

sind die sogenannten „eignungsdiagnostischen Instrumente“ wie AC, die im Gegensatz zur dienstlichen Beurteilung allein durch Verordnung (und auch nicht als Primärtechniken,⁶⁷ schon gar nicht detailliert) anerkannt wurden (§ 33 Abs. 1 S. 3 BLV).

b) Extensivere Auslegung des Benachteiligungsverbots ?

Schließlich trägt der Versuch⁶⁸ nicht, das Benachteiligungsverbot durch extensivere Auslegung des formellen Gesetzes weiter zu entfalten und die spezifisch für Beförderungsschutz kreierte, gerade erst fixierte Figur als „bloße Beurteilungsnachzeichnung“⁶⁹ tendenziell aus der Praxis zu verabschieden, sie durch das „vorrangig(e)“ Institut „fiktive Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung“ zu überwinden, durch ein Instrument, das anscheinend möglichst frei von Prämissen gedacht ist,⁷⁰ jedenfalls frei von den bisher als Prinzip wesentlich konsentierten Zeitgrenzen der „Nachzeichnung“.

Nun hat das BPersVG in der Tat das Schutzobjekt des Beeinträchtigungsverbots exemplarisch mit „berufliche Entwicklung“, „berufliche(r) Werdegang“ nominiert und es hat weder detaillierende Elemente zur Tatbestandsseite (wann würde solcherart Beeinträchtigung vorliegen?) noch auf der Rechtsfolgeseite (wie soll dem Nachteil vorgebeugt, wie soll er behoben werden?)⁷¹ fixiert. Speziell für den Sektor Beamtenrecht kann und muss aber Näheres aus den Laufbahnregeln (§§ 16 ff. BBG, BLV) entnommen werden, welche die „berufliche Entwicklung“, den „Werdegang“ von Beamten strukturieren (weshalb ja die „fiktive Laufbahn-Nachzeichnung“⁷² und die „fiktive Beurteilungsfortschreibung“ als Problemlösungsansätze fungierten). Das Laufbahnrecht seinerseits wird, zumal hinsichtlich des (Status-)Amtszugangs, vom Leistungsprinzip (§§ 22 Abs. 1 S. 1, 9 S. 1 BBG), konkret von den Auswahlkriterien Eignung, Befähigung, fachliche Leistung determiniert. Eine an ihnen, gerade auch an der fachlichen Leistung orientierte gleichsam prognostisch-retrospektive Vorstellung des „beruflichen Werdegangs“ bedarf der „belastbaren“ Tatsachenbasis; wie bei der „fiktiven Beurteilungsfortschreibung“ würde eine substanzlos angenommene Nachzeichnung den zentralen Gehalt des Leistungsprinzips missachten. Jenes Essential, das zeitliche Grenzen impliziert,⁷³ kann nicht durch

Begriffswechsel von der „fiktiven Fortschreibung dienstlicher Beurteilungen“ hin zur „Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung“ derogiert werden. Das Personalvertretungsrecht stellt keine isolierte, vom Leistungsprinzip letztlich freie Materie dar. Kurz, in Fällen wie dem vom OVG Münster entschiedenen fehlt es jeder Nachzeichnung, jeder Fortschreibung gleichsam am Tatbestand.

V. Fazit

Würde man „fiktive Laufbahn-Nachzeichnung“, „fiktive Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs“ ohne belastbare Tatsachengrundlage vornehmen, in Fällen unmöglichen „fiktiven Fortschreibens“ der letzten regulären dienstlichen Beurteilung die verfassungs- wie formellgesetzlichen Auswahlkriterien reduzieren, das Leistungsprinzip amputieren, korrespondierend den Anspruch etwaiger Konkurrenten im Auswahlverfahren beschneiden, die Bewertungsfigur dienstliche Beurteilung abräumen (sie durch jedenfalls aktuell invalide AC oder dergleichen ersetzen), den Erkenntnisstoff des Dienstherrn auf den einer bloßen zufallsabhängigen Momentbetrachtung eindampfen, damit die optimale Stellenvergabe riskieren, schließe das erstrebte Vorbeugen gegenüber einer allenfalls hypothetischen, zumindest nicht verifizierbaren Benachteiligung langfristige Freigestellter in deren tatsächliche Begünstigung um. Begünstigungen aber verbietet das Gesetz ebenso wie Benachteiligung.

67) „Zur Überprüfung der Erfüllung von Anforderungen, zu denen dienstliche Beurteilungen keinen Aufschluss geben...“.

68) Unternommen von *Baden*, PersV 2019, S. 213 ff.

69) *Baden*, PersV 2019, S. 213 (218).

70) *Baden* will PersV 2019, S. 213 (216 f.) z. B. tunlichst auch das „Vergleichsgruppenmodell“ (oben Fn. 31) erübrigen.

71) Das jüngere BGleG ist nur etwas deutlicher (§ 28 Abs. 3 S. 3): „Die fiktive Nachzeichnung dient als Grundlage für Personalauswahlentscheidungen“.

72) Beispielshalber *Bodanowitz* (Fn. 2), B IV, Rn. 222a (Stand Oktober 2019); *Heberle*, ZfPR 2015, S. 118 (119); *Zimmerling*, ZfPR 2014, S. 26 ff.

73) Oben Fn.36.

Beamtinnen und Beamte in der Autobahn GmbH

Mark Koehler*

In Deutschland steht eine der größten Privatisierungen der letzten Jahre an. Rund 12.000 Beschäftigte, darunter auch ca. 1.200 Beamtinnen und Beamte sollen zum 01. Januar 2021 von den Straßenbauverwaltungen der Länder zum Bundesfernstraßenamt und zur Autobahn GmbH wechseln. Damit ist auch zeitgleich eine neue Verteilung der Aufgaben zwischen den Bund und den Ländern vorgesehen. Während die Tarifbeschäftigten durch Tarifverträge abgesichert sind, steht bei den Beamtinnen und Beamten eine gravierende Veränderung an. Sie müssen nicht nur in einen neuen Rechtskreis (vom Land zum Bund) wechseln, sondern müssen in Zukunft ihre Tätigkeiten bei einem privatrechtlich organisierten Unternehmen ausüben. Der Beitrag beleuchtet dabei, wie der Wechsel der Beamtinnen und Beamten erfolgen soll.

I. Ausgangssituation

Gemäß Art. 90 GG wurde das knapp 13.000 Kilometer lange Netz der Autobahnen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 90 GG vom Bund getragen, während für den Betrieb, die Unterhaltung, die Planung und Neubau- und Unterhaltungsmaßnahmen die Länder zuständig waren. Jedoch zeigte sich, dass dieses System nicht mehr effektiv genug und eine Reform dringend notwendig sei. Zu Beginn des Reformprozesses bestand daher zwischen Bund und Ländern Einigkeit

*) Der Autor hat an den Gesprächen zur Überleitung der Beamtinnen und Beamten in die Autobahn GmbH teilgenommen.

darüber, dass die Planungsverfahren gestrafft, Kompetenzüberschneidungen abgebaut und insbesondere eine über den gesamten Planungsprozess bis zu den Baumaßnahmen reichende verlässliche Finanzierung geschaffen werden müsse. Für die Funktions- und Leistungsfähigkeit des deutschen Verkehrssystems war mit Blick auf die Zukunft der Erhalt der überregionalen Straßen ebenso von zentraler Bedeutung, da in den letzten Jahren die Unterhaltung des Straßennetzes nicht im erforderlichen Maß erfolgte. Aber auch der Ausbau des Autobahnnetzes musste besser und schneller vorangetrieben werden.

Bund und Länder hatten hingegen unterschiedliche Auffassungen darüber, was die Umsetzung der Reformbestrebungen anbetraf. Während der Bund und hier insbesondere das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, die Gründung einer zentralen Bundesautobahn- oder auch Bundesfernstraßengesellschaft anstrebte, hielten die Länder an der Bundesauftragsverwaltung und damit der Trennung zwischen Finanzierung und Trägerschaft beim Bund und Bau/Betrieb bei den Ländern fest. Im weiteren Verlauf wurden durch unterschiedliche Gremien entsprechende Szenarien erarbeitet:

Die Expertenkommission „Stärkung von Investitionen in Deutschland“ (sogenannte Fratzscher-Kommission) wurde vom damaligen Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel im Jahr 2014 mit dem Auftrag berufen, konkrete Handlungsempfehlungen zur Stärkung privater und öffentlicher Investitionen in Deutschland auszuarbeiten und Vorschläge für eine leistungsfähige, zukunftsorientierte öffentliche Infrastruktur vorzulegen. Ein zentraler Punkt dabei war die Gründung einer Bundesfernstraßengesellschaft, die die zentrale Ausführungs- und Finanzierungsverantwortung und die Schaffung eines Finanzierungskreislaufs per Maut schaffen soll.

Die Verkehrsministerkonferenz hatte im Juli 2015 aufgrund des vorläufigen Berichts der Fratzscher-Kommission beschlossen, eine eigene Kommission „Bau und Unterhaltung des Verkehrsnetzes“ unter Leitung von Prof. Kurt Bodewig einzusetzen, die so genannte Bodewig II-Kommission. Die Bodewig II-Kommission hatte Bundesfernstraßenkonzepte vergleichend erörtert und bewertet. Dabei wurde eine Kombination der Weiterentwicklung der Auftragsverwaltung mit einer zentralen Finanzierungsgesellschaft wurde als beste Lösung favorisiert. Danach sollten die Aufgaben, Kompetenzen und die finanzielle Verantwortung zusammengeführt werden. Die Bundesautobahnen sollten durch eine eigene Institution des Bundes verwaltet werden, während die Länder Eigentum und Verwaltung der bisherigen Bundesstraßen übernehmen.

Letztlich hatten sich die Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Länder am 14. Oktober 2016 im Rahmen der Gespräche zu den Bund-Länder-Finzen auf Folgendes geeinigt: Im Rahmen einer Reform der Bundesauftragsverwaltung sollte der Fokus auf die Übernahme der Bundesautobahnen in die Bundesverwaltung (übrige Bundesfernstraßen opt out) liegen. Es sollte eine unter staatlicher Regelung stehende privatrechtlich organisierte Infrastrukturgesellschaft Verkehr eingesetzt und das unveräußerliche Eigentum des Bundes an Autobahnen und Straßen im Grundgesetz festgeschrie-

ben werden. Dazu sollten entsprechende Ermächtigungen in Art. 90 GG eingefügt werden. Die Eckpunkte für die Ausgestaltung waren darin festzulegen (u. a. Zeitplan, Regelungen in der Übergangsphase, Übergang von Personal-, Pensions- und Sachmitteln). Die Interessen der Beschäftigten hinsichtlich Status, Arbeitsplatz und Arbeitsort mussten Berücksichtigung finden. Die Personalvertretungen mussten eingebunden werden.

Dies führte zu dem Ergebnis, dass die Bundesautobahnen ab dem 01.01.2021 nicht mehr in Auftragsverwaltung durch die Länder geführt werden. Der Bund sollte in Eigenregie das Autobahnnetz verwalten. Ab diesem Zeitpunkt wird der Bund die alleinige Verantwortung für Planung, Bau, Betrieb, Erhaltung, vermögensmäßige Verwaltung und Finanzierung der Bundesautobahnen übernehmen. Damit endet die bisherige Auftragsverwaltung durch die Länder.

II. Gesetzliche Grundlagen

Art. 90 GG wurde dahingehend geändert, dass die Verwaltung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung geführt wird. Dabei kann sich der Bund zur Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft privaten Rechts bedienen.¹

Mit dem Gesetz zu Überleitungsregelungen zum Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz und zum Fernstraßen-Bundesamt-Errichtungsgesetz sowie steuerliche Vorschriften (Fernstraßen-Überleitungsgesetz – FernStrÜG)² wurde die Grundlage dafür gelegt, dass ein Großteil der Beschäftigten (Tarifbeschäftigte wie auch Beamte) in den Straßenbauverwaltungen der Länder und der Landesbetriebe auf das Unternehmen „Die Autobahn GmbH des Bundes“ und das Fernstraßenbundesamt übergehen muss. Von zentraler Bedeutung ist § 1 FernStrÜG der den Übergang des Personals auf den Bund regelt. In Absatz 4 wird festgeschrieben, dass der Bund alle vom Übergang betroffenen wechselbereiten Beschäftigten (Beamte, Arbeitnehmer und Auszubildende) unter Wahrung ihrer Besitzstände übernehmen wird. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur übernimmt dabei bei den Zuordnungen die Vorschläge der obersten Straßenbaubehörden der Länder auch hinsichtlich Arbeitsplatz und Arbeitsort sowie der Befähigung und dienstlichen Erfahrung der Beamtinnen und Beamten, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und Auszubildenden.

Dies wurde zur Verdeutlichung noch zusätzlich in einer Anlage zu § 1 Abs. 4 FernStrÜG wie folgt ausgeführt:

„Folgende Leitlinien sind zu beachten:

a) Bund und Länder werden durch möglichst umfassende Garantien die Interessen der betroffenen Beschäftigten hinsichtlich Status, Arbeitsplatz und Arbeitsort wahren und besonderes Augenmerk auf eine sozialverträgliche Gestaltung des Übergangs richten. Versetzungen gegen den Willen der Beschäftigten wird es nicht geben. Dies bedeutet insbesondere: Der Bund wird alle vom Übergang betroffenen wechselbereiten Beschäftigten (Beamte, Arbeitnehmer und Auszubildende) unter Wahrung ihrer Besitzstände übernehmen. Er wird auch die von der Neuregelung betroffenen und nicht wechselbereiten Beschäftigten im Rahmen der bestehenden dienst-, arbeits- und tarifrechtlichen Möglichkeiten (z. B. Personalgestellungen bzw. Zuweisung) weiterbeschäftigen. Die Länder erhalten insoweit eine Erstattung der Personalvollkosten.

1) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 190, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) vom 13.7.2017.
2) Das Gesetz wurde als Art. 15 des Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften vom 14.8.2017 – I 3122 – vom Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen. Es ist gem. Art. 25 Abs. 1 dieses Gesetzes am 18.8.2017 in Kraft getreten.