

Bestenauslese bei freigestellten Beamten

Dr. Maximilian Baßlperger

Die Frage der Nachzeichnung einer laufbahnrechtlichen Entwicklung von freigestellten Beamten – insbesondere von Personalratsmitgliedern – war bereits vielfach Gegenstand von Veröffentlichungen.¹ Ein überwiegender oder sogar einheitlicher Lösungsweg konnte bei der Komplexität der Rechtsfragen jedoch bisher nicht gefunden werden. Die Entscheidung des VGH Hessen (ZBR 2022, 385 ff.) bietet Anlass, die Problematik erneut aufzugreifen.

I. Einleitung

Beamte, die sich in Elternzeit bzw. familienpolitischer Beurlaubung oder in einem Sonderurlaub befinden, welcher dienstlichen Interessen oder öffentlichen Belangen dient, können nicht beurteilt werden. Da sie in ihrem beruflichen Fortkommen gleichwohl nicht benachteiligt werden dürfen (vgl. § 25 BBG), ist es erforderlich einen Weg zu finden, der einerseits das Fortkommen sichert und andererseits eine Gleichbehandlung mit den dienstleistenden Beamten in einem rechtlich zulässigen Rahmen gewährleistet. Auch Personen, die Aufgaben oder Befugnisse als gewählte Personalräte wahrnehmen, dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Dies gilt nach §§ 10 und § 52 Abs. 1 Satz 2 BPersVG (und dem entsprechenden Landesrecht) insbesondere für ihre berufliche Entwicklung. Eine parallele bundesrechtliche Vorschrift enthält § 179 Abs. 2 SGB IX für die Vertrauenspersonen von schwerbehinderten Beschäftigten. Für Gleichstellungsbeauftragte bestehen entsprechende Bestimmungen in § 28 Abs. 1 und Abs. 3 BGleIG und dem jeweiligen Landesgleichstellungsrecht.² Benachteiligungen verbieten diese gesetzlichen Regelungen ebenso wie Begünstigungen. Die genannten Verbote enthalten jedoch keine Bestimmungen, wie ihre Umsetzung in der Praxis erfolgen soll.

Diese durch einfachgesetzliches Recht vorgegebenen Bestimmungen genießen jedoch keinen absoluten Vorrang, sondern sie werden durch das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG beschränkt. Die hierin enthaltenen Vorgaben für die Bestenauslese gelten uneingeschränkt für die gewählten Personalräte, sie finden in gleicher Weise für die Vertrauensperson der Schwerbehinderten und die Gleichstellungsbeauftragten Anwendung.³

II. Nachzeichnung durch Referenzgruppenbildung

Bei freigestellten Beamten ist die letzte vorhandene periodische Beurteilung nach § 33 Abs. 3 BLV und dem entsprechenden Landesrecht fiktiv fortzuschreiben (Fiktive Laufbahnnachzeichnung). Eines besonderen Antrags auf Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs bedarf es dabei nicht. Bei dieser Methode wird zum einen eine fachliche Leistung im Rahmen eines „Beurteilungssurrogats“⁴ fingiert und zum anderen wird der berufliche Werdegang des freigestellten Beamten mit vergleichbaren Kollegen derselben Fachlaufbahn („Referenzgruppe“) festgestellt und auf diese Weise prognostisch ermittelt, wie eine weitere oder auch mehrere Regelbeurteilungen (vermutlich) ausgefallen wären. Diese in Bund und den Ländern übliche Verwaltungspraxis soll dazu dienen, den freigestellten Beamten in die personellen Auswahlprozesse mit einzubeziehen um

ihm ggf. einen bestimmten Rangplatz bei Beförderungen zu sichern.⁵

Die Mitglieder der Vergleichsgruppe müssen dabei ein wesentlich gleiches Eignungs- und Leistungsbild aufweisen und die Entscheidung der Verwaltung über die Einbeziehung bestimmter Beamter in diese Gruppe muss vom Dienstherrn nachvollziehbar erläutert und begründet werden. So kann eine Referenzgruppe regelmäßig nur aus solchen Beamten gebildet werden, denen das von diesem ausgeübte Amt im statusrechtlichen Sinn (das Beförderungsamt) im selben Jahr wie dem freigestellten Beamten erstmals übertragen wurde.⁶ Erweist sich eine Laufbahnnachzeichnung, die Grundlage eines Vergleichs zwischen den Bewerbern um ein Beförderungsamt ist, als fehlerhaft, hat das Gericht den Dienstherrn auf die Klage des unterlegenen Beamten hin zu einer Neubescheidung zu verpflichten, wenn das Ergebnis des Auswahlverfahrens auf der fehlerhaften Grundlage beruhen kann.⁷ So verstößt etwa die Bildung einer zu kleinen Referenzgruppe gegen den Bewerbungsverfahrenanspruch (= Benachteiligungsverbot) eines nicht freigestellten Konkurrenten.⁸ Die Vergleichsgruppe besteht dabei grundsätzlich auch über einen längeren Zeitraum in identischen Personen, eine Neubildung ist nur in Ausnahmefällen angezeigt.⁹

III. Gleichwertigkeit der Nachzeichnung

Die dienstlichen Beurteilungen freigestellter und anderer Beamter mit „normaler“ Dienstleistung müssen bei der Personalauswahl für den Qualifikationsvergleich eine gegenseitige Aussagekraft besitzen. Fraglich ist die Gleichwertigkeit einer nachgezeichneten Laufbahn insbesondere dann, wenn etwa ein Personalratsmitglied bereits für einen mehrjährigen Zeitraum freigestellt war. Es würde sowohl dem Leistungsprinzip, als auch der Fürsorgepflicht widersprechen, würde der Dienstherr langjährig freigestellte Beamte (Personalratsmitglieder etc.) mangels Vergleichbarkeit ihrer dienstlichen Leistungen mit de-

- 1) *Michaelis*, ZBR 2020, S. 397 ff.; *ders.*, RiA 2021, S. 167 ff.; *v. Roetteken*, ZBR 2021, S. 361 ff.; *Günther*, ZBR 2020, S. 234 ff.; *Laber*, öAT 2021, S. 180 ff.; *Kathke*, RiA 2020, S. 9 ff.; *Lorse*, PersV 2020, S. 92 ff.; *Baden*, PersV 2019, S. 213 ff.; *Hebeler* ZfPR 2019, S. 105 f.; die Veröffentlichungen beziehen sich hauptsächlich auf das Benachteiligungsverbot im Rahmen des Personalvertretungsrechts.
- 2) Eine dienstliche Beurteilung der Tätigkeit erfolgt etwa nach Art. 16 Abs. 3 BayGlG nur auf Antrag der Gleichstellungsbeauftragten.
- 3) *Lorse*, Die dienstliche Beurteilung, 7. Aufl. 2020, Rn. 90.
- 4) *Michaelis*, ZBR 2020, S. 397 (406).
- 5) BVerwG vom 21.7.2016 – 1 WB 8/16.
- 6) BVerwG vom 26.11.2020 – 1 WB 20/20 – PersV 2021, 222 ff. mit Anm. *Gronimus*.
- 7) BayVGH vom 25.1.2016 – 3 CE 15.2014 – RiA 2016, 78 mit Anm. *Braun*.
- 8) BVerwG vom 11.12.2012 – 1 WB 6/13 – ZfPR 2015, 34.
- 9) So etwa, wenn eine Reihe der Mitglieder eine nicht mehr vergleichbare Tätigkeit ausüben, oder eine Reihe von vergleichbaren Beamten mittlerweile aus dem Dienst geschieden sind, aber nur dann, wenn der Rangplatz des freigestellten Beamten in der Referenzgruppe berührt wird, vgl. BVerwG vom 21.7.2016 – 1 WB 8/16.