

Die fiktive Fortschreibung der dienstlichen Beurteilung

Prof. Dr. Lars Oliver Michaelis

Das Instrument der fiktiven Fortschreibung dienstlicher Beurteilungen hat sich seit einigen Jahren etabliert. Beim Bund und in mehreren Ländern ist es auch bereits in den laufbahnrechtlichen Regelungen verankert. Seine Anwendung wurde indes mit einer enormen Anzahl an Judikaten fortentwickelt, die von den Personalstellen kaum noch überblickt werden können. Ständig werden neue Anwendungsgebiete erschlossen, was zuletzt sogar in einem „fiktiven Ausblenden“ in Konkurrentenstreitverfahren mündete. Nachdem das BVerwG bereits „fiktive Erprobungen“ zugelassen hat, werden inzwischen auch „fiktive Versetzungen“, „fiktive Laufbahnwechsel“ oder „fiktive Beförderungen“ angedacht. Dagegen ist die Anwendung auf Gleichstellungsbeauftragte in einigen Ländern weiterhin streitig. Ebenso umstritten sind Fragen der Dauer von Fortschreibungen, der Referenzgruppenbildung, der Dokumentation, der Maßstabbildung sowie der Berechnung und auch die Anwendung bei teilweiser Freistellung. Grund genug, um das Thema einer umfassenden Darstellung zu unterziehen.

I. Einführung

Die Idee, frühere Beurteilungen fiktiv fortzuschreiben, lässt sich auf das personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot zurückführen. Freigestellte Mitglieder von Personalvertretungen können in Bezug auf den Freistellungszeitraum nicht dienstlich beurteilt werden.¹ Die Tätigkeit eines vom Dienst freigestellten Personalratsmitgliedes darf für die Bewertung der dienstlichen Leistung und Eignung in keiner Hinsicht herangezogen werden. Für die Leistungsbeurteilung folgt das bereits aus dem Umstand, dass ein Personalratsmitglied während einer (vollständigen) Freistellung keine „Arbeitsergebnisse“ zu erbringen hat, die einer bewertenden Betrachtung durch den Dienstherrn zugänglich wären.² Auch eine Befähigungsbeurteilung scheidet aus.³

Das Personalvertretungsrecht sieht aber neben einem allgemeinen Benachteiligungsverbot (§ 8 BPersVG)⁴ in § 46 Abs. 3 S. 6 BPersVG⁵ vor, dass die Freistellung von Personalratsmitgliedern nicht zur Beeinträchtigung ihres beruflichen Werdegangs führen darf. Personalratsmitglieder sollen sich also beruflich in gleicher Weise weiterentwickeln können, wie wenn sie nicht freigestellt worden wären.⁶ Mit anderen Worten können sich auch freigestellte Personalratsmitglieder jeder Zeit auf höherwertigere Stellen bewerben.

Im Rahmen der Stellenbesetzung sind die Dienstherrn dann jedoch über Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet, ihre Auswahl an den Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung zu orientieren. Maßgeblich für die Eignungsfeststellung sind die Beurteilungen der Bewerber.⁷ Außerdem können über einen längeren Zeitraum freigestellte Beamte im Rahmen ihrer Vertretungstätigkeit nicht in gleichem Maße wie Konkurrenten Kenntnisse und Erfahrungen gewinnen, die für Beförderungssämter maßgeblich sind.⁸ Diesem „Dilemma“⁹ wird durch das in der Rechtsprechung entwickelte¹⁰ Verfahren der fiktiven Laufbahnnachzeichnung begegnet. Es stellt eine Option für den Dienstherrn dar, die sich aber in der Praxis weitgehend durchgesetzt hat und inzwischen auch vielfach gesetzlich verankert ist.¹¹

Bei der sog. *fiktiven Laufbahnnachzeichnung*¹² werden freigestellte Beamte mit vergleichbaren Kollegen und Kolleginnen

verglichen. Zu Beginn eines Freistellungszeitraumes werden Vergleichsgruppen festgelegt, deren weiterer Werdegang (v. a. Beförderungen) beobachtet wird. Entwicklungen, die dort zu verzeichnen sind, dürfen dem freigestellten Beamten nicht vorzuenthalten werden.¹³

Teil der Laufbahnnachzeichnung ist zumeist die *fiktive Fortschreibung*¹⁴ der Beurteilung.¹⁵ Wäre die berufliche Entwicklung z. B. eines Personalratsmitgliedes ohne dessen Freistellung von einem Eignungs- und Leistungsvergleich mit konkurrierenden Beamten abhängig gewesen, kann dem personalvertretungsrechtlichen Benachteiligungsverbot dadurch Rechnung getragen werden, dass aufgrund des beruflichen Werdegangs des Personalratsmitgliedes und vergleichbarer Beamter prognostisch festgestellt wird, wie der Beamte ohne die Freistellung zu den jeweiligen Regelbeurteilungsstichtagen voraussichtlich beurteilt worden wäre. Dazu ist die letzte Regelbeurteilung des Personalratsmitgliedes vor der Freistellung nach Maßgabe der Entwicklung vergleichbarer Kollegen¹⁶

- 1) BVerwG, Beschluss vom 7.11.1991 – 1 WB 169/90 = ZBR 1992, 177; OVG Saarland, RiA 1993, 208; vgl. auch ausdrücklich § 44 Abs. 4 S. 1 PersVG LSA, § 45 Abs. 5 S. 3 ThürPersVG.
- 2) Vgl. dazu *Lorse*, PersV 2020, S. 92 f.
- 3) VGH Bayern, Beschluss vom 28.7.2014 – 3 LB 13/1642 = ZfPR 2015, 4; *Schnellenbach*, ZfPR 2002, S. 51.
- 4) § 179 Abs. 2 SGB IX für Vertrauenspersonen schwerbehinderter Menschen, § 18 Abs. 5 BGlG für Gleichstellungsbeauftragte, vgl. auch Art. 48 Abs. 2 GG für Abgeordnete, § 25 Abs. 1 BBG bei Elternzeit und familienbedingtem Urlaub, § 45 S. 2 BLV für Beurlaubungen zur Verwendung in zwischen- oder überstaatlichen Einrichtungen, § 6 Abs. 3 S. 3 BDSG für Datenschutzbeauftragte.
- 5) In den Ländern gilt unmittelbar und bundeseinheitlich das Benachteiligungsverbot aus § 107 BPersVG, konkretisiert durch landesgesetzliche Regelungen.
- 6) *Faber*, in: Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlattmann/Rehak/Faber, BPersVG, Komm., Stand 02/2020, § 46, Rn. 151; *Hebeler*, ZfPR 2015, S. 118 (119).
- 7) *Lorse*, Die dienstliche Beurteilung, 7. Aufl. 2020, Rn. 37 ff., s.a. § 33 Abs. 1 BLV.
- 8) *S. Baden*, PersR 3/2009, S. 107 (108).
- 9) *Vogelgesang*, PersV 2010, S. 4 (6).
- 10) BVerwG, Urteil vom 7.11.1991 – 1 WB 160/90 = ZBR 1992, 177; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 24.6.1980 – 6 A 292/78 = RiA 1980, 219; dass., Beschluss vom 23.4.1996 – 6 B 571/95 = PersV 1997, 30; vgl. auch BAG, PersV 1988, 408; dass., PersV 1991, 482 (483).
- 11) S.u. II.
- 12) Bei Arbeitnehmern auch „fiktive Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs“ genannt.
- 13) So hat die fiktive Laufbahnnachzeichnung technisch betrachtet im Rahmen des Bewerbervergleichs z. B. Vorrang vor der Heranziehung von Hilfskriterien, vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 2.3.2006 – 1 B 1934/05 = PersV 2007, 21.
- 14) Insofern ist die Bezeichnung des Art. 17a LfBG Bay, in der die fiktive Fortschreibung der dienstlichen Beurteilung beschrieben wird, als „fiktive Laufbahnnachzeichnung“ zumindest missverständlich. Erkennbar dagegen in § 28 Abs. 3 BGlG, s.u. III. 2., IV.
- 15) In Anlehnung an *Vogelgesang* (Fn. 9), S. 7, spricht *Lorse* (Fn. 7), Rn. 90, von einem „anlassbezogenen Beurteilungssurrogat“; s.a. *Schnellenbach*, Konkurrenzen im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2018, Kap. 6, Rn. 5; *Hebeler* (Fn. 6), S. 119.
- 16) S.u. IV.