad* (Fn. 29), Rn. 39.

49) *Mehre* (Fn. 23), S. 210; *Konrad* (Fn. 29), Rn. 41.

50) *Mehre* (Fn. 23), S. 210; *Kathke*, *Kommunale Praxis* 2010, S. 202 ff. (203); *Kathke/Eck*, (Fn. 28), S. 365.

51) *Mehre* (Fn. 23), S. 210.

52) *Lorse* (Fn. 8), S. 120.

53) *Hilg*, *apf* 2010, S. B 41 ff. (46).

54) *Lorse* (Fn. 8), S. 120; *Hilg* (Fn. 53), S. B 46.

55) *Kathke/Vogl* (Fn. 7), S. 15 f.; *Kathke/Eck* (Fn. 28), S. 364/365.

56) *Hilg* (Anm. 53), S. B 47.

57) *Mehre* (Fn. 23), S. 208.

58) Vgl. dazu insbesondere *Kathke/Vogl* (Fn. 7), S. 15.

59) *Mehre* (Fn. 23), S. 208; *Kathke/Eck* (Fn. 28), S. 362.

60) *Lorse* (Fn. 7), S. 378.

61) *Lorse* (Fn. 6), S. 453; *ders.* (Fn. 7), S. 378; *Pechstein* (Fn. 7), S. 30 f.; *Hilg*, *BayVBl.* 2009, S. 459 ff. (459); *ders.* (Anm. 52), S. B 46.

62) *Pfeil*, *bvhd-Nachrichten* 2010, S. 15.





Beamten sind für einen prüfungsfreien oder – wie in Bayern – nahezu prüfungsfreien beruflichen Aufstieg entscheidend.⁶³ Allgemein verbindliche, objektive Qualitäts- und Wertmaßstäbe gehen dabei verloren.

Als weiteres Argument für den prüfungsfreien Aufstieg wird darauf verwiesen, dass sich die Prüfungsleistungen im Laufe der Dienstzeit zugunsten der Bewährung im Dienst verlagern würden.⁶⁴ Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass der (nahezu) prüfungsfreie modulare berufliche Aufstieg nicht für eine Beförderung in der „vierte Qualifikationsebene“, sondern auch in den anderen Qualifikationsebenen erfolgen soll.⁶⁵

Die Funktionen beamtenrechtlicher Prüfungen stellen sich nach Zängl⁶⁶ wie folgt dar: Durch die *Kontrollfunktion* wird festgestellt, ob ein Prüfungsteilnehmer die vermittelten Kenntnisse und Fertigkeiten in ausreichendem Umfang besitzt oder erworben hat. Durch die *Prognosefunktion* wird dem Dienstherrn ein Urteil ermöglicht, ob der Prüfungsteilnehmer voraussichtlich die Anforderungen eines neuen Aufgabenbereichs gewachsen sein wird. Eng damit hängt der *Befähigungsfunktion* zusammen, denn als Folge des Bestehens einer Prüfung wird unterstellt, dass der Beamte eine bestimmte Befähigung für die Übernahme von Ämtern besitzt, die ihm im Wege der Ernennung verliehen wird. Eine spezifische beamtenrechtliche Bedeutung hat nach Zängl⁶⁷ auch noch die *Auslesefunktion*, weil damit der Leistungsgrundsatz nach Art. 33 Abs. 2 GG bestmöglich erfüllt wird. Weitere wichtige beamtenrechtliche Grundsätze sind *Wettbewerb* und *Anonymität*. Beamtenrechtliche Prüfungen stellen insofern für den Dienstherrn die Chance dar, die berufliche Förderung seiner Beamten aufgrund sachgerechter und objektiver Maßnahmen vorzunehmen.⁶⁸

2. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsprinzip

Während der Bund eine entsprechende Aufstiegsprüfung fordert (§ 22 Abs. 5 Satz 1 BBG),⁶⁹ wird eine solche Prüfung in Bayern und einigen anderen Bundesländern nicht (mehr) für notwendig erachtet. Eine „*Gleichwertigkeit*“ der Verfahren besteht deshalb bereits im Ansatz nicht. Der Gleichheitsgedanke mag zwar zunächst dadurch tangiert sein, dass die Modul Inhalte und Aufstiegsanforderungen im föderalen Vergleich nicht zueinander passen. Dies ist jedoch die logische Konsequenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG und der darin enthaltenen Kompetenz der einzelnen Länder für das Laufbahnrecht ihrer Beamten.

Landesintern besteht eine weitere Gefahr darin, dass die verschiedenen obersten Dienstbehörden den Inhalt der Aus- und

Fortbildungsmaßnahmen in eigener Verantwortung ausgestalten. Der Landespersonalausschuss hat z. B. in Bayern bis zum Inkrafttreten des neuen Leistungslaufbahngesetzes die Prüfungen für den Aufstieg in den höheren Dienst selbst und zentral vorgenommen. Jetzt besitzt dieses Gremium nur mehr eine sehr eingeschränkte ausgleichende Funktion, weil es lediglich die einzelnen Systeme der modularen Qualifizierung im Vorhinein zu genehmigen hat.⁷⁰ Bei der späteren Umsetzung der Vorgaben in die Praxis besitzt der Landespersonalausschuss weder ein Mitspracherecht, noch eine Kontrollfunktion. Eine solche – weitergehende – Kontrollfunktion zur Qualitätssicherung wäre hinsichtlich der Gleichwertigkeit und der Vergleichbarkeit sehr wohl erforderlich. Außerdem ist ein querschnittlicher Vergleich der Bewerber um einen beruflichen Aufstieg ohne Prüfung weder ressortintern, noch ressortübergreifend gewährleistet.

Bedenken gegen das Gleichheitsprinzip könnten sich weiterhin aus folgendem Grund ergeben: Der modular qualifizierte Beamte wird wie der Beamte, der einen prüfungsfreien Aufstieg absolviert, hinsichtlich seines beruflichen Fortkommens in der nächsthöheren Laufbahngruppe (Qualifikationsebene), den originären Beamten die ihre Qualifikation durch eine Ausbildung und eine Laufbahnprüfung unter Beweis gestellt haben, gleichgestellt.⁷¹ Art. 33 Abs. 2 GG verlangt auch für den Aufstieg und die Beförderung des Beamten das Erfüllen der drei Faktoren Eignung, Befähigung und fachliche Leistung. Dabei gilt es ein ausgewogenes Verhältnis hinsichtlich dieser drei Faktoren zu finden. Da sich alle Beamten einer Qualifikationsebene miteinander in einem einheitlichen Wettbewerb um den beruflichen Aufstieg befinden, dürfen nicht nur *fachliche Leistungen* den Ausschlag für den Aufstieg in diese Qualifikationsebene geben. Vielmehr muss auch die durch Aus- und Fortbildung bewiesene *Befähigung* Berücksichtigung finden. Zwar können von den Bewerbern um einen Aufstieg in den höheren Dienst (vierte Qualifikationsebene) mangels eines entsprechenden Studiums nicht die gleichen Anforderungen hinsichtlich ihres Grundlagenwissens und ihrer theoretischen Kenntnisse verlangt werden. Dieser Umstand kann aber nicht dazu führen, dass auf eine Überprüfung der Befähigung durch ein formalisiertes – und nach Möglichkeit anonymisiertes – Prüfungsverfahren gänzlich verzichtet wird.⁷² Anderenfalls würde das Kriterium der „Befähigung“ in nicht vertretbarer Weise hinter das Kriterium der „fachlichen Leistung“ zurücktreten.

Dazu kommt folgende Überlegung: Wird ein Bewerber zum „Regelaufstieg“ (in Bayern: „Ausbildungsqualifizierung“ zur 2. und 3. Qualifikationsebene) zugelassen, so tritt er ab diesem Zeitpunkt mit den „Regelbewerbern“ in Konkurrenz, welche die erforderliche schulische oder akademische Vorbildungsvoraussetzung besitzen. Er muss dann seine Eignung für die angestrebte Laufbahn (Qualifikationsebene) in gleicher Art und Weise beweisen, wie diese und hat damit auch die Laufbahnprüfung (= Aufstiegsprüfung, in Bayern: „Qualifikationsprüfung“) und evtl. vorher bereits eine Zwischenprüfung zu absolvieren. Wer dagegen die Eignung zu einer Modularen Qualifizierung zugesprochen erhält, der kann/muss sich lediglich im Rahmen von Fortbildungsveranstaltungen und Modulen qualifizieren und entsprechende Erfolgsnachweise vorweisen. Es fragt sich dann, wer eine „Ausbildungsqualifizierung“ überhaupt noch anstreben wird, wenn er dasselbe Ergebnis auch durch die (prüfungsfreie) Teilnahme an der „Modularen Qualifizierung“ erreichen kann.⁷³

Der Gleichheitsgedanke und das Willkürverbot gebieten auch im Beamtenrecht nicht nur Gleiches gleich zu behandeln, sie verlangen auch Differenzierungen dort vorzunehmen, wo solche Differenzierungen geboten sind.⁷⁴ Gerade der Vergleich der

63) *Lorse* (Fn. 7), S. 370: „Berufserfahrung wird auf diese Weise zu einem leistungsähnlichen Synonym für Aus- und Fortbildung“; vgl. dazu auch *Mehre* (Fn. 23), S. 209.

64) *Kathke/Eck* (Fn. 28), S. 366.

65) Vgl. Art. 17 Abs. 6 LfBG und *Konrad* (Fn. 29), Rn. 28 ff.

66) *Zängl* in *Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl*, Bayerisches Beamtenrecht, E 2 zu Art. 115 a.F.

67) *Zängl* (Fn. 66), E 3 zu Art. 115 a.F.

68) *Hilg* (Fn. 53), S. B 62 führt dazu anschaulich Folgendes an: „Jeder Bergsteiger weiß, dass es ein anderes Gefühl ist, wenn man einen Gipfel zu Fuß ersteigt, als wenn man mit der Seilbahn hinaufgefahren wird.“

69) *Peters/Lösch/Grünwald* (Fn. 13), S. 8.

70) Vgl. Art. 20 Abs. 3 LfBG; a. A.: *Kathke/Eck* (Fn. 28), S. 362.

71) *Mehre* (Fn. 23), S. 208; im Bereich des höheren Dienstes erfolgt die „Regelqualifikation“ durch ein akademisches Studium und durch erfolgreiche Teilnahme am Staatsexamen; Beispiel: Erstes und Zweites juristisches Staatsexamen.

72) *Lorse* (Fn. 7), S. 378.

73) *Lorse* (Fn. 8), S. 120; *Hilg* (Fn. 53), S. B 46.

74) *Lorse* (Fn. 6), S. 455.





Modularen Qualifizierung mit den „Normalbewerbern“ für den höheren Dienst (die vierte Qualifikationsebene) ist insofern auf erhebliche Bedenken gestoßen.⁷⁵ Gerade bei der Laufbahngruppe des höheren Dienstes treten Juristen nach erfolgreichem Abschluss der 2. Juristischen Staatsprüfung in Konkurrenz mit den Aufstiegsbewerbern des gehobenen Dienstes (dritte Qualifikationsebene). Dabei gilt es, die laufbahnbezogenen Anforderungen ohne Berücksichtigung einer besoldungsrechtlichen Gleichstellung sachgerecht zu bewerten. Hier bestehen bei den beiden Vergleichsgruppen naturgemäß dienstzeit- und ausbildungsbedingte Unterschiede. Ohne Zweifel kommt es damit bei der Modularen Qualifizierung – wie bei einem prüfungsfreien Aufstieg in den höheren Dienst – zu einer Absenkung des Anforderungsprofils des höheren Dienstes (in Bayern: der vierten Qualifikationsebene), verbunden mit einer Abwertung der juristischen Ausbildung. Gegen den strukturellen Kern des Laufbahnprinzips wird dadurch allerdings nicht verstoßen.⁷⁶

3. Aufstieg nach Gutsherrenart?

„Die auf die Vorgesetztenebene delegierte Entscheidung über das „Ob“ der Zulassung öffnet ein nicht zu übersehendes Portal für sachfremde Einflussnahmen und protegierte Karrierepfade“. Diese von Lorse⁷⁷ getroffene und von Isensee⁷⁸ belegte Aussage zielt sicher nicht auf den Regelfall, sondern auf vereinzelte Negativbeispiele.⁷⁹ Allerdings sind diese Ausnahmefälle durchaus geeignet, das notwendige Vertrauen der Öffentlichkeit in die Objektivität und Unabhängigkeit der Verwaltung zu zerstören.⁸⁰ Bei der beruflichen Förderung geht es auch in Hinblick auf das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG und das Laufbahnprinzip stets darum, Kriterien für eine möglichst objektive Personalauslese bereitzustellen. Das Ziel sollte damit lauten, schon den Anschein eines „Aufstieg nach Gutsherrenart“⁸¹ zu vermeiden.

Dort, wo der Aufstieg (Qualifizierung) ohne Prüfungsleistungen vonstattengeht, wird die Vorgesetztenbeurteilung zum entscheidenden Kriterium des beruflichen Erfolges. Die periodische Beurteilung schließt regelmäßig mit einer detaillierten Aussage zur möglichen Verwendung des Beamten ab.⁸² Dabei ist bei Beamten, die für den Aufstieg (in Bayern: nächsthöhere Qualifikationsebene) geeignet erscheinen, ein entsprechender Vermerk aufzunehmen, ob sie entweder für eine Ausbildungsqualifizierung **oder** eine Modulare Qualifizierung infrage kommen.⁸³ Hier fällt bereits eine „Vorentscheidung“: Erhält der Beamte die Eignung für eine Modulare Qualifizierung oder einem prüfungsfreien Aufstieg zuerkannt, so kann er nahezu sicher sein, dass er in absehbarer Zeit die Voraussetzungen für einen Übertritt in die nächsthöhere Laufbahngruppe (Qualifikationsebene) erfüllen wird, insbesondere dann, wenn „Erfolgskontrollen“ und „soft skills“⁸⁴ die bisher erforderlichen, an Wettbewerbskriterien ausgerichteten Prüfungen ersetzen. Die Vorverlagerung der Entscheidung über den beruflichen Erfolg eines Beamten auf die Ebene der Beurteilung wird von den Befürwortern der prüfungsfreien Qualifizierung damit begründet, dass auf diese Weise zufällige, singuläre Ereignisse (wie Prüfungserfolge) ausgeblendet werden können.⁸⁵ Dieses Ergebnis eröffnet hingegen etwa nach Lorse⁸⁶ und Hilg⁸⁷ ein erhebliches Willkürpotential hinsichtlich der quantitativen und qualitativen Nachweisformen der Eignung.

4. Stellungnahme

Zunächst gilt es festzustellen: Die Frage der beruflichen Qualifizierung im Wege des Aufstiegs ist kein Selbstzweck, sie dient – wie das gesamte Beamtenrecht es tun sollte – dem Allgemeinwohl und der bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufga-

ben und damit insgesamt der Stärkung des Berufsbeamtentums.⁸⁸ Es geht um die bestmögliche Ausschöpfung des Potentials des öffentlichen Dienstes.⁸⁹ Niemand kann bestreiten, dass dieses Ziel sowohl von den Befürwortern, als auch von den Gegnern des neuen Systems verfolgt wird und sich lediglich die Wege zur Erreichung dieses Ziels wesentlich unterscheiden.

Die erwähnten drei Kategorien der Kritik an der Modularen Qualifizierung betreffen im Kern die Prüfungsfreiheit des neuen Systems. Jeder Aufstieg muss – wie die Modulare Qualifizierung – den einzelnen Beamten in die Lage versetzen, die Aufgaben der nächsthöheren Laufbahngruppe (Qualifikationsebene) bestmöglich wahrzunehmen. Art. 33 Abs. 2 GG verlangt einen gleichen Zugang zu jedem öffentlichem Amt, nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Keiner dieser Faktoren sollte dabei außer Acht gelassen werden. Ein Rückschluss aus den in einer niedrigeren Laufbahngruppe erbrachten (guten) fachlichen Leistungen auf die künftigen Leistungen in einer höheren Laufbahn (nächste Qualifikationsebene) unterliegt keinem Automatismus und gefährdet – ohne eine zusätzliche Auswahlentscheidung – die zweifellos vorhandene Qualität der öffentlichen Verwaltung. Es gilt diese Qualität durch Objektivität, Transparenz, Gleichwertigkeit und den Ausschluss auch nur

75) Pfeil; Stellungnahme des VHBB zur Modularen Qualifizierung, VHBB Mitteilungen 2010, S. 2.

76) Lorse (Fn. 6), S. 455: „... Es handelt sich um eine qualitative Absenkung der Leistungsanforderungen sowie um eine Verschiebung der Bewertungskompetenz, die einen Machtzuwachs der Exekutive sicherstellt und im Ergebnis die Gestaltungsmacht über den Inhalt des Laufbahnprinzips in die Hände der hinter der Exekutive stehenden Politik gibt. Hinsichtlich der offenbar gewollten oder jedenfalls in Kauf genommenen Nivellierung der Leistungsanforderungen des höheren Dienstes mag dies zu bedauern sein, ein Verstoß gegen den strukturellen Kern des Laufbahnprinzips ist dies nicht.“

77) Lorse (Fn. 6), S. 456.

78) Isensee in Isensee Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Teil II, § 110, Rn. 81 bezeichnet diese Entwicklungen als „lebensbedrohend für das Berufsbeamtentum“.

79) S. dazu auch Klein, „Durchpatronierte“ Behörden in Bayern, FAZ vom 26.1.2011, S. 8: „Gefälligkeitsbeurteilungen wegen besonderer persönlicher Beziehungen ... sind nach meiner jahrzehntelangen Erfahrungen in der öffentlichen Verwaltung bei Bund und Ländern insbesondere für leistungsschwächere Beamte keine Seltenheit.“ Vgl. auch Lorse (Fn. 6), S. 456.

80) Isensee (Fn. 78), Teil II, § 110, Rn. 81 und 82: „Die Gerichte sind gegen diese Entwicklung weitgehend machtlos. Selten nur wird der Beweis der Patronage im Einzelfall zu führen sein.“

81) Auf diese Gefahr weist auch Zängl, GKÖD K vor § 15 Rn. 12 a hin, wenn er ausführt: „Die Forderung nach Abschaffung oder weitgehender Aufhebung des geltenden Laufbahnrechts unter dem Motto „freie Bahn dem Tüchtigen“ birgt nicht nur die Gefahr der „freien Manipulation“ mit der Folge der Frustration der wirklich Tüchtigen in sich, sondern bedeutet auch einen Rückschritt in die „graue Vergangenheit“, in eine Zeit, in der der Souverän seine Personalentscheidungen noch ohne normative Bindungen und unkontrollierbar nach eigenem Belieben traf ...“; s. dazu auch Pechstein (Fn. 7), S. 23.

82) Vgl. für Bayern: § 58 Abs. 4 und 4 LlbG.

83) Vgl. Art. 58 Abs. 5 LlbG.

84) Die sog. „soft skills“ wurden bereits als „in Wissenschaft verkleidetes Allgemeinwissen“ bezeichnet.

85) Kathke/Eck (Fn. 28), S. 365.

86) Lorse (Fn. 8), S. 121; ders. (Fn. 6), S. 456.

87) Hilg (Fn. 53), S. B 47: „Nicht umsonst ist der LPA bisher beteiligt, um Amterpatronage und Vetternwirtschaft Einhalt zu gebieten.“

88) So im Ergebnis auch Lorse (Fn. 7), S. 376 und Kathke/Eck (Fn. 28), S. 366.

89) So im Ergebnis auch Hüllmantl, zitiert bei Drescher, RiA 2008, S. 248 ff. (250).





des Anscheins einer (möglichen) Manipulation zu gewährleisten.

Bei dem bayerischen Modell ergibt sich die (nahezu) Prüfungsfreiheit aus den geänderten Inhalten der einzelnen Module. Es gilt deshalb auch die geplanten Qualifizierungsinhalte zu überdenken. Dem Landespersonalausschuss wird zwar vordergründig die Verantwortung zur Sicherstellung der Qualitätsmerkmale der staatlichen Nachqualifizierungsmaßnahmen übertragen, weil er die unterschiedlichen Systeme der Qualifizierung genehmigen muss, er befindet sich hier allerdings in einer „lost-lost“-Situation, weil er bei seinen Genehmigungen entweder den Forderungen nach einer weitgehend prüfungsfreien Qualifizierung, oder aber der Forderung nach einer objektiven Sicherung des Leistungsprinzips entsprechen muss. Dabei sollte auch Folgendes nicht unbeachtet bleiben: Prüfungen bieten dem einzelnen Beamten die Möglichkeit, seine neu gewonnenen Erkenntnisse allgemein und für jeden nachvollziehbar unter Beweis zu stellen. Der öffentliche Dienst täte gut daran, nicht auf diesen objektiven Nachweis einer Bildungsqualifikation als Voraussetzung für den beruflichen Aufstieg zu verzichten.⁹⁰

IV. Assessmentverfahren und Strukturiertes Interview

Die Wirtschaft wählt ihre Bewerber seit langem nicht nur aufgrund von Zeugnissen und den hierin erzielten und dargelegten Ergebnissen aus, sondern bedient sich anderer Methoden, wie „Assessment-Center“ und „strukturiertes Interviews“⁹¹. Diese Auswahlmöglichkeiten sollen nun auch im Berufsbeamtentum Anwendung finden und an die Stelle des bisher üblichen „Einstellungsgesprächs“ treten.⁹² Es fragt sich allerdings, ob diese Methoden für die Gewinnung der bestmöglichen Bewerber um eine Ernennung in ein Beamtenverhältnis tatsächlich sachdienlich sind.

Positive Aspekte solcher neuer Methoden im öffentlichen Dienst sind dabei:

- Sollen bei einem Dienstherrn eine Vielzahl von Anwärtern eingestellt werden, so können durch ein „Assessment“ mehrere Bewerber miteinander verglichen und eine entsprechende Auswahl erleichtert werden.
- Der öffentliche Dienst kann sich der Methoden bedienen, die sich in der freien Wirtschaft bewährt haben.
- Zeugnisse sind nicht immer ausschlaggebend: Ein guter Schüler muss nicht automatisch auch ein guter Beamter werden.

Negative Aspekte dürfen bei der Einführung ebenfalls nicht unberücksichtigt bleiben:

- Die Auswahl nach Schulnoten und zusätzlichen anonymen Auswahlverfahren ist im Endeffekt „gerechter“, weil bei den neuen Methoden aufgrund des persönlichen Eindrucks der Prüfer die Gefahr besteht, dass der im Grunde schlechtere Bewerber aufgrund seines Auftretens bevorzugt wird.
- Wie bei der „Ämterpatronage“ besteht weiterhin die Gefahr, dass persönliche Beziehungen die entscheidende Rolle über Ernennung oder Nichternennung geben könnten.

Gerade bei einem „strukturierten Interview“ stellt sich eine weitere Frage: Waren die bisher üblichen Einstellungsgespräche nicht strukturiert genug? Einstellungsgespräche wurden schon bisher von erfahrenen „Personalbeamten“ geführt. Die richtige Einschätzung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung eines Bewerbers war damit schon bisher gewährleistet. Dies zeigt ein Vergleich der Erfolgsquoten von allgemeinen Studiengängen mit verwaltungsinternen Studiengängen. Während in allgemeinen Studiengängen jeder Dritte Student sein Studium nicht erfolgreich beendet, besteht in der verwaltungsinternen Ausbildung eine „Nichtbestehensquote“ von weit weniger als 10 Prozent.⁹³

Außerdem gilt es, die neuere Rechtsprechung zu den Assessmentverfahren aufs Genaueste zu berücksichtigen. So hat der BayVGH⁹⁴ in seiner Entscheidung vom 17.6.2010 vorgegeben, dass ein solches Auswahlverfahren nur auf Grund einer gesetzlichen Regelung vorgenommen werden darf.⁹⁵ Es liegen bereits weiterreichende Entscheidungen – wie etwa die des OVG Münster vom 3.9.2009⁹⁶ oder des VG Düsseldorf vom 16.7.2010⁹⁷ – vor. So ist die Ablehnung eines Bewerbers rechtswidrig, wenn die auf Grund eines Assessmentverfahrens getroffene Auswahlentscheidung nicht ausreichend begründet wird. Die in einem Assessmentcenter gewonnenen Werturteile müssen auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden können. Aus den im Prozess vorzulegenden Unterlagen müssen sich eindeutig die Beachtung gültiger Wertmaßstäbe, das Fehlen sachwidriger Erwägungen und die Einhaltung gleicher Verfahrensvorschriften für alle Verfahren ergeben. Das OVG Münster stellt hierfür sehr enge Grenzen auf. So genügt die bloße Mitteilung von in Punktzahlen ausgedrückten Endergebnissen den gesetzlichen Anforderungen an die Begründungspflicht nicht. Offengelegt werden müssen vielmehr sämtliche Bewertungsbögen.

Die wichtigste Grundaussage dieser Entscheidungen ist folgende: Selbst wenn – wie in Bayern – eine rechtliche Grundlage für ein Assessmentverfahren besteht, so ist eine Entscheidung über eine spätere Ernennung allein auf der Grundlage eines solchen Verfahrens rechtswidrig. Der Grund dafür besteht darin, dass einem Assessmentcenter nach dem Grundsatz der Bestenauslese nur eine Abrundungswirkung zukommen kann.⁹⁸

Es fragt sich damit, ob dieser enorme Begründungsaufwand die Einführung dieser neuen Methode rechtfertigt oder ob die Gefahr einer „Verbürokratisierung“ bereits im Ansatz vorprogrammiert ist.

V. Schluss

Der Beamtenstatus bietet dem einzelnen Beamten und Amtsinhaber Unabhängigkeit gegenüber Parteien und Gewerkschaften.⁹⁹ Dies ist notwendig, weil es gilt, die Staatsfunktionen gegen den Eigennutz, die Subjektivität, gegen politische und gesellschaftliche Vorgaben zu schützen. Der Beamtenstatus dient also vor allem der Sicherung der Unabhängigkeit der Bediensteten gegenüber politischen, verbandlichen und gesell-

90) Hilg (Fn. 53), S. B 62 führt dazu anschaulich Folgendes an: „Jeder Bergsteiger weiß, dass es ein anderes Gefühl ist, wenn man einen Gipfel zu Fuß ersteigt, als wenn man mit der Seilbahn hinaufgefahren wird.“

91) Vgl. dazu schon Schweiger, ZBR 2006, S. 25 ff. Schweiger kommt im Wesentlichen zum selben Ergebnis.

92) Vgl. Art. 22 LlbG.

93) S. dazu etwa die Jahresberichte des Präsidenten der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege in Bayern.

94) BayVGH vom 17.6.2010 – 7 ZB 10.375.

95) Diese rechtliche Grundlage ist in Bayern nunmehr durch Art. 22 LlbG gegeben.

96) OVG Münster vom 3.9.2009, ZBR 2010, S. 314 = Schütz, BeamtR ES/C II 1 Nr. 19 (Leitsatz und Gründe).

97) VG Düsseldorf vom 16.7.2010 – 2 L 523/10 –, juris.

98) Die bloße Abrundungswirkung ergibt sich in Bayern aus Art. 22 Abs. 7 LlbG. Danach sind schulische Leistungen zumindest „zu berücksichtigen“.

99) Baßlsperger (Fn. 3), Kapitel 1, Rn. 23; Isensee (Fn. 78), Teil II, § 110, Rn. 80.





schaftlichen Einflussnahmen. Es wird sich zeigen, ob das bestehende System der prüfungslosen Qualifizierung und der neuen Auswahlverfahren diesen Anforderungen gerecht wird, oder ob die Fortentwicklungsklausel des Art. 33 Abs. 5 GG in-

sofern einen neuen Sinngehalt erfährt, als durch den prüfungsfreien Aufstieg die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht **fortentwickelt**, sondern „**fort entwickelt**“ werden.

Ernennung zum Beamten und Rechtsformmissbrauch – Drei Muster aus Geschichte und Gegenwart –

Dr. Hellmuth Günther

Die Beamtengesetze regeln Tatbestand und Rechtsfolge von Ernennungsdefiziten durch Normen zur Nichtigkeit, zur Rücknehmbarkeit der Ernennung tendenziell abschließend. Jedoch gibt es eine Gruppe von Ernennungsfehlern, die Nicht-Ernennung bedingen. Das Feld der Nicht-Ernennung ist aktuell wieder justizerheblich und im Schrifttum teilweise problematisiert worden. Der Aufsatz erörtert an Hand dreier politisch brisant gewesener Fälle (zweier zeitgenössischer sowie eines historischen Sachverhalts) die Frage, wann eine Formalernennung vorliegt, ob sie und/oder eine missbräuchliche Ernennungsmaßgabe Varianten der Nicht-Ernennung darstellen.

I. Einführung

Seit langem besteht Konsens, dass Klarheit darüber herrschen muss, ob ein öffentlich-rechtliches Treueverhältnis zwischen Dienstherrn und Bedienstetem (Art. 33 Abs. 4 GG, §§ 3 Abs. 1 BeamtStG, 4 BBG) entstanden ist,¹ und, wenn es fehlerhaft entstanden ist, ob das Manko so erheblich erscheint, dass daraus Konsequenzen gezogen werden müssen. Dem entsprechenden Interesse hat der Normgeber weithin Rechnung getragen.

Zur Begründung des Beamtenverhältnisses ist wirksame Ernennung nötig (§§ 8 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG, 10 Abs. 1 Nr. 1 BBG). Formell bedingt die Ernennung das Aushändigen einer Ernennungsurkunde, einer Urkunde normativ festgelegten Inhalts; es herrscht das sog. Urkundsprinzip (§§ 8 Abs. 2 BeamtStG, 10 Abs. 2 BBG). Materiell dürfen der Ernennung bestimmte Defizite nicht anhaften; fixiert sind Alternativen der Nichtigkeit wie der Rücknehmbarkeit der Ernennung (§§ 11, 12 BeamtStG, 13, 14 BBG). Der Sachkontext ergibt aber: es existieren letztlich vier „Folgegruppen“ von Fehlern, und zwar neben den Gruppen von Fehlern mit Nichtigkeits-, Rücknehmbarkeitseffekt sowie der Gruppe von „Fehler(n) ohne Auswirkungen“ noch die Variante besonders gravierender Fehler, welche zur Nicht-Ernennung führen.² Man hat diese auch eine „im Tatbestand nicht vollendete Ernennung“ genannt.³

Die Kataloge der Nichtigkeits- bzw. Rücknahmegründe machen inzident, durch Gegensatz, zum Beispiel deutlich, dass Irrtümer des Dienstherrn über Qualifikationen eines Bewerbers die Ernennung grundsätzlich ebenso wenig tangieren wie das Verletzen der Zugangskriterien Eignung, Befähigung, fachliche Leistung bei Auswahl unter Bewerbern (ein Rechtsprinzip, das mittelbar die Tragweite von Konkurrentenklagen begrenzt).⁴ Insgesamt gesehen sind die Kataloge auf Belange der Exekutive hin orientiert; ihre Begrenzung, ihr enumerativer Charakter, erhellen, dass sie wenigstens grundsätzlich nicht zu Lasten von Beamten ergänzt werden können.

Jene Kataloge stellen zugleich einen der Belege für die Figur Nicht-Ernennung dar, die den Alternativen nichtige und rück-

nehmbare Ernennung quasi vorgelagert ist (sind doch Nicht-Ernennungen nicht einmal nur nichtig oder wirksam, aber rücknehmbar). – Denn: wenn bestimmte Willensmängel des Dienstherrn relevant sind (§§ 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG, 14 Abs. 1 Nr. 1 BBG), muss das schon nach der Anlage des öffentlich-rechtlichen Treueverhältnisses entsprechend bei Willensdefiziten des Beamten gelten; weil der Betreffende, anders als der Dienstherr, die Ernennung jedoch nicht durch Rücknahme korrigieren, sondern nur sein Einverständnis mit der Ernennung anfechten kann⁵ und eine Spezialnorm zu Konsequenzen des Wegfalls solchen Ernennungssentials fehlt, ist eben die Figur Nicht-Ernennung als adäquate Lösung geboten. – Das Feld der Nicht-Ernennung ist allerdings breiter. Dies belegen exemplarisch etwa Essentials des Urkundsprinzips und der numerus clausus der Beamtenverhältnisse (§§ 4ff BeamtStG, 6 BBG), die gewahrt sein müssen, damit überhaupt von Ernennung die Rede sein kann.

Hier sollen Formalernennungen und missbräuchliche Ernennungszusätze als hypothetische Versionen einer Nicht-Ernennung diskutiert werden. Den Anlass wie den Gegenstand der Untersuchung bilden die phasenweise Praxis des Landes Brandenburg, mittels einer Maßgabe der Ernennungsurkunde Einstellungszwangsteilzeit von Lehrern durchzusetzen, möglicherweise⁶ eine Art „Teilzeitbeamtenverhältnis“ zu etablieren (III), und die Usance der Bundesagentur für Arbeit, der Sache nach eine bloße Hülse von Beamtenverhältnis zu schaffen (II 3), um damit Führungskräften zu einer illegitimen Versorgungsanwartschaft zu verhelfen. Vorangestellt wird zwecks Abgrenzung gegenüber altem Recht ein Fall der „Scheinernennung“⁷ aus der Endphase der Weimarer Republik, nämlich die Ernennung Hitlers zum Regierungsrat des Landes Braunschweig, welche dazu diente, ihm die deutsche Staatsangehörigkeit, das passive Wahl-

1) Prägnant: *Summer*, in: Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, *Beamtenrecht in Bayern*, § 8 BeamtStG, Rn. 2.

2) *Summer*, ZBR 2006, S. 256.

3) *Summer* (Fn. 1), § 8 BeamtStG, Rn. 26.

4) Die Regelung erhellet der Sache nach, dass gegebenenfalls nicht nur die Korrektur der Ernennung durch den Dienstherrn gesperrt ist, sondern auch die durch die Verwaltungsgerichte. Vgl. jüngst BVerwG, ZBR 2011, 91 (Rn. 27, 30); *Günther*, ZBR 1979, S. 93 (108 f.) und 1983, S. 45 (51 f.) und 1990, S. 284 (290 f.) sowie RIA 2011, S. 49 ff. Bekanntlich sehr strittig. A. A. zuletzt *Laubinger*, ZBR 2010, S. 289 (293 f.).

5) Grundsätzlich zur Frage der Anfechtbarkeit der öffentlich-rechtlichen Willenserklärung/des Einverständnisses: *de Wall*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 171 ff.

6) Interpretationsdifferenz zwischen dem OVG Berlin-Brandenburg, ZBR 2006, 253 (254) und dem BVerwG, Urteil vom 17.6.2010 – 2 C 86.08 = ZBR 2011, 197, Rn. 14 f. S. den Text zu III 2 a). Das Urteil des BVerwG hat *Szülai*, DVBl. 2010, S. 1166 ff.

7) So. *W. Jellinek*, RVerwBl/PrVBl 1932, S. 121 ff.

