

genen Jahren der öffentliche Dienst in der BRD insgesamt, insbesondere aber das Beamtentum, durch „Radikale“ im Sinne des Radikalenerlasses unterwandert worden wäre. Jedenfalls kann man dem Verfassungsschutzbericht 2018 des Bundes keine dahingehenden gravierenden Hinweise entnehmen. Der Autor hat in seiner langjährigen Praxis im Personalamt der hamburgischen Verwaltung und als Lehrbeauftragter für die Nachwuchskräfte der allgemeinen Verwaltung und der Polizei zwar Einzelfälle verfassungsfeindlich gesonnener Beamtinnen/Beamten zu bewerten gehabt, aber keine „flächendeckenden“ Tendenzen feststellen können.

Damit stellt sich die Frage, ob und warum das bei den jetzigen gesellschaftlichen Verhältnissen anders sein sollte. Ist es jetzt die Angst der etablierten Parteien vor „Rechts“? Es besteht doch vielmehr die Gefahr, dass das mit einer Regelanfrage gegenüber potenziellen Nachwuchskräften für den öffentlichen Dienst ausgedrückte Misstrauen zu einer distanzierten Haltung zur BRD führt und nicht geeignet ist, angehende Staatsdiener zur Verfassungstreue anzuhalten. Wobei angemerkt sei, dass viele Nachwuchskräfte mit und ohne Hochschulabschluss nur eine sehr unbestimmte Vorstellung von der „FDGO“ haben. Die Erläuterung des Inhalts der „FDGO“ stößt in der Regel auf ein positives Echo. Es spricht manches dafür, trotz geänderter Gefährdungslage nicht mit Kanonen auf Spatzen zu schießen. Sympathisch ist die abwägende Auffassung von Kriele⁵⁷ aus 1971 (!):

„Die Gefahr »von rechts« besteht ja keineswegs in den rechts-extremen Splittergruppen, sondern in der intellektuellen und psychologischen Labilität der breiten konservativen Mehrheit, die durch »die Linken« so leicht zu verunsichern ist. Kommt dann noch hinzu, dass aus parteipolitischen Motiven

57) ZRP 1971, S. 273-276, zitiert nach Jaeger (Fn. 13), S. 334.

eine Panik vor einer angeblichen kommunistischen Gefahr von außen nach innen künstlich geschürt wird, so können wir schnell auf die schiefe Bahn des McCarthyismus geraten. [. . .] Es gilt, nicht nur gegenüber den Kommunisten wachsam zu sein; man muß sich gleichzeitig immer auch der Gefahr bewußt bleiben, daß die Verteidigung der Verfassung selbst zur Aushöhlung und schließlich zur Zerstörung der Verfassung führen kann.“

Diese Erwägung gilt verallgemeinert auch noch heute, wenn auch mit geänderten politischen Verhältnissen „Rechts“ zu „Links“. Dazu kommt, dass bei der Entscheidung, was denn verfassungsfeindlich ist, die etablierten Parteien in Versuchung geraten, ihre parteipolitische Auffassung in die Auslegung des Grundgesetzes einfließen zu lassen. Dadurch wird den anerkannten verfassungsrechtlichen Grundsätzen, des Rechtes auf Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition und der Ablösbarkeit der Regierung und ihre Verantwortlichkeit gegenüber der Volksvertretung, nicht das ihnen zukommende Gewicht zugebilligt. Insbesondere der Gedanke von Kriele, dass sich die breite Mehrheit so rasch verunsichern lasse, spricht gegen eine Regelanfrage. Mehr Vertrauen in die ganze Bevölkerung der BRD und die gesellschaftlichen „Selbstheilungskräfte“ ist erforderlich, nicht weniger. Ein Staat, der die RAF – die übrigens im Vorfeld durch den Radikalenerlass auch nicht verhindert worden ist – überstanden hat, dürfte auch die jetzigen Herausforderungen ohne solche Maßnahmen überstehen. Die Leserinnen oder Lesern, die diese Einschätzung nicht teilen, seien durch Wilhelm Busch getröstet:

*Wer andern gar zu wenig traut,
hat Angst an allen Ecken;
wer gar zu viel auf andere baut
erwacht mit Schrecken.*

*Es trennt sie nur ein leichter Zaun
die beiden Sorgengründer;
zu wenig und zu viel Vertrau'n
sind Nachbarskinder.“*

Legitimiert das Benachteiligungsverbot „Freigestellter“ Korrekturen am Leistungsprinzip?

– Bemerkungen aus Anlass von OVG Münster, ZBR 2019, 431 f. –

Dr. Hellmuth Günther

Das Verbot, zu spezifischen Aufgaben „freigestellte“ Beamte hinsichtlich ihres „beruflichen Werdegangs“ zu benachteiligen, führt unter anderem bei der Beförderungsauswahl zu Rechtsproblemen, vor allem wenn die „Freistellung“ langfristig, die

letzte reguläre dienstliche Beurteilung mithin nicht mehr aktuell ist. Als sachangemessene Lösung erschien die inzwischen etablierte Figur der „fiktiv fortgeschriebenen“ dienstlichen Beurteilung. Wegen deren Grenzen wird neuerdings, noch punktuell, versucht, Konkurrenzen gegebenenfalls pauschal Assessment-Centern oder dergleichen zu unterwerfen. Der Beitrag rät demgegenüber zur Besinnung auf die Kriterien des Leistungsprinzips und zu realistischer Sicht des (doch sehr eingeschränkten) Nutzens solcherart Techniken.

1) OVG Münster, ZBR 2019, 431 f. (Beschluss mit Gründen). Der Leitsatz lautet: „Liegt für eine langjährig als Gleichstellungsbeauftragte vollständig freigestellte Beamtin keine aktuelle dienstliche Beurteilung vor und kann die letzte regelmäßige Beurteilung mangels belastbarer Tatsachengrundlage nicht mehr fiktiv fortgeschrieben werden, sind in einem nach dem Prinzip der Bestenauslese durchzuführenden Auswahlverfahren ausnahmsweise die Beurteilungen aller Bewerberinnen und Bewerber unberücksichtigt zu lassen und allein Hilfskriterien heranzuziehen. In diesem Fall ist dem Leistungsgrundsatz bei der Anwendung der Hilfskriterien größtmögliche Geltung zu verschaffen, insbesondere indem der Dienstherr vorrangig auf wissenschaftlich fundierte Verfahren zur Eignungsfeststellung (z. B. strukturierte Auswahlgespräche, Assessment-Center) zurückgreift“.

I. Einführung

Die im Titel formulierte Frage hat vor nicht allzu langer Zeit das OVG Münster der Sache nach und sehr prononciert positiv beantwortet.¹ Zwar setzt es scheinbar nur seine kreative Judikatur zum Schutz langfristig freigestellter Personalratsmitglieder vor

Beeinträchtigungen ihres beruflichen Werdegangs (§ 46 Abs. 3, S. 6 BPersVG)² fort und erstreckt sie auf ein korrespondierendes Rechtsfeld (id est § 28 Abs. 1 BGleIG). Letztlich steht aber überhaupt die Entfaltung des vom Gesetzgeber quasi durchgängig fixierten Verbots inmitten, Personalratsmitglieder, Gleichstellungsbeauftragte, Vertrauenspersonen Schwerbehinderter oder von Soldaten wegen ihrer Tätigkeit zu benachteiligen (§§ 8, 46 Abs. 3, S. 6 BPersVG, 28 Abs. 1, 3 BGleIG, 179 Abs. 2 SGB IX, 15 Abs. 1 SBG)³, – hier im Kontext der Beförderungsauswahl (§§ 9, 22 BBG, 3, 33 BLV);⁴ das heißt, es stehen zugleich die Maßgaben des Leistungsprinzips (Art. 33 Abs. 2 GG) inmitten. Der entscheidungstragende Rechtssatz (den das OVG unter mehrfachem Beifall des Schrifttums⁵ postuliert hat), geht über die bisher insoweit als Prophylaxe normierte Figur der „fiktiven Fortschreibung“ dienstlicher Beurteilungen hinaus beziehungsweise an ihr vorbei. Das OVG titulierte sein Resultat, wonach die „fiktive Fortschreibung“ (jedenfalls wenn sie mangels Tatsachenbasis versagt) durch Assessment-Center (AC) oder dergleichen ersetzt werden müsse, als „alternativlos“, es beansprucht quasi topisch Evidenz. Zumindest ganz so selbstverständlich wirkt der Beschluss bei näherer Betrachtung aber doch wohl nicht. Jedenfalls nicht, wenn man das verfassungsrechtlich fundierte Leistungsprinzip, wenn man dessen materielle Essentials (Eignung, Befähigung, fachliche Leistung) beleuchtet, dem Aspekt Validität der Erkenntnismittel die notwendige Aufmerksamkeit widmet, zumal auch die Rechtsstellung von Konkurrenten und das verfassungsrechtlich fundierte, durch die Kriterientrias spezifizierte öffentliche Interesse an effektiver Personalrekrutierung nicht de facto ausblendet. Der folgenden Betrachtung liegt als Muster die Sach- und Rechtslage bei langfristig freigestellten Personalratsmitgliedern zugrunde⁶ (hinsichtlich der vom OVG so genannten Hilfskriterien⁷ das AC).

II. „Freistellung“, Aussetzen mit fachlicher Leistung, Regelfolge: keine dienstliche Beurteilung im üblichen Sinn

Das öffentliche Dienstrecht kennt seit längerem eine Palette von Fallgruppen, in denen Beamte ganz oder teilweise, potenziell längerfristig, von ihrer eigentlichen „dienstlichen Tätigkeit“ (Terminus: § 33 Abs. 1 Nr. 2 BLV) befreit werden dürfen oder müssen, sei es mittels Urlaubs (Exempel: §§ 90, 92, 95 BBG), Sonderurlaubs (zum Beispiel §§ 6 Abs. 1, 13, 22 SUrlV), Freistellung bzw. Entlastung (Muster: §§ 46 Abs. 3, 4 BPersVG, 28 Abs. 2 BGleIG, 179 Abs. 4 SGB IX). Die Motive solcher Normen reichen vom (teils extensiv verstandenen) dienstlichen Interesse über Fürsorge im weiteren Sinn, von der Pflege gesamtstaatlicher Belange bis zur Rücksicht auf primär private Interessen (die allerdings ausufern mag wie zumindest bei jahrelangem Sonderurlaub⁸ für Sportzwecke bei, so heißt es neuerdings, „Sportbeamten“).⁹ In derartigen Konstellationen kann, falls der Beamte keinen relevanten Teil der Agenden seines eigentlichen Amtes mehr erbringt,¹⁰ keine aktuelle dienstliche Beurteilung im Normsinn des BBG, der BLV (§ 21 beziehungsweise §§ 48ff) ergehen, unter anderem weil es an der zu bewertenden fachlichen Leistung (§§ 2 Abs. 4, 49 Abs. 1, 2 BLV) fehlt. Zudem darf eine dienstliche Beurteilung – Regelgrundlage sachgerechter Auswahl vor Beförderungen (§§ 22 Abs. 1, 9 BBG, 32 Nr. 1, 33 Abs. 1 BLV)¹¹ – eventuell auch gar nicht erfolgen, weil der Dienstherr sonst mit ihr eine Tätigkeit qualifizieren würde, die sich wegen ihres Sinns seiner positiven oder negativen Wertung a limine entzieht (arg., exemplarisch, § 8 BPersVG).¹² Das bedeutet nicht, solche Phasen fielen insgesamt, sie fielen gänzlich für die Feststellung der Elemente des Leistungsprinzips aus. Vielmehr ist den Maßgaben des Zugangsrechts (Art. 33 Abs. 2

GG),¹³ heute meist als Bewerbungsverfahrenanspruch charakterisiert, und dem vom Grundgesetz mindestens gleichrangig gedachten öffentlichen Interesse an optimaler Stellenbesetzung (Effektivität der Funktion Verwaltung)¹⁴ möglichst dadurch Rechnung zu tragen, dass Eignung, Befähigung, fachliche Leistung gleichsam trotzdem wertungsmäßig erfassbar gemacht werden, soweit das von Verfassungs wegen legitim und gegebenenfalls durch einfachgesetzliche Normen gedeckt ist.

III. Problemlösungen des Laufbahnrechts

1. Neue Varianten der dienstlichen Beurteilung

Demgemäß bewahrt die BLV (§ 33 Abs. 2, 2a, 3) durch Freistellung oder dergleichen begünstigte Beamte fallgruppenbezogen explicit vor negativen Konsequenzen des Fehlens „nachvollziehbar(er)“ Darstellung fachlicher Leistung wie sie dienstliche Beurteilungen bieten (§ 49 Abs. 1 BLV), das heißt, die BLV sichert differenzierend, idealiter am Leistungsprinzip orientiert, gegenüber Beeinträchtigungen im Werdegang. Zentrales Instrument dafür bildet konsequent (denn nur von ihr werden alle drei Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG erfasst) die

- 2) OVG Münster, Beschluss vom 31.3.2017 – 6 B 1463/16 (zitiert nach dem [kostenlos zugänglichen] Portal justiz.nrw.de bzw. NRWE). Vgl. bereits VGH München, ZfPR 2015, 4 f. mit Kurzanmerkung *Ilbertz*. Zustimmung etwa *Bodanowitz*, in: Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, B IV, Rn. 222b (Stand Oktober 2019); *Faber*, in: Lorenzen pp., BPersVG, § 46, Rn. 158 (Stand September 2019).
- 3) Das Verbot, Abgeordnete zu benachteiligen (Art. 48 Abs. 2 GG), sei nur cum grano salis addiert. Mit ihm hat sich etwa BVerwG, Buchholz 232.1 § 33 BLV Nr. 3 befasst.
- 4) Der Aufsatz ist grundsätzlich am Recht der Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten orientiert. Die Zahl der Belege ist infolge der durch die Pandemie veranlassten Schließung von Bibliotheken reduziert.
- 5) Euphorisch *Baden*, PersV 2019, S. 213 (214 ff.): „goldrichtig“ (S. 218). Die Begründung ablehnend, aber im Ergebnis beipflichtend *Heberle*, ZfPR 2019, S. 105 f. Dito zustimmend *Bodanowitz* (Fn. 2), B IV, am Ende von Rn. 222 b (Stand Oktober 2019) und *Faber* (Fn. 2), § 46, Rn. 158 (Stand September 2019).
- 6) Das spätere BGleIG folgt im Wesentlichen dem BPersVG. Sogenanntes fiktives Nachzeichnen beruflicher Entwicklung hat allerdings von Amts wegen zu erfolgen (§ 28 Abs. 3 S. 1 BGleIG). „Klargestellt“ ist (laut Entwurfsbegründung, BT-Drs. 18/3784 [S. 106 f.]), dass Ansprüche kraft des laufbahnrechtlichen Instituts Fortschreiben von dienstlichen Beurteilungen (§ 33 Abs. BLV) „nicht verdrängt werden“.
- 7) Zum Terminus Fn. 42.
- 8) Stichwort Eisschnelllauf (Damen).
- 9) Begriff bei *Battis/Grigoleit*, PersV 2015, S. 244 ff.
- 10) Relevant ist hier weitere dienstliche Beschäftigung von mindestens einem Viertel der üblichen Arbeitszeit (arg. § 33 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BLV).
- 11) Näher der Text bei Fn. 51 ff.
- 12) Wohl praktisch unstrittig. S. statt anderer wie hier: BVerwGE 93, 188 (192) und 126, 333 (338, Rn. 17); jüngst wieder BVerwG, Urteil vom 23.1.2020 – 2 C 22.18 – Rn. 13; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2018, 68 (69, Rn. 31 f.); *Baden*, PersV 2019, S. 213 (215); *Faber* (Fn. 2), § 46, Rn. 156 (Stand September 2019); *Heberle*, ZfPR 2015, S. 118 (119); *Schnellenbach*, ZfPR 2002, S. 51 f.
- 13) Dass Art. 33 Abs. 2 GG eine grundrechtsartige Position einräumt, ist seit langem völlig h.M. Vereinzelter Gegenstimme (v. *Roetteken*, ZBR 2017, S. 145 ff.) ist zuletzt *Weckmann*, Die Rolle staatlicher Auswahlentscheidungen im Rechtsschutzsystem der „Konkurrentenverdrängungsklage“, 2019 (zugleich Diss. Frankfurt/Oder 2019), S. 46 ff. entgegengesetzt.
- 14) Z.B. BVerwGE 157, 168 (173, Rn. 21). Das BVerfG sieht das subjektiv-rechtliche und das objektiv-rechtliche Element der Norm neuerdings womöglich gleichrangig (ZBR 2017, 34 [35 f., Rn. 18]: „zum einen“, „zum anderen“).