

## 2. Die neueste Entwicklung

Die Rechtslage ist jedoch noch unübersichtlicher. Das BAG ist in seinem Vorlagebeschluss zum EuGH<sup>55</sup> zwar der Konzeption des BVerfG gefolgt. Im Fall der kopftuchtragenden Erzieherin in einer öffentlichen Kita hatte aber das BAG – anders als das BVerfG im nachfolgenden Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde – gegen die Erzieherin entschieden. Am 23.04.2020 sollte das BAG zu einem Urteil des LAG Berlin-Brandenburg im Fall einer Kopftuchtragenden Bewerberin um eine Stelle als Lehrerin entscheiden. Coronabedingt wurde der Termin abgesetzt. Das LAG Berlin-Brandenburg hatte § 2 des Berliner Neutralitätsgesetzes demzufolge Lehrpersonen das Tragen religiös geprägter Kleidungsgegenstände in öffentlichen Schulen untersagt ist, im Lichte des zweiten Kopftuchbeschlusses des BVerfG restriktiv ausgelegt und das Land dazu verurteilt die Klägerin wegen Verstoßes gegen das AGG zu entschädigen. Im Streit ist die Verfassungsmäßigkeit des Berliner Neutralitätsgesetzes, das dem Konzept des ersten Kopftuchbeschlusses des Bundesverfassungsgesetzes entspricht und das mit dem

55) BAG, NZA 2019, 693.

Konzept des zweiten und insoweit vertiefenden dritten Kopftuchbeschlusses unvereinbar ist. Zu erwarten ist, dass das BAG dem BVerfG die Sache gem. Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen wird, da es die Verfassungswidrigkeit von § 2 Berliner Neutralitätsgesetz nicht selbst feststellen kann. Dann könnte das BVerfG das Verhältnis seiner Rechtsprechung zu der des EuGH klären, wozu im 3. Kopftuchbeschluss keine Veranlassung bestand. Nicht ausgeschlossen ist aber auch, dass das BAG einen erneuten Vorlagebeschluss an den EuGH richtet, die Diskrepanz in der Rechtsprechung beider Höchstgerichte zur Reichweite der Religionsfreiheit im öffentlichen Dienst und in privaten Arbeitsverhältnissen zu beseitigen oder aber beizubehalten.

## VI. Fazit:

Die bisher uneinheitliche Rechtsprechung des BVerfG zum Umgang mit religiös begründeter Kleidung im öffentlichen Dienst hat sich mit dem jüngsten Beschluss des BVerfG weitgehend konsolidiert und eröffnet zugleich Handlungsspielräume für den Gesetzgeber. Das Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH zum Umgang mit kopftuchtragenden Arbeitnehmerinnen in privaten Unternehmen ist ungeklärt.

# Von Äpfeln und Birnen – zur (Nicht-)Vergleichbarkeit von qualifizierten Arbeitszeugnissen mit dienstlichen Beurteilungen

Dr. Jörg-Michael Günther und Fabienne Brackmann

*Im öffentlichen Dienst kommt es häufig bei der Stellenbesetzung zur Konkurrenz von Beamten und Tarifbeschäftigten/Arbeitnehmern. Bei den Auswahlentscheidungen verlangt die Rechtsprechung, dass die Einschätzungen der Leistungen von Bewerbern in qualifizierten Arbeitszeugnissen weitestmöglich in die Scala von Beurteilungsnoten „übersetzt“ werden, damit auf dieser Basis ein auswahlentscheidender Vergleich beim Bewerberfeld beamteter und nichtbeamteter Bewerber erfolgen kann. Der Beitrag skizziert die besondere Problematik bei solchen Fallgestaltungen und wendet sich gegen das gerichtliche Mantra der angeblichen Vergleichbarkeit von qualifizierten Arbeitszeugnissen und Beurteilungen.*

## I. Einführung

Im Rahmen der Besetzung solcher Stellen im öffentlichen Dienst, welche Beamten und Tarifbeschäftigten zugänglich sind, ergibt sich regelmäßig die Konstellation, dass von einem Bewerber eine dienstliche Beurteilung und von einem anderen ein qualifiziertes Zeugnis des öffentlichen oder privaten Arbeitgebers vorliegt. Bei der Auswahlentscheidung steht dann der Dienstherr vor dem großen Problem, ggf. auf dieser Basis vergleichend die Eignung der konkurrierenden Bewerber einschätzen zu müssen und eine Auswahlentscheidung zu treffen. Dies kann wegen der Unterschiedlichkeit der Anforderungen und Maßstäbe für die beiden Formen der Bewertung der beruflichen Leistungen vielfach schwierig und bei näherer Betracht oft unzulässig sein. Besonders zugespitzt stellt sich die Problematik bei der Konkurrenz von behördeninternen Beamten und sog. Seiteneinsteigern.<sup>1</sup> Ein neuer Beschluss des OVG Weimar, der demgegenüber von der grundsätzlichen Vergleichbarkeit des qualifizierten Arbeitszeugnisses eines Tarifbeschäftigten und einer dienstlichen Beurteilung eines Beamten ausgeht, gibt Veranlassung für kritische Anmerkungen.<sup>2</sup> Sie werden verknüpft mit grundsätzlichen Betrachtungen zu der praxisrelevanten Problematik, zu deren Lösung es kein Patentrezept gibt.<sup>3</sup> Die ebenfalls diffizilen Rechtswegfragen, wenn sich Beamte und Arbeitnehmer auf eine Stelle im öffentlichen Dienst bewerben, bleiben dabei ausgespart.<sup>4</sup> Die mit arbeitsrechtlichen Konkurrenzen

- 1) Vgl. dazu OVG Münster, Beschluss vom 29.5.2018 – 6 B 229/18; OVG Münster, Beschluss vom 9.1.2017 – 6 B 1223/16; VG Hamburg, Beschluss vom 26.4.2016 – 20 E 1225/16; OVG Lüneburg, Beschluss vom 5.3.2014 – 5 LA 291/13; OVG Münster, Beschluss vom 13.5.2004 – 1 B 300/04; VGH Kassel, DB 1994, 2140; BVerwG, BVerwGE 136, 388; *Schnellenbach*, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2018, S. 98 ff.
- 2) OVG Weimar, Beschluss vom 8.4.2019 – 2 EO 883/17, NZA-RR 2019, 448; mit Recht skeptisch gegenüber einer allgemeinen Annahme, Beurteilungen und Arbeitszeugnisse seien vergleichbar OVG Münster, Beschluss vom 29.5.2018 – 6 B 229/18; s.a. VGH Mannheim, Beschluss vom 31.10.2019 – 4 S 2420/19.
- 3) In diese Richtung wohl auch OVG Münster, Beschluss vom 29.5.2018 – 6 B 229/18.
- 4) Vgl. dazu *Gronimus*, Der Personalrat 2020, S. 36; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. 2017, S. 890.