

Till Immich

Beamtenrecht 2023: Fünf wichtige gerichtliche Entscheidungen für die Praxis

**Rechts-
praxis**

ifV Akademie e.V.
Gelsenkirchen

ifV Institut
für Verwaltungs-
wissenschaften gGmbH



ifV – Rechtspraxis R-2024/ 1

Inhalt

A.	Einleitung und Überblick	3
B.	Die Entscheidungen im Einzelnen	5
	I. Schmerzensgeld wegen Verletzung der Fürsorgepflicht durch "Mobbing"	5
	II. Konkurrentenstreit um die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens	9
	III. EuGH-Entscheidung zu religiösen Symbolen (insbes. Kopftuch)	12
	IV. Rücknahme der Ernennung als Beamter auf Lebenszeit	16
	V. Wiederholte Kernzeitverletzungen und ihre disziplinarrechtlichen Folgen.....	19
C.	Schlussbetrachtung und Ausblick	25

A. Einleitung und Überblick

Im Jahr 2023 gab es wieder zahlreiche gerichtliche Entscheidungen auf dem Gebiet des Personalrechts. Anhand von fünf Entscheidungen im Beamtenrecht werden nachfolgend die für den öffentlichen Dienst zentralen Entwicklungen des vergangenen Jahres dargestellt. Zudem gibt es eine rechtliche Einordnung sowie einen Ausblick bezüglich der wahrscheinlichen Auswirkungen auf die Praxis.¹

Im Jahr 2023 beschäftigte sich die große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mit der Frage, ob Beamtinnen und Beamte streiken dürfen. Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) besteht für Beamtinnen und Beamte ein Streikverbot.² Ein Grundsatz, der vom EGMR am 14.12.2023 nun bestätigt worden ist.³ Hätte der EGMR die Rechtmäßigkeit des Streikverbots für Beamte in Deutschland nicht anerkannt, so hätte diese Entscheidung für die Praxis möglicherweise tiefgreifende Änderungen mit sich gebracht.⁴ Der EGMR sah jedoch aus nachvollziehbaren Gründen keine Veranlassung, sich gegen das Streikverbot auszusprechen.⁵ Die Entscheidung hat eine nicht zu unterschätzende staatsrechtliche Tragweite und führt zur Festigung des deutschen Beamtenrechts. Auswirkungen auf die künftige alltägliche behördliche Praxis folgen aus der Entscheidung grundsätzlich nicht.⁶ Betroffen sind

jedoch „ältere“ Disziplinarverfahren.⁷ Im Beamtenrecht gab es im Jahr 2023 verschiedene gerichtliche Entscheidungen, deren Auswertung für die Praxis daher wertvoller ist. Da die Personalgewinnung und -bindung in Zeiten der Personalverknappung und demographischen Herausforderungen kaum mehr an Bedeutung gewinnen können,⁸ wurde ein besonderes Augenmerk auf gerichtliche Entscheidungen gelegt, die auch für diese Themen von Bedeutung sein können.

Höhere Arbeitsbelastungen und weniger zur Verfügung stehendes Personal werden in Zukunft dazu führen, dass ein gesundes Arbeitsklima in Zeiten der Aufgabenverdichtung für den Dienstherrn zur Herausforderung werden kann. Spannungen unter den Beschäftigten werden nicht auszuschließen sein. Im „Worst-Case-Szenario“ kann es zur Geltendmachung von Schmerzensgeldansprüchen wegen Mobbing kommen, wenn es zu einer aus Einzelhandlungen bestehenden systematischen Verletzung der Fürsorgepflicht kommen sollte. Darüber hatte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) zu entscheiden.⁹

Ein Konkurrentenstreit um die Vergabe eines höherwertigen Postens dürfte auf den ersten Blick der Klassiker unter den beamtenrechtlichen Streitigkeiten sein. Auf den zweiten Blick liefert eine Entscheidung des BVerwG hierzu wichtige Erkenntnisse, die in der Praxis berücksichtigt werden sollten, damit gerichtsfeste Entscheidungen getrof-

¹ Sofern bei Begrifflichkeiten die männliche Form verwendet wird, soll dies ausschließlich der besseren Lesbarkeit dienen. Gemeint und einbezogen sind im Sinne des Art. 3 GG regelmäßig alle drei Geschlechter. Nur dann, wenn es auf das Geschlecht ankommt, gilt etwas Anderes.

² BVerfG, Urteil vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, - 2 BvR 1395/13 -, - 2 BvR 1068/14 -, - 2 BvR 646/15 -, juris.

³ EGMR (Fünfte Sektion), Urteil vom 14.12.2023 – 59433/18, 59477/18, 59481/18, 59494/18, BeckRS 2023, 35987.

⁴ Siehe C. Buchmüller / T. Immich: Arbeits- und Beamtenrecht 2022: Zehn wichtige gerichtliche Entscheidungen für die Praxis, ifV – Rechtspraxis R-2023/ 2, S. 35. URL: https://www.ifv.de/fileadmin/user_upload/ifV_-_R-2023-2-Buchmueller-Immich.pdf.

⁵ M. Baßlspurger, siehe Blog-Beamtenrecht, verfügbar unter <https://www.rehm-verlag.de/beamtenrecht/blog-beamtenrecht/streikverbot-bleibt-bestehen/>, zuletzt abgerufen am 17.12.2023.

⁶ Daher wird aus praktischen Gesichtspunkten von einer eher akademischen Besprechung der Entscheidung abgesehen.

⁷ Die im Bundesland Hessen in Zusammenhang mit der Streikteilnahme im Jahr 2015 stehenden ruhenden oder sich im Widerspruchsverfahren befindlichen Disziplinarverfahren werden eingestellt. „Vor dem Hintergrund des klaren Urteils des EGMR sind die Disziplinarmaßnahmen gegen 3.000 hessische Lehrkräfte, die auf ein pflichtgemäßes Verhalten hinwirken sollten, nicht mehr erforderlich.“, Hessisches Kultusministerium, Pressemitteilung vom 19.12.2023.

⁸ Hierüber diskutierten Personaler beim „Netzwerktreffen Personal - Barcamp 2023“ im ifV am 29.08.2023 in Gelsenkirchen. In Zukunft sind weitere Barcamps geplant, für die Interessenten sich anmelden können. So gab es am 28.08.2023 auch ein entsprechendes „Netzwerktreffen Haushalt und Finanzen - Barcamp 2023“. Im Vordergrund steht die Vernetzung von operativen Kräften und ein gemeinsamer Austausch zu aktuellen behördlichen Handlungsfeldern.

⁹ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris, nachfolgend unter I. dargestellt.

fen werden können. Dabei geht es nicht allein um die fehlende Beteiligung einer Gleichstellungsbeauftragten.¹⁰

Eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu der Frage, ob eine Muslima bei der Arbeit in der öffentlichen Verwaltung in Belgien ein Kopftuch tragen darf, kann auch in Deutschland zur rechtlichen und personalwirtschaftlichen Verunsicherung führen. Dies dürfte sowohl für Einstellungsverfahren gelten, als auch für Fälle in denen Mitarbeiterinnen den Wunsch im bereits bestehenden Beamtenverhältnis äußern, auf der Arbeit eine muslimische Kopfbedeckung zu tragen. Hier stellt sich die Frage, ob aufgrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die bisherige rechtliche Einordnung der nationalen deutschen Gerichte überholt ist, auf die sich die personalwirtschaftliche Praxis eingestellt hat. Es stellt sich konkret die Frage, welche praktischen Auswirkungen die Entscheidung für Dienstherrn haben wird, wenn es heute mehr denn je um die Personalgewinnung und -bindung jedes Einzelnen ankommt.¹¹

Im Beamtenstatusrecht kann es zu Konstellationen kommen, die mit einer Rücknahme der Ernennung einhergehen. Hierüber hatte das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) mit Blick auf die Rücknahme der Ernennung als Beamter auf Lebenszeit und Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe zu entscheiden. Dabei kann diese praxisrelevante Entscheidung auch auf andere Arten von Beamtenverhältnissen übertragen werden.¹² Schließlich scheint es durch die Absenkung von Einstellungs Voraussetzungen als Reaktion auf zurückgehende Bewerberzahlen gleichzeitig zu einer Zunahme von „Fehlverhalten im öffentlichen Dienst“ kommen.¹³

Aufgrund der demographisch bedingten Abgänge und der zurückgehenden Bewerberzahlen kommt es zu Wissensverlusten. Dies kann – nicht unproblematisch- zu zeitlich längeren Disziplinarverfahren führen. Diesem Problem können Behörden nicht allein mit Personal, sondern vor allem flankierend mit Fortbildungen begegnen. Schließlich ist das Disziplinarrecht kein einfaches Feld, das es zu bestellen gilt. Besonders praxisrelevant dürfte eine Entscheidung des BVerwG zu der Frage sein, welche disziplinarrechtlichen Folgen wiederholte Kernzeitverletzungen bei einem zugleich ausgeglichenen Arbeitszeitkonto haben können. Das BVerwG hatte sich dabei auch mit der Frage zu beschäftigen, ob und inwiefern sich zeitlich gestreckt auftretende Dienstpflichtverletzungen und ein monatelanges unerlaubtes gänzliches Fernbleiben vom Dienst unterscheiden.¹⁴

¹⁰ BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris, nachfolgend unter II. dargestellt.

¹¹ EUGH, Urteil vom 28. November 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924, nachfolgend unter III. dargestellt.

¹² OVG NRW, Beschluss vom 29. Juni 2023 – 6 B 294/23 –, juris, nachfolgend unter IV. dargestellt.

¹³ Anlässlich der neu ins Leben gerufenen Kooperation zwischen dem Institut für Personal und Management (IPM) der HSPV NRW und dem Mannheimer Institut für Personalmanagement der Hochschule des Bundes, Fachbereich Bundeswehrverwaltung, (MIP), haben die beiden Forschungsinstitute im Jahr 2023 eine gemeinsame Tagung zum Thema „Fehlverhalten“ durchgeführt. Der erste Teil fand im April in Mannheim (FH Bund) statt. Die Veranstaltung wurde Ende Oktober am Standort Köln der HSPV NRW fortgesetzt. Der Veranstaltungsbericht und die Präsentationen sind unter <https://www.hspv.nrw.de/nachrichten/artikel/nachbericht-tagung-fehlverhalten-im-oeffentlichen-dienst-oktober-2023> im Internet abrufbar, zuletzt besucht am 05.12.2023. Die Organisatoren und Referenten, Prof. Lars-Oliver Michaelis,

Prof. Michael-Kawik und Prof. Till Immich sind im Beamtenrecht auch für das ifV Gelsenkirchen als Dozenten in unterschiedlichen Themenfeldern im Einsatz.

¹⁴ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20.21 –, juris, nachfolgend unter V. dargestellt.

B. Die Entscheidungen im Einzelnen

I. Schmerzensgeld wegen Verletzung der Fürsorgepflicht durch "Mobbing"

Die Beschäftigten im öffentlichen Dienst werden auf dem Arbeitsmarkt zunehmend umworben, dies gilt insbesondere für die „Generation Z“ und ihre Ansprüche an Arbeit und an Dienstherren.¹⁵ Diese Generation umfasst je nach Definition die zwischen 1995 und 2010 geborenen Jahrgänge¹⁶ und steht auch medial im personalwirtschaftlichen Fokus.¹⁷ Angehörige dieser Generation haben scheinbar eine geringer ausgeprägte Loyalität gegenüber den Arbeitgebern als ihre Vorgängergenerationen. Damit könnte gleichzeitig eine höhere Wechselwilligkeit bei Unzufriedenheit einhergehen.¹⁸ Der „Generation Z“ sind soziale Aspekte wie die Behördenkultur und eine entsprechende Organisationsentwicklung besonders wichtig.¹⁹ Ähnliches gilt aber auch schon bereits für die „Generation Y“, also die ab den Jahren 1980 geborene Vorgängergeneration der „Generation Z“ mit Blick auf ein positives Betriebs- und Arbeitsklima und die Personalentwicklung.²⁰ Die Problematik des „Mobblings“ wird vor diesem Hintergrund in Sachen Personalgewinnung an Bedeutung gewinnen. Dabei wird es nicht nur um die unmittelbaren Kosten im Sinne des Schmerzensgeldes wegen Verletzung der Fürsorgepflicht gehen, sondern auch um die nicht so leicht bezifferbaren Kosten, wie ein Imageverlust oder erhöhte Krankenstände. Auch die mit einem vorzeitigen Ruhestand aufgrund psychischer Erkrankungen einhergehenden personalwirtschaftlichen Folgen und Kosten werden in der Praxis diskutiert, wodurch

gesunde Führung an Bedeutung gewinnt.²¹

In rechtlicher Hinsicht ist für die personalwirtschaftliche Praxis die Entscheidung des BVerwG (Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris) von Bedeutung, da es im Verfahren nicht allein um einen bloßen Schadensersatzanspruch ging.²² Das BVerwG hatte sich im Verfahren auch mit dem Begriff des „Mobblings“ tiefergehend auseinandersetzen und bietet Behörden damit eine Orientierung an. Schließlich wird der Begriff des „Mobblings“ in der Praxis mitunter inflationär verwendet, was eine Orientierung des Dienstherrn ohne Kenntnis der Rechtsprechung erschwert hat.

1. Sachverhalt

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin, eine Stadtverwaltungsoberrätin den Vorwurf des „Mobblings“ gegenüber ihrem Dienstherrn erhoben und etwaigen immateriellen Schadensersatz im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht.²³ Ursprünglich leitete sie den Fachbereich III "Bürgerdienste, Recht und Ordnung" in der beklagten Gemeinde. Im Zuge einer Verwaltungsreform im Juli 2014, die vom Oberbürgermeister verfügt worden war, kam es zu einer Neuorganisation des Verwaltungsaufbaus. Diese hatte eine Reduzierung der Fachbereiche von vier auf drei zur Folge. Die Klägerin wurde dadurch auf die neu geschaffene "Stabsstelle Recht" umgesetzt. Die Klägerin versuchte durch Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sich hiergegen zur Wehr zu setzen, blieb aber erfolglos. Das Verwaltungsgericht (VG) Halle verpflichtete die Beklagte jedoch im Wege der einstweiligen Anordnung dazu, die Klägerin amtsangemessenen zu beschäftigen. Auch im Hauptsacheverfahren entschied das VG danach zu Gunsten der Klägerin. Einen hiergegen gerichteten Antrag auf Zulassung der Berufung der Gemeinde lehnte das OVG ab.

¹⁵ M. Mangelsdorf, Von Babyboomer bis Generation Z: Der richtige Umgang mit unterschiedlichen Generationen im Unternehmen, Offenbach, Gabler, 3. Aufl. 2019, S. 20 f.

¹⁶ K. Meyer, Persönlichkeit und Selbststeuerung der Generation Z. Ein Leitfaden für Bildungsträger und die mittelständische Unternehmenspraxis, 2020, S. 4.

¹⁷ K. Hölzer et.al., Warum die Generation Z anders arbeiten will – und damit jetzt alle ansteckt, in: Der Spiegel, Nr. 22 (Titelgeschichte) 26.05.2023.

¹⁸ C. Scholz, Generation Z, wie sie tickt, was sie verändert und warum sie uns alle ansteckt, 2014, S. 136. Meyer (2020), S. 5.

¹⁹ Vgl. M. Steckl / U. Simshäuser / M. Niederberger, Arbeitgeberattraktivität aus Sicht der Generation Z; in: Prävention und Gesundheitsförderung 14, 2019, S. 212-217, S. 216.

²⁰ H. Einramhof-Florian: Fit für die jungen Generationen am Arbeitsplatz- Wie ticken sie und was macht sie aus, 2022, S. 8, 28 f.

²¹ M. Kawik, Streit um die Dienst(-un)fähigkeit als Versagen im System, Impulsvortrag, S. 14, 19, abrufbar unter: <https://www.hspv.nrw.de/nachrichten/artikel/nachbericht-tagung-fehlverhalten-im-oeffentlichen-dienst-oktober-2023;> zuletzt besucht am 05.12.2023.

²² Die Entscheidung wurde auch im Schrifttum mit Aufmerksamkeit verfolgt. Siehe Urteilsanmerkungen von der Weiden, jurisPR-BVerwG 15/2023 Anm. 3; St. Sasse, in: ArbRB 2023, 238-239; SächsVBl 2023, II. Vorinstanzen: OVG Magdeburg, Urteil vom 08. Oktober 2020 - 1 L 72/19 -; VG Halle, Urteil vom 27. März 2019 - 5 A 519/16.HAL -.

²³ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 1, 2.

Die Klägerin war bei ihrer Umsetzung aufgrund von Krankheit nicht im Dienst. Ihr bisheriges Dienstzimmer im Dachgeschoss eines Rathauses wurde geräumt und die Gegenstände vorübergehend in ein anderes Büro verbracht, das sie zuvor genutzt hatte. Die "sehr steilen Treppen" zum neuen Büro im Dachgeschoss waren bereits 2010 aus Arbeitsschutzgründen beanstandet worden. Aus Sicht der Klägerin sei die Umsetzung in ein abgelegenes Büro im Dachgeschoss des Rathauses, verbunden mit steilen Treppen, als Schikane zu verstehen. Die Klägerin bat außerdem um eine schriftliche Einschätzung ihrer Leistungen als Fachbereichsleiterin im Zusammenhang mit ihrer Umsetzung, die sie möglicherweise bei zukünftigen Bewerbungen vorlegen könnte. In dem vom Oberbürgermeister erstellten „Dienstzeugnis“ hieß es jedoch, dass die Klägerin es wegen einer beabsichtigten Bewerbung bei einem anderen Dienstherrn oder außerhalb des öffentlichen Dienstes angefordert hätte.

Nach den Gerichtsurteilen bezüglich des Anspruchs der Klägerin auf angemessene Beschäftigung veröffentlichte der Personalrat der Gemeinde eine Pressemitteilung auf der Homepage. In dieser wurde unter anderem ausgeführt: *„Was nicht zur Verhandlung vor Gerichten, egal welcher Instanz, stehen wird, ist die auf der Strecke gebliebene Moral. Sich über Monate bei voller Besoldung als Chefjuristin der Verwaltung in 'Krankheit' zu flüchten, weil man persönlich der Ansicht ist, arbeitsseitig unterfordert zu sein, sollte man den vielen fleißigen Beschäftigten, Beamten unserer Stadt einmal versuchen zu erklären.“*²⁴ Der Oberbürgermeister habe außerdem der Klägerin gegenüber offenbart, im Rahmen seines Wahlkampfes im Frühjahr 2014 das Vertrauen in ihre Person verloren zu haben.

Die Klägerin argumentierte zusammenfassend, dass die Umsetzung und die damit verbundenen Handlungen des Oberbürgermeisters als gezieltes Mobbing zu verstehen seien.

Nachdem die Klägerin erfolglos von der Beklagten Schadensersatz wegen „Mobbings“ gefordert hatte, reichte sie zunächst eine Untätigkeitsklage beim VG ein. Dieses entschied daraufhin, dass die Gemeinde verpflichtet sei, alle materiellen Schäden der Klägerin zu ersetzen, die ihr aus den in den Jahren 2014 bis 2016 durch die Beklagte verursachten Verletzungen des Beamtenverhältnisses noch entstehen werden. Außerdem wurde die Beklagte dazu verurteilt, der Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 23.000 € zu zahlen. Die Umsetzung der Klägerin konnte aus Sicht des VG nur als Schikane betrachtet werden, da sie mit sinnlosen Aufgaben

beschäftigt worden sei. Die Gemeinde habe den gerichtlich festgestellten Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung ignoriert und der klagenden Beamtin so aufgezeigt, dass selbst die Inanspruchnahme von Gerichten ihre Situation nicht verbessern könne. Gleichzeitig sei ihr ein abgelegenes und unwürdiges Büro zugeteilt worden, um ihren Abstieg aus der Führungsebene nach außen sichtbar zu dokumentieren. Die Erteilung eines Dienstzeugnisses anstelle einer Anlassbeurteilung habe das Ende ihres Beamtenverhältnisses bescheinigen sollen. Schließlich wurde der beklagten Gemeinde auch die Pressemitteilung des Personalrats zugerechnet.²⁵

Die Gemeinde ist vor dem OVG des Landes Sachsen-Anhalt mit Erfolg in Berufung gegangen. Es wurde vom OVG festgestellt, dass der Vertrauensverlust des Oberbürgermeisters möglicherweise eine plausible Motivation für die Ausgrenzung der Klägerin darstelle, jedoch keine gezielten Angriffe auf ihre Person vorliegen würden, die als "Mobbing" qualifiziert werden könnten. Der grundlegende Verwaltungsumbau habe die gesamte Stadtverwaltung betroffen und die Umsetzung der Klägerin auf einen neuen Dienstposten wurde nicht als diskriminierender Akt gewertet. Die Beklagte habe mit Blick auf eine amtsangemessene Beschäftigung auf die gerichtlichen Feststellungen reagiert und die Aufgabenzuschreibung des Dienstpostens mehrfach nachgeführt. Ein vordringlicher Handlungsbedarf habe im Hinblick auf die krankheitsbedingte Abwesenheit der klagenden Beamtin nicht bestanden. Die Zuweisung des neuen Dienstzimmers und die Erteilung des Dienstzeugnisses wurden als nicht schikanös gewertet. Der Inhalt der Pressemitteilung des Personalrats sei dem Oberbürgermeister zudem nicht bekannt gewesen. Der Oberbürgermeister habe bei der Unterredung mit den Personalratsmitgliedern deutlich gemacht, dass er die Auseinandersetzung mit der Klägerin nicht öffentlich führen wolle. Das Unterlassen eines Einschreitens gegen die Pressemitteilung des Personalrats sei nicht als Hinweis auf ein "Mobbing" geeignet.²⁶

Im Berufungsverfahren hat das OVG als Berufungsgericht den Beweisantrag der Beamtin zur Aufklärung der Frage, ob dem Oberbürgermeister der Inhalt der Pressemitteilung des Personalrats vorab bekannt war, abgelehnt. Gleiches galt für ihren Beweisantrag, über die gesundheitlichen Auswirkungen der amtsunangemessenen Beschäftigung der Klägerin ein Sachverständigengutachten einzu-

²⁴ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 6.

²⁵ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 8.

²⁶ Ausführlich dazu BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 9-12.

holen.

Die Klägerin legte vor dem BVerwG daraufhin Revision ein, um Schadensersatz und Schmerzensgeld zu erstreiten. Das BVerwG lies die Revision zu.

Die verbeamtete Klägerin beantragte, das Urteil des OVG aufzuheben, die Berufung der beklagten Gemeinde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts zurückzuweisen und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung über das vom Verwaltungsgericht abgewiesene Begehren auf Zuerkennung eines weiteren Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 31 000 € an das OVG zurückzuverweisen.

Die beklagte Gemeinde hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

2. Entscheidungsgründe

Das BVerwG hat entschieden, dass das Berufungsurteil des OVG gegen Bundesrecht verstößt, da es von einem fehlerhaften rechtlichen Maßstab ausgehe. Eine unmittelbare Entscheidung in der Sache selbst durch das BVerwG schied jedoch aus, weil es weiterer Sachverhaltsaufklärung bedarf und die abschließende Würdigung des Gesamtgeschehens den Tatsachengerichten vorbehalten ist.²⁷

Zum Begriff des „Mobbing“ und die in Frage kommende Anspruchsgrundlagen äußerte sich das BVerwG wie folgt:

„Die Besonderheit der als "Mobbing" bezeichneten Rechtsverletzung liegt gerade darin, dass die Zusammenschau mehrerer Einzelakte zur Annahme einer Fürsorgepflichtverletzung führen kann, auch wenn die jeweiligen Einzelmaßnahmen für sich betrachtet nicht zu beanstanden oder jedenfalls nicht von ausreichender Intensität sind. Diesen Maßstab hat das Oberverwaltungsgericht nicht hinreichend beachtet und eine Gesamtschau der betrachteten Maßnahmen unterlassen. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht den Beweisanspruch zur Aufklärung der Frage, ob dem Oberbürgermeister der Inhalt der Pressemitteilung des Personalrats vorab bekannt war, fehlerhaft abgelehnt. Zudem beruht die Ablehnung des Beweisanspruchs, über die gesundheitlichen Auswirkungen der amtsunangemessenen Beschäftigung der Klägerin ein Sachverständigengutachten einzuholen, auf einem fehlerhaften Kausalitätsmaßstab.

Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass "Mobbing" weder eine

Anspruchsgrundlage noch ein Rechtsbegriff ist. Der von der Klägerin vorgetragene Sachverhalt muss daher in rechtsförmige Kategorien eingeordnet werden. Mögliche Anspruchsgrundlage für das von der Klägerin geltend gemachte Begehren ist der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht.

[...] Die unmittelbare Haftung des Dienstherrn für die durch eine Verletzung der Fürsorgepflicht entstandenen Schäden ist bereits vom Reichsgericht entwickelt und nachfolgend vom Bundesverwaltungsgericht übernommen worden [m.w.N.]. Das Rechtsinstitut des beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs findet seinen Rechtsgrund im Beamtenverhältnis und begründet einen unmittelbar gegen den Dienstherrn gerichteten Ersatzanspruch für Schäden, die aus einer Verletzung der aus dem Beamtenverhältnis folgenden Pflichten entstehen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Dienstherr eine dem Beamten gegenüber bestehende Pflicht schuldhaft verletzt hat, die Rechtsverletzung adäquat kausal für den Schadenseintritt war und der Beamte es nicht unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines ihm zumutbaren Rechtsmittels abzuwenden [m.w.N.] Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn aus § 45 BeamStG vermittelt dem Beamten Anspruch auf Schutz und Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte [m.w.N.]; sie verpflichtet den Dienstherrn, Schädigungen der körperlichen oder seelischen Gesundheit der Beamten zu vermeiden [m.w.N.]. Unter den Voraussetzungen einer Verletzung der Fürsorgepflicht kann mit dem beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch daher auch ein Ersatz für immaterielle Schäden gewährt werden (vgl. § 253 Abs. 2 BGB). Dies gilt auch, soweit durch eine gezielte Unterbeschäftigung die Fürsorgepflicht verletzt worden ist.“²⁸

Das BVerwG stellt dar, dass mit der Bezeichnung als "Mobbing" ein bestimmtes Gesamtverhalten als Verletzungshandlung im Rechtssinne qualifiziert werden soll. Es führt in der Entscheidung dazu aus:

„Die rechtliche Besonderheit der als "Mobbing" bezeichneten tatsächlichen Erscheinungen liegt darin, dass nicht eine einzelne, abgrenzbare Handlung, sondern die Zusammenfassung mehrerer Einzelakte zu einer Rechtsverletzung des Betroffenen führen kann. Wesensmerkmal der als "Mobbing" bezeichneten Beeinträchtigung ist die systematische, sich aus vielen einzelnen Handlungen zusammensetzende Verletzungshandlung, wobei den einzelnen Handlungen bei isolierter Betrachtung eine rechtliche Bedeutung oft nicht

²⁷ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 15, 44.

²⁸ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 17-20.

zukommt (vgl. BAG, Urteil vom 16. Mai 2007 - 8 ARZ 709/06 - BAGE 122, 304 Rn. 58). In der Senatsrechtsprechung ist "Mobbing" daher als ein "systematisches Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren" verstanden worden (BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 2005 - 2 A 4.04 - NVwZ-RR 2006, 485 Rn. 36).²⁹

Das BVerwG geht zusammengefasst also darauf ein, dass das OVG als Berufungsgericht die beim „Mobbing“ anzusetzenden Maßstäbe verkannt hat. Es hat versäumt, die Möglichkeit eines „Gesamtsystems der vorgetragene Einzelmaßnahmen“ zu berücksichtigen, obwohl es eine plausible Motivation für Ausgrenzung und Diskriminierung der Klägerin anerkannt hatte.²⁹

Die Berufungsentscheidung hätte in einer Gesamtbetrachtung berücksichtigen müssen, dass die beklagte Gemeinde den Anspruch der Klägerin auf amtsangemessene Beschäftigung über einen erheblichen Zeitraum nicht erfüllt hat. Die Annahme, dass aus dem Fehlen angemessener Arbeitsaufgaben keine Diskriminierungsabsicht abgeleitet werden könne, wirkt angesichts der plausiblen Schikanemotivation und der Widersprüche in der Betrachtung der Gesamtheit der Maßnahmen in sich nicht konsistent. Das Berufungsgericht hat nicht ausreichend und ernsthaft die Möglichkeit einer Schikaneabsicht in Betracht gezogen, insbesondere im Hinblick auf die Inanspruchnahme zulässiger Verteidigungsmöglichkeiten, Einreden durch die beklagte Gemeinde sowie denkbare Verschleppungsabsichten und die Zuweisung eines Dienstzimmers, dessen sicherheitsrechtliche Bedenken bekannt waren.³⁰

In der zu besprechenden Entscheidung führt das BVerwG außerdem aus, dass es seiner ständigen Rechtsprechung entspricht, „dass die in § 839 Abs. 3 BGB für Fälle der Amtshaftung getroffene Regelung als Ausprägung des Mitverschuldensprinzips auch für den beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch Anwendung findet. [...] Bei rechtswidrigem Handeln des Staates ist der Betroffene gehalten, zunächst die ihm zur Verfügung stehenden Mittel zur Abhilfe in Anspruch zu nehmen (kein "dulde und liquidiere"). Ein Anspruchsverlust tritt jedoch nur durch den Nichtgebrauch von zumutbaren und erfolgversprechenden Rechtsmitteln ein [m.w.N.]. Im Hinblick auf die von der Klägerin gerügte nicht amtsangemessene Beschäftigung war sie daher gehalten, (Primär-)Rechtsmittel zur

Abwendung des beanstandeten Verhaltens zu ergreifen. Hierzu gehört auch die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes [...], von der die Klägerin Gebrauch gemacht hat. Auf ihren Antrag hin hat das Verwaltungsgericht die Beklagte im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Klägerin amtsangemessen zu beschäftigen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt die nicht ordnungsgemäße Ausschöpfung der Möglichkeit, Vollziehungsmaßnahmen aus dieser einstweiligen Anordnung zu ergreifen, nicht zum Anspruchsverlust entsprechend § 839 Abs. 3 BGB. Eine Beamtin, die eine gerichtliche Verfügung gegen ihren Dienstherrn erwirkt hat, darf darauf vertrauen, dass dieser der Anordnung des Gerichts Folge leisten wird. Es ist ihr nicht zuzumuten, über die Beschreitung vorläufigen Rechtsschutzes hinaus auch Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihren Dienstherrn einzuleiten, um dem Vorwurf unterlassener Rechtsbehelfe bei der Geltendmachung von Sekundäransprüchen zu entgehen. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung trägt weder der Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu rechtstreuem Verhalten noch der gegenseitigen Treueverpflichtung im Beamtenverhältnis hinreichend Rechnung. Dem entspricht, dass bei der Prüfung der Zumutbarkeit von Rechtsmitteln in "Mobbing"-Konstellationen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berücksichtigt werden muss, dass bei Einlegung von Rechtsbehelfen eine Verschlechterung der gegenwärtigen Situation zu befürchten sein kann (vgl. BGH, Beschlüsse vom 1. August 2002 - III ZR 277/01 - NJW 2002, 3172 <3174> und vom 30. Juni 2016 - III ZR 316/15 - NVwZ-RR 2016, 917 Rn. 2).³¹

Darüber hinaus hat das Berufungsgericht den Beweisantrag zur Aufklärung der Frage, ob dem Oberbürgermeister der Inhalt der Pressemitteilung des Personalrats vorab bekannt war, fehlerhaft abgelehnt. Zudem beruht die Ablehnung des Beweisantrags, über die gesundheitlichen Auswirkungen der amtsunangemessenen Beschäftigung der Klägerin ein Sachverständigengutachten einzuholen, auf einem fehlerhaften Kausalitätsmaßstab.³²

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

²⁹ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 24.

³⁰ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 24-28.

³¹ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 29-33.

³² BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Rn. 34-42.

ist von hoher praktischer Bedeutung. Sie wird nicht zuletzt aufgrund einer Pressemitteilung des BVerwG in Zukunft von anwaltlicher Seite aus in Verfahren eingebracht werden, in denen sich Beamtinnen und Beamte „Mobbing“ ausgesetzt sehen und gegen ihren Dienstherrn vorgehen wollen.³³ Dies schließt gerichtliche Verfahren mit ein. Dabei kann es auch vorgelagert um eine amtsangemessene Beschäftigung gehen, die im Nachgang dann für die Behörde bei Schadensersatzansprüchen und Schmerzensgeldansprüchen wegen „Mobbings“ eine Rolle spielen kann. Anlass hierzu kann die personalwirtschaftliche Praxis geben. Mit Blick auf einen Anspruch auf eine amtsangemessene Beschäftigung sind weitere Fallkonstellationen im Zusammenhang mit „Mobbing“ denkbar. Eine nicht amtsangemessene Beschäftigung ist unter anderem auch dann anzunehmen, wenn der Inhaber eines ranghöheren Statusamtes den Weisungen eines Beamten unterworfen ist, dem ein rangniedrigeres Statusamt verliehen ist. Eine andere Sichtweise wäre mit dem letztlich aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) folgenden Aufbau der beamtenrechtlichen Laufbahnen nicht zu vereinbaren.³⁴ Denn ein längerfristiger höherwertiger Einsatz aktiver Beamter ist grundsätzlich objektiv rechtswidrig und widerspricht damit regelmäßig dem verfassungsrechtlich verankerten Gebot amtsangemessener Beschäftigung (Art. 33 Abs. 5 GG).³⁵ Auch Beurteilungsbeiträge von rangniedrigeren Beamten sind daher rechtsfehlerhaft: *„Ein Beamter in einem niedrigeren Statusamt darf grundsätzlich nicht einen Beamten in einem höheren Statusamt dienstlich beurteilen, selbst wenn er eine gegenüber seinem Statusamt (weit) höherwertige Funktion wahrnimmt, die auch gegenüber dem Statusamt des Beurteilten gleich- oder höherwertig ist.“*³⁶ *„Ausgeschlossen ist es [ebenso] einen Beurteiler mit einem [...] gleich-rangigen Statusamt zu bestimmen.“*³⁷

Zusammenfassend besteht also die Gefahr, dass personalwirtschaftliche Fehlentscheidungen auch mit Blick auf eine amtsangemessene Beschäftigung als „Mobbing“ eingeordnet werden können. Hier kommt es im Ergebnis entscheidend auf eine

„Gesamtbetrachtung der Einzelakte“ an.³⁸ Die Entscheidung sollte daher als Anlass dazu genommen werden, das eigene behördliche personalwirtschaftliche Handeln zu überdenken und sich rechtssicher aufzustellen, damit dem Vorwurf des „Mobbings“ begegnet werden kann. Schließlich können Spannungsfälle mit Beschäftigten -seien sie begründet oder unbegründet- nicht nur in einer Dienstunfähigkeit münden, sondern auch weitere Prozesse nach sich ziehen. Dabei dürfte der langfristige Schaden für den Dienstherrn als Arbeitgeber mit Blick auf seine „Arbeitgebermarke“ schwerer zu beziffern sein als alles andere.

II. Konkurrentenstreit um die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens

Der beamtenrechtliche Konkurrentenstreit gehört sicherlich zu den Klassikern im öffentlichen Dienstrecht. Dabei geht es jedoch nicht immer nur um einen Konkurrentenstreit im engeren Sinne, bei dem der Bewerbungsverfahrenanspruch des unterlegenen Bewerbers im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG geltend gemacht werden soll. Ein Konkurrentenstreit kann auch eine Art „Retourkutsche“ sein. Dies kann dann der Fall sein, wenn sich eine Beamtin oder ein Beamter auf eine bei einem anderen Dienstherrn ausgeschriebene Stelle erfolgreich beworben hat und der Dienstherr sie oder ihn nicht ziehen lässt. Eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des Dienstherrn vorausgesetzt wäre ihm dies rechtlich möglich.³⁹

Die Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung ist aber nicht allein von diesem Hintergrund für die Personalpraxis wichtig, um rechtssichere Entscheidungen im Sinne der Beamtinnen und Beamten treffen zu können. Dabei gilt es auch, Beteiligungsrechte zu beachten. Schließlich geht es im Kern darum, das Leistungsprinzip im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG praktisch umzusetzen.

Auch im Jahr 2023 hatte das Bundesverwaltungsgericht über einen beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit anlässlich der Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens zu entscheiden und dabei wichtige Grundsätze wiederholt.⁴⁰

³³ BVerwG, Pressemitteilung Nr. 24/2023 vom 28.03.2023.

³⁴ OVG NRW, Beschluss v. 25. Februar 2013 - 6 A 263/12 - juris Rn. 10; so auch BVerwG, Urteil v. 23.05.2002, 2 A 5.01 -, juris Rn. 19.

³⁵ OVG NRW, Beschluss vom 21. März 2017 - 1 B 1361/16 -, juris Rn. 16.

³⁶ OVG NRW, Beschluss vom 21. März 2017 - 1 B 1361/16 -, juris Rn. 9, 16.

³⁷ BVerwG, Urteil vom 01. März 2018 – 2 A 10.17 –, juris Rn. 16.

³⁸ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 6.21 –, juris Leitsatz 2.

³⁹ BVerwG, Beschluss vom 27. April 2021 – 2 VR 3.21 –, juris Leitsatz 1 und 2. Siehe dazu vertiefend juris Literaturnachweis zu von der Weiden, jurisPR-BVerwG 26/2021 Anm 4.

⁴⁰ BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris.

1. Sachverhalt

In dem vorliegenden Verfahren geht es um die Vergabe eines Beförderungsdienstpostens beim Bundesnachrichtendienst (BND). Der Antragsteller ist als Beamter seit 2012 beim BND tätig. Im Jahr 2017 wurde er zum Direktor (Besoldungsgruppe B 3 BBesO) beim BND befördert und hatte seither verschiedene leitende Positionen inne, darunter die Leitung eines Leitungsstabs, der Abteilung A und zuletzt eines Direktorats.

Der strittige Dienstposten, der zur Besoldungsgruppe B 6 BBesO gehört und die Bereichsleitung X umfasst, wurde im Zuge einer Neuorganisation des BND im August 2022 neu geschaffen. Dieser Posten beinhaltet im Wesentlichen die Arbeitsbereiche der früheren Abteilungen A, B und C. Anfangs wurde der Dienstposten mit einem anderen Beamten der Besoldungsgruppe B 6 BBesO ämtergleich besetzt. Dieser Beamter wurde jedoch später zum Bundesministerium der Verteidigung versetzt.

Seit dem 12. Oktober 2022 obliegt einem Konkurrenten des Antragstellers, dem Beigeladenen, zusätzlich zu seinen ursprünglichen Aufgaben als Direktorsleiter Z die Vakanzvertretung dieses neuen Dienstpostens.

Im Sinne einer dauerhaften Aufgabenübertragung kam es zu einem Auswahlverfahren. Die Gleichstellungsbeauftragte wurde bei der Abfassung des Anforderungsprofils nicht rechtzeitig beteiligt. Es wurde für drei Beamte eine Anlassbeurteilung eingeholt. Sowohl der Antragsteller als auch sein Konkurrent wurden dabei mit der Bestnote beurteilt. Am 5. April 2023 übermittelte der BND das Anforderungsprofil an die Gleichstellungsbeauftragte. Auf Grundlage des Auswahlvermerks vom 25. April 2023 entschied der Präsident des BND nach Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten am 27. April 2023, den Dienstposten mit dem Beigeladenen dauerhaft zu besetzen. Die übergeordnete Dienststelle (Bundeskanzleramt) stimmte dem zu.

Nach Bekanntgabe des Ergebnisses des Auswahlverfahrens hat der Antragsteller (beim BND hier in erster Instanz zuständigen) BVerwG um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Er beantragte, der Behörde im Wege der einstweiligen Anordnung bis zum Ablauf von zwei Wochen nach der Bekanntgabe einer erneuten Auswahlentscheidung zu untersagen, den Dienstposten Bereichsleitung X mit seinem Konkurrenten zu besetzen, diesen auf den Dienstposten zu befördern oder den Dienstposten anderweitig endgültig zu besetzen.

Die Behörde als Antragsgegnerin ist dem Vorbringen entgegengetreten und beantragte, den Antrag abzulehnen.

2. Entscheidungsgründe

Dem Antragsteller steht nach der Rechtsprechung des BVerwG ein Anordnungsgrund i. S. v. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO für den begehrten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Seite:

„Zwar ist Gegenstand des Verfahrens nicht die Vergabe eines statusrechtlichen Amtes, die nach Ernennung des ausgewählten Bewerbers nach dem Grundsatz der Ämterstabilität nur noch rückgängig gemacht werden könnte, wenn der unterlegene Bewerber unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG an der Ausschöpfung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten gehindert worden wäre (vgl. BVerwG, Urteile vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 27 und vom 13. Dezember 2018 - 2 A 5.18 - BVerwGE 164, 84 Rn. 22 ff.). [...]

Mit der Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens ist auch keine "Anwartschaft" oder in sonstiger Weise rechtlich gesicherte Position im Hinblick auf die Vergabe des höherwertigeren Statusamts verbunden [...]. Die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens begründet keinen Anspruch auf Beförderung [m.w.N.]. Die Einstufung und Wertigkeit des Dienstpostens, den der Beamte innehat, ist vielmehr kein den Vorgaben des Grundsatzes der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG entsprechendes Kriterium [m.w.N.]. Die Auswahlentscheidung vermittelt dem Beigeladenen auch keinen Anspruch darauf, den höherwertigen Dienstposten künftig unverändert ausüben zu dürfen [m.w.N.]. Der Beamte muss vielmehr eine Änderung seines dienstlichen Aufgabenbereichs nach Maßgabe seines Amtes im statusrechtlichen Sinn aus jedem sachlichen organisations- oder personalwirtschaftlichen Grund hinnehmen [m.w.N.]

Die von der Antragsgegnerin getroffene Auswahlentscheidung für die Dienstpostenvergabe vermag die Rechtsstellung des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG aber dennoch zu beeinträchtigen, weil sie Vorwirkungen auf die nachfolgende Vergabe von Statusämtern entfalten kann (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 14 ff. m. w. N.). Der von der Antragsgegnerin zur Nachbesetzung vorgesehene und mit der Besoldungsgruppe B 6 BBesO bewertete Dienstposten stellt für den Antragsteller, der ein Amt der Besoldungsgruppe B 3 BBesO innehat, einen höherwertigen Dienstposten dar. Die Übertragung schafft daher die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine spätere Beförderung [...]. Diese Vorwirkung ist mit der bewusst "förderlichen" Besetzung des Dienstpostens durch Beamte mit einem Statusamt der niedrigeren Besoldungsgruppe B 3 BBesO von der Antragsgegnerin auch beab-

sichtig.⁴¹

Das Verfahren ging jedoch zu Lasten des Antragstellers aus, da er keinen Anordnungsanspruch (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO) glaubhaft gemacht hat:

„Die Notwendigkeit, die Dienstpostenübertragung vorläufig zu untersagen, ergibt sich weder aus einer Verhinderung der Wahrnehmung effektiven Rechtsschutzes [...] noch hat der Antragsteller durchgreifende Bedenken an der formellen [...] oder materiellen [...] Rechtmäßigkeit der zugunsten des Beigeladenen getroffenen Auswahlentscheidung aufgezeigt.“⁴²

Nachfolgend werden die wesentlichen Ausführungen des BVerwG zur formellen (a.) und materiellen (b.) Rechtmäßigkeit aufbereitet dargestellt.

a. Formelle Rechtmäßigkeit:

Die Gleichstellungsbeauftragte war zu beteiligen. Die Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten im Hinblick auf die Erstellung des Anforderungsprofils erfolgte jedoch nicht "frühzeitig" i. S. v. § 27 Abs. 2 BGleig. *„Voraussetzung der hierfür geforderten "Gestaltungsfähigkeit" ist jedenfalls, dass die von der Gleichstellungsbeauftragten vorgebrachten Bedenken oder Anregungen noch in den Entscheidungsprozess hätten einfließen können [...]. Eine derartige Mitwirkung bei der Willensbildung war hier ausgeschlossen, weil die Beteiligung erst nach der Freigabe des Anforderungsprofils durch das Bundeskanzleramt und der hierauf gestützten Sichtung des Bewerberfelds erfolgte.“⁴³*

[Anmerkung: Eine vergleichbare Definition findet sich nicht in § 18 Abs. 1 S. 1 LGG NRW. Inhaltlich dürfte es bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „frühzeitig“ jedoch zu keinem anderen Ergebnis kommen.]

„Ein beachtlicher Verfahrensverstoß liegt gleichwohl nicht vor. [...] Ein entsprechender Verfahrensverstoß wäre jedenfalls gemäß § 46 VwVfG unbeachtlich (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 28. Juni 2022 - 1 A 4498/19 - juris Rn. 16; [m.w.N.]).“ Es konnte im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden, dass ohne den etwaigen Verfahrensfehler eine andere Entscheidung getroffen worden wäre.⁴⁴

⁴¹ BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris Rn. 10-14.

⁴² BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris Rn. 15.

⁴³ BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris Rn. 21-26.

⁴⁴ BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris Rn. 26.

Die nachfolgende Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten und ihre Mitwirkung bei der förderlichen Besetzung des Dienstpostens selbst war rechtzeitig und begegnet auch im Übrigen keinen Bedenken.⁴⁵

b. Materielle Rechtmäßigkeit

„Der Antrag hat auch keine Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit der getroffenen Auswahlentscheidung aufgezeigt. Dem Antragsteller ist zwar zuzugeben, dass dem konkreten Verfahrensablauf entnommen werden kann, dass der Beigeladene schon vor Durchführung eines Auswahlverfahrens vom Präsidenten des BND als der am besten geeignete Kandidat angesehen worden ist. Hieraus ergibt sich indes nicht, dass diese Einschätzung fehlerhaft gewesen sein müsste. Anhaltspunkte dafür, dass das nachfolgende, an den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG ausgerichtete Auswahlverfahren ergebnisorientiert geführt oder gelenkt worden wäre, sind nicht ersichtlich. Weder die Formulierung des Anforderungsprofils [...] - dessen Merkmale auch der Antragsteller vollumfänglich erfüllt - noch die Abfassung der dienstlichen Beurteilungen [...] deuten darauf hin, dass sachfremde Erwägungen in das Verfahren eingeflossen sind. Der Antrag hat darüber hinaus keine Fehler hinsichtlich der vom Präsidenten des BND getroffenen Auswahlentscheidung aufgezeigt [...].“⁴⁶

Bedenken folgen auch nicht aus dem Umstand, dass der Beigeladene den streitgegenständlichen Dienstposten zum Stichtag bereits innehatte. Denn die vertretungsweise Übertragung des Dienstpostens ist bei der Erstellung der dienstlichen Beurteilung nicht berücksichtigt worden. Durch das "Ausblenden" der höherwertigen Aufgabewahrnehmung kann verhindert werden, dass dem Beigeladenen aus der Vakanzvertretung des streitgegenständlichen Dienstpostens ein Vorsprung zu Lasten des Antragstellers erwächst (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 - 2 VR 2.15 - BVerwGE 155, 152 Rn. 26 und 33). Praktische Bedenken an der Vorgehensweise der Antragsgegnerin bestehen vorliegend nicht, weil der Beigeladene die Vakanzvertretung zusätzlich zu seinen bisherigen dienstlichen Aufgaben wahrgenommen hat und diese daher als Grundlage der dienstlichen Beurteilung bestehen blieben.“⁴⁷

Die übrigen Ausführungen des BVerwG betreffen

⁴⁵ BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris Rn. 27.

⁴⁶ BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris Rn. 28-29.

⁴⁷ BVerwG, Beschluss vom 6. Oktober 2023 – 2 VR 3.23 –, juris Rn.45-46.

vor allem die dienstliche Beurteilung des rechtsschutzsuchenden Beamten. Auch hier gab es keine Beanstandung.

Das Verfahren ging daher im Ergebnis zugunsten des BND als Behörde und Antragsgegnerin aus.

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung wird bereits von der Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgegriffen.⁴⁸ Dies liegt daran, dass die Entscheidung verschiedene von der bisherigen Rechtsprechung aufgestellte Grundsätze wiedergibt. Solange Behörden diese beachten, werden sie in Verfahren obsiegen können. Dennoch wissen Behörden scheinbar nicht, dass auch ohne damit einhergehende Beförderung getroffene Auswahlentscheidungen für die bloße Dienstpostenvergabe die Rechtsstellung von Beamtinnen und Beamten aus Art. 33 Abs. 2 GG beeinträchtigen können, weil sie Vorwirkungen auf die nachfolgende Vergabe von Statusämtern entfalten kann.⁴⁹ In der Praxis geht dies oftmals zulasten der Beamtinnen und Beamten aus, die den höherwertigen Dienstposten vorübergehend bekleiden und sich davon eine spätere Beförderung erhoffen. Wenn die Behörde die vorübergehende höherwertige Aufgabenvergabe im Rahmen eines an Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz zu messenden Auswahlverfahrens vornimmt, können die Beamtinnen und Beamten „abgesichert werden“. Aus diesem Grund sollten Dienstherren im Sinne ihrer Leistungsträger beachten, dass im Vorfeld einer späteren Beförderung keine „rechtliche Hürde“ gerissen wird.

III. EuGH-Entscheidung zu religiösen Symbolen (insbes. Kopftuch)

In der Gesellschaft, dem Recht und der personalwirtschaftlichen Praxis wird seit Jahren diskutiert, wie mit religiösen Symbolen bei Beschäftigten im öffentlichen Dienst umzugehen ist. Dies betrifft nicht nur Deutschland, sondern auch andere europäische Nachbarländer.⁵⁰ Gerade bei der Personalgewinnung hat sich die Bewerberlage in den letzten Jahren in qualitativer und quantitativer Hinsicht verschlechtert, worüber viele Personalere klagen und

Lösungswege suchen.⁵¹ Daher verwundert es nicht, dass die Personalwirtschaft in Teilen dem Tragen religiöser Symbole scheinbar offener gegenübersteht als es noch vor einigen Jahren der Fall war. Für manchen Personalentscheidenden war in der Vergangenheit die Einstellung einer Bewerberin zur Ableistung eines Vorbereitungsdienstes im Beamtenverhältnis auf Widerruf per se ausgeschlossen, wenn diese ein Kopftuch trägt. In der Wirklichkeit zeigen Studierende an der HSPV NRW, dass sich hieran faktisch etwas geändert haben muss, da sie religiöse Symbole in Form eines Kopftuches tragen.

Dennoch bestehen Unsicherheiten in der Personalwirtschaft, wie letzten Endes vor allem bei Bewerberinnen zu verfahren ist, die ein Kopftuch tragen. Dabei kommt es nicht selten vor, dass die Bewerberin während des Auswahlverfahrens kein Kopftuch trägt und erst nach erfolgter Einstellung und Ernennung ein Kopftuch trägt. Manche Dienstherren dulden dies solange, wie es zu keinen Beschwerden kommt.

Da es bereits im Jahr 2021 beim „Gesetz zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten“ und der Neufassung des § 61 Abs. 2 BBG und des § 34 Abs. 2 BeamtStG sowie der Änderung des § 7 Abs. 1 Nr. 4 BeamtStG zu Verunsicherung gekommen war,⁵² ist zu erwarten, dass dies auch durch die jüngste EuGH Entscheidung (Urteil vom 28. November 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924) zu religiösen Symbolen der Fall sein kann.

1. Sachverhalt

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens arbeitet für eine belgische Gemeinde seit Oktober 2016 als „Büroleiterin“. Im Rahmen dieser Tätigkeit kommt sie grundsätzlich nicht in Kontakt mit Personen, die die öffentlichen Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Sie arbeitet ausschließlich im „back office“. Sie übte ihre Tätigkeit aus, ohne religiöse Zeichen zu tragen. Am 8. Februar 2021 beantragte sie, ab dem 22. Februar 2021 am Arbeitsplatz ein Kopftuch als religiöses Symbol einer Muslima tragen zu dürfen.

Das zuständige Gemeindegremium der Gemeinde (im Folgenden: Kollegium) lehnte den Antrag ab und untersagte der Klägerin des Ausgangsverfahrens bis zum Erlass einer allgemeinen Regelung über

⁴⁸ VG Freiburg (Breisgau), Beschluss vom 13. November 2023 – 3 K 1381/23 –, juris.

⁴⁹ BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 -, BVerwGE 147, 20, Rn. 14 ff. m. w. N.

⁵⁰ Siehe z.B. <https://www.sueddeutsche.de/politik/kopftuch-religion-deutschland-frankreich-grossbritannien-1.6249197?reduced=true>, zuletzt besucht am 05.01.2023.

⁵¹ Hierüber diskutierten u.a. Personalere beim „Netzwerk-treffen Personal - Barcamp 2023“ im ifV am 29.08.2023 in Gelsenkirchen.

⁵² Deutscher Bundestag Drucksache 19/26839.

das Tragen solcher Zeichen in der Gemeindeverwaltung vorläufig, in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit Zeichen zu tragen, die ihre religiösen Überzeugungen erkennen lassen. Am 26. Februar 2021 erließ das Kollegium nach Anhörung der Klägerin des Ausgangsverfahrens eine zweite Entscheidung, mit dem das fragliche Verbot bestätigt wurde.

Am 29. März 2021 änderte der Gemeinderat der Gemeinde deren Arbeitsordnung und führte eine Verpflichtung zur „exklusiven Neutralität“ am Arbeitsplatz ein, die dahin verstanden wird, dass es allen Arbeitnehmern der Gemeinde verboten ist, am Arbeitsplatz irgendein sichtbares Zeichen zu tragen, das ihre u. a. religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen erkennen lässt. Dieses Verbot gilt sowohl für Kontakte im Publikumsverkehr als auch im Verhältnis zu Vorgesetzten und Kollegen.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens strengte daraufhin mehrere Verfahren an, um feststellen zu lassen, dass sie in ihrer Religionsfreiheit verletzt worden sei. Insbesondere erhob sie beim vorlegenden Gericht, dem Tribunal du travail de Liège (Arbeitsgericht Lüttich, Belgien) eine Unterlassungsklage gegen die vorgenannten Einzelentscheidungen sowie gegen die Änderung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Arbeitsordnung. Zur Stützung dieser Klage machte sie geltend, sie sei wegen ihrer Religion diskriminiert worden.

Zu den zwei Einzelentscheidungen führte das Arbeitsgericht Lüttich aus, dass das Verbot des Tragens des islamischen Kopftuchs durch die Klägerin eine unmittelbar auf ihrer Religion beruhende Ungleichbehandlung gegenüber anderen Gemeindebediensteten darstelle, da die Gemeinde in der Vergangenheit andere Zeichen religiöser Überzeugungen, die unauffällig getragen worden seien, am Arbeitsplatz geduldet habe und noch immer dulde. Diese Ungleichbehandlung sei außerdem nicht im Sinne von Art. 8 des allgemeinen Antidiskriminierungsgesetzes aufgrund wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen gerechtfertigt. Schließlich arbeite die Klägerin hauptsächlich im „back office“. Dadurch komme es zu einer unmittelbaren Diskriminierung im Sinne von Richtlinie 2000/78. Das Arbeitsgericht Lüttich gab der Klage der Klägerin des Ausgangsverfahrens daher für den Zeitraum vom 18. Februar 2021, als die erste Einzelentscheidung erging, bis zum 29. März 2021, als die Änderung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Arbeitsordnung verabschiedet wurde, statt.

Zu der Änderung der Arbeitsordnung führt das Arbeitsgericht Lüttich aus, dass diese sicherstellen solle, dass sowohl die Handlungen des öffentlichen

Bediensteten als auch dessen Erscheinungsbild – unabhängig von der Art seiner Aufgaben und dem Kontext, in dem sie ausgeübt würden – streng neutral seien. Die mit dieser Änderung eingeführte Regel stelle dem Anschein nach eine mittelbare Diskriminierung dar. Sie sei zwar neutral, werde von der Gemeinde aber variabel angewandt. Daher sei diese Regel der muslimischen Klägerin im Ausgangsverfahren gegenüber „exklusiv“, für ihre Kollegen mit anderen Überzeugungen dagegen „inklusive“. Das Arbeitsgericht hat der Klägerin des Ausgangsverfahrens daher vorläufig erlaubt, sichtbar ein Zeichen zu tragen, das ihre religiösen Überzeugungen erkennen lässt, allerdings nur dann, wenn sie im „back-office“ arbeitet, nicht aber, wenn sie Kontakt mit dem Publikum hat oder eine Aufgabe ausübt, bei der sie Weisungen erteilt.

Das Arbeitsgericht Lüttich hatte jedoch Zweifel, ob eine Bestimmung einer Arbeitsordnung, die eine Verpflichtung zur „exklusiven Neutralität“ vorsieht, mit den Bestimmungen der Richtlinie 2000/78 vereinbar ist. Schließlich gelte diese für alle Arbeitnehmer einer öffentlichen Verwaltung, auch für diejenigen, die keinen Kontakt zum Publikum haben.

Unter diesen Umständen hat das Arbeitsgericht Lüttich beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„1. Ist Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und b der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen, dass er der öffentlichen Verwaltung erlaubt, ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld zu gestalten und folglich dem gesamten Personal unabhängig davon, ob ein direkter Kontakt im Publikumsverkehr besteht, das Tragen von Zeichen bestimmter Überzeugungen zu verbieten?“

2. Ist Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und b der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen, dass er der öffentlichen Verwaltung erlaubt, ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld zu gestalten und folglich dem gesamten Personal unabhängig davon, ob ein direkter Kontakt im Publikumsverkehr besteht, das Tragen von Zeichen bestimmter Überzeugungen selbst dann zu verbieten, wenn dieses neutrale Verbot offenbar mehrheitlich Frauen trifft und es sich daher um eine verdeckte Diskriminierung wegen des Geschlechts handeln könnte?“⁵³

⁵³ EuGH, Urteil vom 28. November 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924, Rn. 12-20.

2. Entscheidungsgründe

Der EuGH entschied zusammengefasst zu Gunsten der belgischen Behörde: Eine öffentliche Verwaltung kann das sichtbare Tragen von Zeichen, die weltanschauliche oder religiöse Überzeugungen erkennen lassen, verbieten, um dadurch ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld zu schaffen. Eine entsprechende Regelung sei nicht diskriminierend, wenn sie allgemein und unterschiedslos auf das gesamte Personal der Verwaltung angewandt wird und sich dabei auf das absolut Notwendige beschränkt. Die Prüfung, ob die getroffenen Maßnahmen die Religionsfreiheit mit den diesem Verbot zugrunde liegenden rechtmäßigen Zielen in Einklang bringen, obliegt nicht dem EuGH, sondern stattdessen den nationalen Gerichten. Dazu im Einzelnen:

„Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und b der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen ist, dass eine interne Regel einer Gemeindeverwaltung, die es deren Personal allgemein und undifferenziert verbietet, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen zu tragen, die u. a. weltanschauliche oder religiöse Überzeugungen erkennen lassen, damit gerechtfertigt werden kann, dass die Gemeindeverwaltung ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld schaffen möchte.

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass eine von einem Arbeitgeber aufgestellte interne Regel, die am Arbeitsplatz nur das Tragen von Zeichen u. a. weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen verbietet, die auffällig und großflächig sind, eine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 darstellen kann, wenn das Kriterium des Tragens solcher Zeichen untrennbar mit einer oder mehreren bestimmten Religionen oder Weltanschauungen verbunden ist [m.w.N.]. Aus der Vorlageentscheidung geht jedoch nicht hervor, dass es sich bei der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regel um einen solchen Fall handeln würde.

Umgekehrt stellt eine von einem Arbeitgeber aufgestellte interne Regel, die das Tragen jedes sichtbaren Zeichens u. a. weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen am Arbeitsplatz verbietet, keine solche unmittelbare Diskriminierung dar, da sie unterschiedslos für jede Bekundung solcher Überzeugungen gilt und alle Arbeitnehmer des Unternehmens gleichbehandelt, indem ihnen allgemein und undifferenziert u. a. vorgeschrieben wird, sich neutral zu kleiden, was das Tragen solcher Zeichen ausschließt [m.w.N.].

Da jede Person eine Religion oder religiöse, welt-

anschauliche oder spirituelle Überzeugungen haben kann, begründet eine solche Regel, sofern sie allgemein und unterschiedslos angewandt wird, nämlich keine Ungleichbehandlung, die auf einem Kriterium beruht, das untrennbar mit der Religion oder der Weltanschauung verbunden ist [m.w.N.]. [...] Insoweit ist jedem Mitgliedstaat, gegebenenfalls einschließlich seiner unterhalb der staatlichen Ebene angesiedelten Einheiten unter Wahrung der ihnen zuerkannten Befugnisse, ein Wertungsspielraum bei der Ausgestaltung der Neutralität des öffentlichen Dienstes, die er am Arbeitsplatz fördern möchte, zuzuerkennen. Daher kann eine Politik der „exklusiven Neutralität“, die eine öffentliche Verwaltung, im vorliegenden Fall eine Gemeindeverwaltung, in dem für sie spezifischen Kontext und im Rahmen ihrer Befugnisse ihren Arbeitnehmern gegenüber durchsetzen will, um bei sich ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld zu schaffen, als im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i der Richtlinie 2000/78 durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt angesehen werden. Ebenso verhält es sich, wenn sich eine andere öffentliche Verwaltung in ihrem konkreten Kontext und im Rahmen ihrer Befugnisse für eine andere Neutralitätspolitik entscheidet, wie etwa eine allgemeine und undifferenzierte Genehmigung, sichtbare Zeichen u. a. weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen zu tragen, und zwar auch bei Publikumskontakt, oder ein Verbot des Tragens solcher Zeichen, das auf Situationen beschränkt ist, in denen es zu Publikumskontakt kommt. [...] Im Übrigen ergibt sich aus der Richtlinie 2000/78, dass der Unionsgesetzgeber nicht selbst den erforderlichen Einklang zwischen der Gedanken-, der Weltanschauungs- und der Religionsfreiheit und den rechtmäßigen Zielen, die zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i dieser Richtlinie geltend gemacht werden können, hergestellt hat, sondern es den Mitgliedstaaten und gegebenenfalls ihren unterhalb der staatlichen Ebene angesiedelten Einheiten sowie ihren Gerichten überlassen hat, diesen Einklang herzustellen [m.w.N.]. [...] Sodann ist darauf hinzuweisen, dass das rechtmäßige Ziel, durch eine Politik der „exklusiven Neutralität“ wie die in Art. 9 der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Arbeitsordnung festgelegte ein völlig neutrales Verwaltungsumfeld zu gewährleisten, nur dann wirksam verfolgt werden kann, wenn überhaupt keine sichtbaren Bekundungen u. a. weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen erlaubt sind, wenn die Arbeitnehmer mit Personen, die die öffentlichen Dienstleistungen in Anspruch nehmen, oder untereinander in Kontakt stehen, da das Tragen jedes noch so kleinen Zeichens die Eignung der Maßnahme zur Erreichung des angeblich verfolgten Ziels beeinträchtigt und damit die Kohärenz dieser

Politik der Neutralität selbst in Frage stellt [m.w.N.]. Eine solche Regelung ist daher erforderlich. [...] Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen ist, dass eine interne Regel einer Gemeindeverwaltung, die es deren Personal allgemein und undifferenziert verbietet, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen zu tragen, die u. a. weltanschauliche oder religiöse Überzeugungen erkennen lassen, damit gerechtfertigt werden kann, dass die Gemeindeverwaltung unter Berücksichtigung ihres spezifischen Kontexts ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld schaffen möchte, sofern diese Regel im Hinblick auf diesen Kontext und unter Berücksichtigung der verschiedenen betroffenen Rechte und Belange geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist.⁵⁴

Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und b der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen ist, dass er der öffentlichen Verwaltung erlaubt, ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld zu gestalten, indem sie dem gesamten Personal unabhängig davon, ob ein direkter Kontakt mit Publikum besteht, das Tragen von Zeichen u. a. weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen verbietet, wenn dieses neutrale Verbot offenbar mehrheitlich Frauen trifft und es sich daher um eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts handeln kann. Hierzu hat sich der EuGH jedoch nicht geäußert, sondern diese Frage als unzulässig angesehen. Zuständig hierfür seien im Ergebnis die nationalen Gerichte.⁵⁵

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Aufgrund der Entscheidung des EuGH besteht aus Sicht des Verfassers durchaus die Gefahr, auf politischer Ebene damit zu polarisieren und zu provozieren. Das gelingt jedoch nur dann, wenn man die Rechtsprechung des EuGH nur oberflächlich betrachtet. Der EuGH hat unmissverständlich geäußert, dass jedem Mitgliedstaat, gegebenenfalls einschließlich seiner unterhalb der staatlichen Ebene angesiedelten Einheiten unter Wahrung der ihnen zuerkannten Befugnisse, ein Wertungsspielraum bei der Ausgestaltung der Neutralität, die er am Arbeitsplatz fördern möchte, zuzuerkennen ist.⁵⁶

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 28. November 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924, Rn. 21-41.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 28. November 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924, Rn. 42-50.

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 28. November 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924, Rn. 33.

Da der deutsche Gesetzgeber bereits durch das „Gesetz zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten“ und der Neufassung des § 61 Abs. 2 BBG und des § 34 Abs. 2 BeamtStG sowie der Änderung des § 7 Abs. 1 Nr. 4 BeamtStG gesetzgeberisch tätig geworden ist, dürften die praktischen Auswirkungen der EuGH Entscheidung für die Praxis derzeit gering sein.

Es wird also bei einer Art „Flickenteppich“ in der Praxis bleiben, der versucht, sich an bisherigen gerichtlichen Entscheidungen zu orientieren. So ist nach der Rechtsprechung des Bundeverfassungsgerichts (BVerfG) im Schulbereich ein pauschales Verbot religiöser Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild verfassungswidrig.⁵⁷ Zwei angestellten Frauen an Schulen (Sozialpädagogin und Lehrerin) in Nordrhein-Westfalen wurde im Sinne des damaligen NRW-Schulgesetzes das Tragen des Kopftuchs verboten, sie erhoben Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG gab ihnen recht, da eine abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität für ein Kopftuchverbot nicht ausreichen. Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) erkannte im Fall einer Bewerbung um eine Anstellung als Lehrerin eine rechtswidrige Diskriminierung und verurteilte das Land Berlin zu einer Entschädigung. In dem Fall hatte sich eine Frau mit Kopftuch um eine Stelle an einer Schule beworben, wurde im Sinne des damaligen Berliner Neutralitätsgesetz aber abgelehnt.⁵⁸ Das BVerfG hat eine Verfassungsbeschwerde gegen das seiner Rechtsprechung folgende BAG-Urteil nicht zur Entscheidung angenommen und von einer Begründung abgesehen.⁵⁹

Rechtsreferendarinnen hingegen kann der Rechtsprechung des BVerfG zufolge für bestimmte dienstliche Tätigkeiten das Tragen eines Kopftuchs untersagt werden.⁶⁰ Es stellt sich daher die Frage, ob die Rechtsprechung sich zu sich selbst in Widerspruch setzt. Dies ist keineswegs der Fall. Die Rechtsprechung zeigt lediglich auf, dass es im öffentlichen Dienst aus Sicht der Rechtsprechung Unterschiede geben kann. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und führt in der Gesetzes-

⁵⁷ BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015 – 1 BvR 471/10 –, BVerfGE 138, 296-376.

⁵⁸ BAG, Urteil vom 27. August 2020 – 8 AZR 62/19 –, BAGE 172, 99-129.

⁵⁹ BVerfG, Kammerbeschluss ohne Begründung vom 17. Januar 2023 – 1 BvR 1661/21 –, juris.

⁶⁰ BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2020 – 2 BvR 1333/17 –, BVerfGE 153, 1-72; Die Entscheidung ist mit 7 zu 1 Stimmen ergangen. Auf die abweichende (liberale) Meinung des Richters Maidowski zum Beschluss sei hingewiesen.

begründung zu § 34 BeamtStG aus: „Insoweit wird darauf hingewiesen, dass in manchen Bereichen, in denen Beamtinnen und Beamte tätig sind und in denen der Staat nicht auf das äußere Gepräge seiner Amtshandlungen besonderen Einfluss nimmt, unter Umständen besondere verfassungsrechtliche Anforderungen an Regelungen zum Erscheinungsbild von Beamtinnen und Beamten zu stellen sind. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an gesetzliche Regelungen zum Erscheinungsbild von verbeamteten Lehrkräften bzw. Referendarinnen und Referendaren unterscheiden sich beispielsweise von verfassungsrechtlichen Anforderungen an gesetzliche Regelungen zum Erscheinungsbild von Richterinnen und Richtern bzw. Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendaren.“

Was ist daher Behörden mit Blick auf Kopftücher oder andere religiös konnotierte Symbole zu empfehlen? Behörden sollten von dem ihnen durch § 34 Abs. 2 S. 4 BeamtStG gegeben „Spielraum“ gebrauch machen. Daher gilt insbesondere für den kommunalen Dienstherrn: „Religiös oder weltanschaulich konnotierte Merkmale des Erscheinungsbilds [...] können nur dann eingeschränkt oder untersagt werden, wenn sie objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die neutrale Amtsführung der Beamtin oder des Beamten zu beeinträchtigen.“ Darüber hat er zu entscheiden. Bei gelungener Integration im Übrigen wohl eine leichte Entscheidung im Sinne der Beschäftigten. In Zeiten der Personalverknappung führen ein „Kopftuch“ oder ähnliche religiöse Symbole also nicht per se dazu, dass eine Karriere im öffentlichen Dienst unmöglich wird. Behörden sollten Potentiale daher erkennen und nutzen.

Nur wenn der Gesetzgeber auf Landesebene regelnd tätig wird, was ihm nach § 34 Abs. 2 S. 5 BeamtStG möglich ist, kann dem Dienstherrn der „Spielraum“ genommen werden.⁶¹

IV. Rücknahme der Ernennung als Beamter auf Lebenszeit

Es kommt im Rahmen von Einstellungsverfahren, bei einer Ernennung in das Beamtenverhältnis auf Probe oder bei der Umwandlung eines bestehenden Beamtenverhältnisses auf Probe in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit wiederkehrend zu der Frage, ob die Eignung der Beamtin oder des Beamten gegeben ist. Dabei kann es insbesondere

⁶¹ Siehe z.B. (zu?) strenge Regelung in § 2 des Gesetzes zur Stärkung religiöser, weltanschaulicher und politischer Neutralität der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen, Justizneutralitätsgesetz (JNeutG NRW) vom 9. März 2021 (GV. NRW. S. 290).

auf die gesundheitliche Eignung ankommen. Die Frage nach der physischen und psychischen gesundheitlichen Eignung ist in der Personalpraxis von großer Bedeutung.⁶²

„Die Prognose zur gesundheitlichen Eignung muss grundsätzlich für die Dauer der lebenszeitigen Verbeamtung tragen und nicht nur für die regelmäßige oder im Einzelfall festgesetzte Probezeit, da das Probebeamtenverhältnis gem. § 4 Abs. 3 BeamtStG lediglich ein Durchgangsstadium und damit kein Selbstzweck ist.“⁶³

Für Beschäftigte stellt das Beamtenverhältnis einen attraktiven, „sicheren Hafen dar“. Manche sind daher dazu bereit, einiges dafür zu tun, um in diesem Hafen anlegen zu können. Über einen solchen Fall hatte das OVG NRW zu entscheiden. Hier ging es um eine arglistige Täuschung durch Verschweigen bedeutsamer Vorerkrankungen im Rahmen der amtsärztlichen Untersuchung zum Ende der Probezeit.⁶⁴ Die Entscheidung bietet Behörden nicht nur mit Blick auf eine „arglistige Täuschung“, sondern auch mit Blick auf das Beamtenstatusrecht eine gute Orientierung, wie in ähnlichen Fällen zu verfahren wäre.

1. Sachverhalt

Der Antragsteller stand beim Land NRW in einem Dienstverhältnis und wurde als Beamter auf Probe in einer Justizvollzugsanstalt (JVA) eingesetzt. Seine Probezeit wurde wegen dem Dienstherrn bekannter körperlicher Einschränkungen (kardiologische Probleme, Nikotinabusus, Übergewicht) verlängert.

Anlässlich der Ernennung des Antragstellers zum Beamten auf Lebenszeit musste dieser im Rahmen der amtsärztlichen Untersuchung beim Gesundheitsamt Selbstauskunftsbögen zur gesundheitlichen Eignung ausfüllen. Die Untersuchungsbögen fragten explizit nach bedeutsamen Erkrankungen. Der Beamte machte keine Angaben zu einer vorbekannten und vorbehandelten Suchterkrankung (u.a. Droge Amphetamine) sowie einer vorbekannten und vorbehandelten psychischen Erkrankung im Jahr 2010 (Depression). Der Antragsteller wurde zum Beamten auf Lebenszeit ernannt.

Nachdem der Dienstherr von der früheren Sucht-

⁶² Siehe ausführlich zur gesundheitlichen Eignung Schrapper/Günther, 3. Aufl. 2021, LBG NRW § 13 Rn. 6.

⁶³ Schrapper/Günther, 3. Aufl. 2021, LBG NRW § 13 Rn. 6, m.w.N.

⁶⁴ OVG NRW, Beschluss vom 29. Juni 2023 – 6 B 294/23 –, juris.

erkrankung und der psychischen Erkrankung erfuhr, veranlasste er die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit wegen arglistiger Täuschung gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG. Im selben Bescheid verfügte er die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe. Die Entlassung stützte er selbständig tragend auf die charakterliche Nichteignung des Antragstellers wegen der arglistigen Täuschung des Dienstherrn über bedeutsame Vorerkrankungen mit dem Ziel, die Verbeamtung auf Lebenszeit zu erreichen.

Der entlassene Antragsteller versuchte ohne Erfolg im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei dem VG Aachen die Rücknahme der Ernennung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit und die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe abzuwenden. Das Verwaltungsgericht entschied nach summarischer Prüfung jedoch zu seinen Lasten.⁶⁵

Dagegen erhob der Antragsteller vor dem OVG NRW Beschwerde sowohl gegen die Rücknahme der Ernennung des Antragstellers zum Beamten auf Lebenszeit wegen arglistiger Täuschung als auch gegen die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe. Er argumentierte im gerichtlichen Verfahren zusammengefasst, dass nur nach aktuellem Drogenkonsum gefragt worden sei und er deshalb Informationen zu seinem früheren Amphetaminkonsum nicht preisgeben musste. Gleiches gelte im Ergebnis für seine psychische Erkrankung.

2. Entscheidungsgründe

Die Ausführungen und Erwägungen des Antragstellers konnten das OVG NRW im Rahmen der Beschwerde nicht überzeugen. Das gilt sowohl hinsichtlich der Rücknahme der Ernennung des Antragstellers zum Beamten auf Lebenszeit wegen arglistiger Täuschung (a.) als auch bezüglich der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe (b.)

a. Rücknahme der Ernennung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit wegen arglistiger Täuschung

„Ohne Erfolg macht der Antragsteller geltend, die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung nach § 12 Abs. 1 BeamStG seien nicht erfüllt, da er die Selbstauskunftsbögen wahrheitsgemäß beantwortet habe und mangels Nachfragen auch nichts habe verschweigen können.“

⁶⁵ OVG NRW, Beschluss vom 29. Juni 2023 – 6 B 294/23 –, juris Rn. 3.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist unter "arglistiger Täuschung" im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG jedes Hervorrufen oder Aufrechterhalten eines Irrtums bei einem an der Ernennung maßgeblich beteiligten Bediensteten der Ernennungsbehörde in dem Bewusstsein zu verstehen, diesen durch die Täuschung zu einer günstigen Entschließung zu bestimmen. Unrichtige Angaben sind stets eine Täuschung, unabhängig davon, ob die Ernennungsbehörde hiernach gefragt hat oder nicht. Im Übrigen besteht zwar keine Offenbarungspflicht bezüglich jeglicher Gesundheitsfragen. Allerdings muss der Bewerber Fragen nach seiner gesundheitlichen Verfassung nach ihrem erkennbaren Sinn richtig und vollständig beantworten. Das Verschweigen von Tatsachen ist eine Täuschung, wenn die Ernennungsbehörde nach Tatsachen gefragt hat oder der Ernannte ohne Befragung weiß oder in Kauf nimmt, dass die verschwiegenen Tatsachen für die Entscheidung der Ernennungsbehörde erheblich sind oder sein können. Eine arglistige Täuschung liegt nach alledem dann vor, wenn der Täuschende erkennt und in Kauf nimmt, dass bei der Ernennungsbehörde durch die Nichtoffenbarung von Tatsachen irriige Vorstellungen über für die Ernennung potentiell erhebliche Umstände entstehen oder aufrechterhalten werden [m.w.N.].

Gemessen daran hat das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen, dass der Antragsteller seine Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit durch arglistige Täuschung herbeigeführt hat. [...] Er hat [...] sowohl eine Suchterkrankung als auch eine psychische (depressive) Erkrankung verschwiegen, obwohl bereits aufgrund der Fragen in den Selbstauskunftsbögen Anlass bestanden hätte, dazu Angaben zu machen. Dabei war ihm bewusst, dass es sich um für die Ernennung potenziell erhebliche Umstände handelte, durch deren Nichtoffenbarung er bei der Ernennungsbehörde irriige Vorstellungen hat entstehen lassen. In den ihm anlässlich der amtsärztlichen Untersuchung vorgelegten Selbstauskunftsbögen ist er nach bedeutsamen Erkrankungen gefragt worden. Darunter fiel die verschwiegene Suchterkrankung ebenso wie die seit 2010 bestehende depressive Erkrankung.

Eine Suchterkrankung, zumal in Bezug auf eine sogenannte harte Droge wie Amphetamin, die im Jahr 2000 Anlass für eine mehrwöchige stationäre Entzugsbehandlung gewesen ist, stellt eine bedeutende Erkrankung dar, die der Antragsteller hätte angeben müssen. Dem kann er nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass in dem Fragebogen „nur“ nach aktuellem Drogenkonsum gefragt worden sei, woraus er herleitet, er habe zu dem Amphetaminkonsum in der Vergangenheit keine Angaben machen müssen. Hat der Bewerber um eine Über-

nahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit in der Vergangenheit in einem Ausmaß Drogen konsumiert, dass eine qualifizierte Entzugsbehandlung in einer Klinik angezeigt war und absolviert wurde, liegt bereits eine bedeutsame Krankheit in Form einer Suchterkrankung vor, die dem Amtsarzt unabhängig von einem aktuellen, möglicherweise auch nur unregelmäßigen Drogenkonsum ohne Abhängigkeitssymptomatik zu offenbaren ist. Dies gilt im Fall des Antragstellers in besonderem Maße, weil er eine erforderliche Langzeittherapie im Anschluss an die Entzugsbehandlung seinerzeit nach nur drei Sitzungen abgebrochen hat, so dass nicht von einer Überwindung der Drogenproblematik ausgegangen werden konnte. Dessen ist er sich auch selbst bewusst gewesen, denn er hat im Rahmen eines späteren Klinikaufenthalts angegeben, zwischen 2002 und 2005 verschiedene berauschende Substanzen (Cannabis, Koks, XTC, Pilze) ausprobiert zu haben.

Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass sich die Erheblichkeit des mehrjährigen Amphetaminkonsums für die Bewertung seiner gesundheitlichen Eignung auch aus der bereits bei der amtsärztlichen Untersuchung im Jahr 2015 bekannten chronischen Herzkreislauferkrankung des Antragstellers ergab, die sich in den Jahren 2011 und 2014 durch zwei Hinterwandinfarkte manifestiert hatte. Das folgt aus den Auswirkungen u. a. auf das Herzkreislaufsystem, die mit einem Konsum der betreffenden Droge verbunden sind. [...] Der Antragsteller hätte ferner bereits im Dezember 2015 eine depressive Erkrankung angeben müssen, derentwegen er im Jahr 2010 medikamentös behandelt worden war. Ohne Erfolg wendet er ein, in dem Fragebogen sei ausdrücklich nur nach organischen und physischen Krankheiten gefragt worden, weshalb psychische Erkrankungen (oder auch Suchterkrankungen) nicht zu nennen seien. Tatsächlich sind in dem Anamnesebogen beispielhaft organische und physische Krankheiten genannt. Im ersten Halbsatz wird aber ausdrücklich nach bedeutsamen Krankheiten gefragt. Dass diese sich nicht in den beispielhaft aufgezählten organischen Krankheiten im zweiten Halbsatz erschöpfen, ergibt sich bereits - eindeutig - aus der Formulierung „insbesondere“. In diesem Zusammenhang hat das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen, auch unterhalb der Schwelle einer neurologischen oder psychiatrischen Erkrankung liegende psychische Störungen könnten erkennbar für eine Ernennung auf Lebenszeit wesentlich und von der Untersuchung beim Amtsarzt umfasst sein. [...] Dass der Amtsarzt, der ohnehin bereits wiederholt Bedenken gegen eine Verbeamtung des Antragstellers geäußert hatte, in Kenntnis einer nicht therapierten Amphetaminabhängigkeit und einer darüber hinaus seit vielen

Jahren bestehenden depressiven Erkrankung nicht zu einer solch positiven Prognose gelangt wäre, war dem Antragsteller jedenfalls in Bezug auf die depressive Erkrankung bewusst, deren Behandlung er hinausgeschoben hatte, um seine Verbeamtung nicht zu gefährden.⁶⁶

b. Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe

„Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts, auch die Entlassungsverfügung erweise sich als offensichtlich rechtmäßig, greift die Beschwerde ebenfalls ohne Erfolg an.

Da die Entlassung selbständig tragend auf die charakterliche Nichteignung des Antragstellers wegen der arglistigen Täuschung des Dienstherrn über bedeutsame Vorerkrankungen mit dem Ziel, die Verbeamtung auf Lebenszeit zu erreichen, gestützt ist, kommt es auf die Einwände des Antragstellers betreffend eine außerdem fehlende gesundheitliche Eignung nicht an. Dass er durch eine arglistige Täuschung seine Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit bewirkt hat, ergibt sich aus den obigen Ausführungen [...]. Hierauf gestützten durchgreifenden Bedenken des Antragsgegners gegen die charakterliche Eignung des Antragstellers tritt die Beschwerde, abgesehen von dem aus den oben genannten Gründen erfolglosen Bestreiten einer arglistigen Täuschungshandlung, nicht entgegen. Soweit er die in dem angefochtene Bescheid außerdem angeführten Zweifel an seiner gesundheitlichen Eignung angreift, wird ergänzend darauf hingewiesen, dass sich der Antragsteller gerade nicht allein wegen der bereits anlässlich der amtsärztlichen Untersuchung am Ende der Probezeit bekannten Herzerkrankung, sondern wegen der seinerzeit verschwiegenen, ihm selbst aber bekannten und sich seiner eigenen Wahrnehmung nach seit dem Jahr 2010 zunehmend verschlechternden depressiven Erkrankung als gesundheitlich ungeeignet erwiesen haben dürfte.⁶⁷

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des OVG NRW kann Behörden in ähnlichen Konstellationen einer arglistigen Täuschung zur Herbeiführung einer Verbeamtung als „Blaupause“ dienen.

⁶⁶ OVG NRW, Beschluss vom 29. Juni 2023 – 6 B 294/23 –, juris Rn. 4-15.

⁶⁷ OVG NRW, Beschluss vom 29. Juni 2023 – 6 B 294/23 –, juris Rn. 22, 23.

In der Praxis sind hierbei verschiedene Konstellationen denkbar, die durchaus als „Störungen auf dem Weg zum Beamtenverhältnis auf Lebenszeit“ eingeordnet werden können.⁶⁸ Dies betrifft erstens die Konstellation, in der es um die Aufnahme in einen Vorbereitungsdienst im Beamtenverhältnis auf Widerruf geht.⁶⁹ Hier können vor allem Tätowierungen problematisch sein.⁷⁰ Zweitens ist auch die Konstellation betroffen, in dem es um die Aufnahme in das Beamtenverhältnis auf Probe geht.⁷¹ Drittens geht es auch um die Konstellation, in der ein Beamtenverhältnis auf Probe in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit umgewandelt wird.

Mit Blick auf die Rücknahme einer Ernennung durch arglistige Täuschung unterscheiden sich diese Konstellationen erst auf den zweiten Blick, da es auf den Zeitpunkt der Täuschungshandlung ankommt.

Bei einer arglistigen Täuschungshandlung im Beamtenverhältnis auf Probe vor der Verbeamtung auf Lebenszeit ist zusätzlich zur Rücknahme der Ernennung auf Lebenszeit statusrechtlich die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe notwendig. Schließlich ist das Beamtenverhältnis auf Probe „klassisch“ in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG umgewandelt worden und lebt mit dessen Rücknahme wieder auf.⁷²

Anders liegt jedoch der Fall, wenn vor der Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe eine arglistige Täuschung vorliegt und Beamte sich mittlerweile im

Beamtenverhältnis auf Lebenszeit befinden. Innerhalb solcher Beamtenverhältnisse werden weitere Ernennungen im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 BeamStG - also auch die Umwandlung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit - gegenstandslos. Es entfällt damit bei einer Rücknahme der das Beamtenverhältnis begründenden Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe rückwirkend das Beamtenverhältnis in seiner Gesamtheit, also auch das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit.⁷³ Diese komplexe Konstellation war hier jedoch nicht gegeben.

Einfacher zu handhaben sind Beamtenverhältnisse auf Widerruf. Das Beamtenverhältnis auf Widerruf endet „automatisch“ mit Ablauf des Tages der Ablegung oder dem endgültigen Nichtbestehen der für die Laufbahn vorgeschriebenen Prüfung, sofern durch Landesrecht nichts anderes bestimmt ist, §§ 22 Abs. 4 BeamStG. Es kann daher auch nicht ohne weiteres wieder „aufleben“. Beamtinnen und Beamte auf Widerruf können außerdem jederzeit entlassen werden. Die Gelegenheit zur Beendigung des Vorbereitungsdienstes und zur Ablegung der Prüfung soll gegeben werden, § 23 Abs. 4 S. 2 BeamStG.

Die verschiedenen Konstellationen zeigen insgesamt auf, dass tiefere Kenntnisse des Statusrechts in der Praxis notwendig werden, wenn es zu wie oben dargestellten Problemfällen kommt.

V. Wiederholte Kernzeitverletzungen und ihre disziplinarrechtlichen Folgen

„Bedarf schafft Eignung“.⁷⁴ Dies könnte sich in Zukunft stärker in disziplinarrechtlichen Verfahren widerspiegeln, wenn sich charakterliche Eignungsmängel zeigen, die in Pflichtverletzungen münden. Wie mit solchen Fällen umzugehen ist, zeigt uns der Gesetzgeber auf. Beamtinnen und Beamte begehen gem. § 47 Abs. 1 S. 1 BeamStG ein Dienstvergehen, wenn sie schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten verletzen.

Ein Dienstvergehen ist also in mehreren Konstellationen denkbar:

- Dem Beamten wird eine Mehrzahl von

⁶⁸ Ausführlich zu „Störungen“ auf dem Weg zum Beamtenverhältnis auf Lebenszeit: Eine status- und laufbahnrechtliche Betrachtung der Einstellung, des Vorbereitungsdienstes im Beamtenverhältnis auf Widerruf und der Probezeit, Michaelis/Immich, in: ZBR 07/2022, S. 217-235.

⁶⁹ Zur Eignung von angehenden Beamten siehe „Stolpersteine auf dem Weg zum Beamtenverhältnis auf Lebenszeit- Teil 1: Einstellung und Vorbereitungsdienst“, Michaelis, Lars Oliver (2024), in: Kawik/Michaelis/Immich (Hrsg.), Fehlverhalten im öffentlichen Dienst, Ursache - Prävention - Reaktion, MIP-Sonderheft, Luchterhand Verlag 2024 (i.E.).

⁷⁰ Vertiefend dazu Michaelis, Lars-Oliver: Vortragspräsentation mit Rechtsprechungssammlung und Hinweisen zu Tätowierungen, 2. Mannheimer Forum für Personalmanagement, im Internet abrufbar unter: <https://www.maipm.de/forum-fur-personalmanagement>, zuletzt besucht am 07.12.2023.

⁷¹ Zur Eignung von angehenden Beamten- Stolpersteine auf dem Weg zum Beamtenverhältnis auf Lebenszeit- Teil 2: Das Beamtenverhältnis auf Probe, Immich, Till (2024) in: Kawik/Michaelis/Immich (Hrsg.), Fehlverhalten im öffentlichen Dienst, Ursache - Prävention - Reaktion, MIP-Sonderheft, Luchterhand Verlag 2024 (i.E.).

⁷² Hoffmann, A. in: Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Teil B, Kommentierung Beamtenstatusgesetz, § 8, 3.3, Rn. 68.

⁷³ VG Düsseldorf, Urteil vom 5. Januar 2015 – 2 K 6231/13 –, juris Orientierungssatz 2 und Rn. 42 f.; Hoffmann, A. in: Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Teil B, Kommentierung Beamtenstatusgesetz, § 8, 3.3, Rn. 66.

⁷⁴ Diese Redewendung wird bei der Bundeswehr kritisch verwendet, um die mit dem Bewerbermangel einhergehenden Folgeprobleme zu pointieren. Dies auch mit Blick auf die charakterliche Eignung.

Pflichtverletzungen zum Vorwurf gemacht.

- Beamter verstößt zu verschiedenen Zeiten durch mehrere Handlungen gegen seine Dienstpflichten.
- Beamter verstößt zu einem Zeitpunkt durch eine Handlung gegen seine Dienstpflichten.
- Beamter verstößt zu einem Zeitpunkt durch mehrere Handlungen gegen seine Dienstpflichten.

Im Ergebnis liegt dann nicht eine Mehrzahl von Dienstvergehen vor, sondern eine Mehrzahl von Pflichtverletzungen. Es liegt ein einheitliches Dienstvergehen vor, das sich aus den Pflichtverletzungen zusammensetzt. Dies wird als Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens bezeichnet.⁷⁵ Aus der Zusammenführung der einzelnen Dienstpflichtverletzungen zu einem einheitlichen Dienstvergehen, welches einer ebenfalls einheitlichen disziplinarrechtlichen Würdigung zuzuführen ist, ergibt sich, dass die Vollendung des Dienstvergehens erst mit der Vollendung der letzten Dienstpflichtverletzung eintritt. Das folgt bereits aus dem Wortlaut, wo jeweils an die Vollendung des Dienstvergehens als solches angeknüpft wird. Dann liegt nicht eine Mehrzahl von Dienstvergehen vor, sondern eine Mehrzahl von Pflichtverletzungen.⁷⁶

Der Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens ist bei der Verhängung und Bemessung der Disziplinarmaßnahme nach den Vorgaben des § 13 Abs. 2 S. 1 bis 3 LDG NRW ebenfalls zu berücksichtigen: Die Disziplinarmaßnahme ist insbesondere nach der Schwere des Dienstvergehens zu bemessen. Das Persönlichkeitsbild der Beamtin oder des Beamten ist angemessen zu berücksichtigen. Ferner soll berücksichtigt werden, in welchem Umfang das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit beeinträchtigt worden ist.

Knapp zusammengefasst steckt in dem Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens das Gebot, für alle entscheidungsreifen Pflichtverletzungen gleichzeitig durch eine einheitliche Disziplinarmaßnahme zu entscheiden.⁷⁷

Obwohl sich die Literatur und Rechtsprechung mit dem Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens

⁷⁵ Siehe dazu Ch. Keller, in: Disziplinarrecht für die polizeiliche Praxis, 5. Auflage, S. 58f..

⁷⁶ Gansen in: Gansen, Disziplinarrecht in Bund und Ländern, 2.2.4 Auswirkungen des Grundsatzes der Einheit des Dienstvergehens, Rn. 6, Stand Juli 2023.

⁷⁷ Ch. Keller, in: Disziplinarrecht für die polizeiliche Praxis, 5. Auflage, S. 59.

und möglicher Ausnahmen davon nahezu erschöpfend auseinandergesetzt hat, erreichten den Verfasser hierzu im Jahr 2023 von verschiedener Seite aus immer wieder Fragen aus der Praxis. Grund hierfür ist unter anderem die vielbeachtete Literaturauffassung von Gansen, der den bisherigen (eher behördenfreundlich einzuordnenden) gesetzlichen Entwicklungen und der neueren Rechtsprechung kritisch gegenüberzustehen scheint.⁷⁸

Eine Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2023 kann hier „nebenbei“ als Erkenntnisquelle herangezogen werden.⁷⁹

Im Kern hat sich das BVerwG in dem Verfahren mit dem richtigen disziplinarrechtlichen Umgang mit (zahlreichen) Verstößen gegen Kernarbeitszeitregelungen beschäftigen müssen. Noch bestehende Unsicherheiten und Fragen aus der Praxis⁸⁰ räumt es damit aus. Die Entscheidungsgründe sind daher eine Aneinanderreihung von Antworten auf die Frage: Was tun bei Verstößen gegen Kernarbeitszeitregelungen und in anderen Fällen?

1. Sachverhalt

Der Beklagte wehrt sich gegen seine Entfernung aus dem Beamtenverhältnis per Disziplinaraklage durch die Behörde als Klägerin. Nach mehreren Verwendungen im Bereich des Bundes war er seit Mai 2002 bei der Klägerin tätig, zuletzt im Amt eines Oberregierungsrats (Besoldungsgruppe A 14 BBesO).⁸¹ Die Klägerin setzte den Beklagten als Referenten in verschiedenen Abteilungen ein.

„Im März 2015 stellte das für Gleitzeitfragen zuständige Referat der Klägerin fest, dass der Beklagte seit April 2014 den Dienst vielfach erst nach dem Beginn der Kernzeit angetreten hatte, und führte das nach der Dienstvereinbarung bei Arbeitszeitverstößen vorgesehene Anhörungsverfahren durch.

Mit Verfügung vom 6. November 2015 leitete die

⁷⁸ Gansen in: Gansen, Disziplinarrecht in Bund und Ländern, 2.8 Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens, Stand April 2021.

⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20/21 –, juris. Siehe dazu auch von der Weiden, jurisPR-BVerwG 17/2023 Anm. 5. M. Baßlsperger, PersR 2023, Nr. 10, 39-40 (Anmerkung).

⁸⁰ Dazu mit gelungener erschöpfender Ausführlichkeit von der Weiden, jurisPR-BVerwG 17/2023 Anm. 5. A.

⁸¹ Die Regelungen im LDG NRW, LBG und BeamtStG unterscheiden sich inhaltlich nur unwesentlich von denen im BDG und BBG. Daher ist die Entscheidung ohne weiteres auf Fälle von Beamtinnen und Beamten im Landesdienst oder in den Gemeinden und Gemeindeverbänden übertragbar.

Klägerin ein Disziplinarverfahren gegen den Beklagten wegen verspäteten Dienstantritts in 253 Fällen in der Zeit vom 14. April 2014 bis zum 16. September 2015 sowie wegen der Zuspät- und Nichterledigung von Arbeitsaufträgen und des unangemessenen Verhaltens gegenüber seiner Referatsleiterin ein. Im August und November 2016 sowie im Juni 2018 dehnte die Klägerin das Disziplinarverfahren auf weitere Verstöße gegen den Beginn der Kernarbeitszeit und auf den Vorwurf der Nichtbeachtung einer behördlichen Weisung zur amtsärztlichen Untersuchung aus.

Auf die Disziplinaranzeige der Klägerin hat das Verwaltungsgericht [Düsseldorf] den Beklagten aus dem Beamtenverhältnis entfernt. Das Oberverwaltungsgericht [NRW] hat die dem Beklagten neben dem Zuspätkommen vorgeworfenen Dienstpflichtverletzungen aus dem Disziplinarverfahren ausgeschieden und seine Berufung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Beklagte habe ein schwerwiegendes innerdienstliches Dienstvergehen begangen, weil er im Zeitraum zwischen April 2014 und Mai 2018 an 816 Tagen bei bestehender Dienstfähigkeit den Dienst bewusst erst nach dem Beginn der Kernarbeitszeit angetreten habe, davon in 673 Fällen mit einer Verspätung von mehr als einer Stunde. Der Umfang der Verspätungen summiere sich auf 1 616 Stunden. Der disziplinarischen Beurteilung seien wegen der Begrenzungsfunktion der Disziplinaranzeige 1 614 Stunden zugrunde zu legen. Ein vorsätzliches Fernbleiben vom Dienst über einen Zeitraum von mehreren Monaten oder - wie hier - ein Fernbleiben für Teile von Arbeitstagen, das in der Summe einen vergleichbaren Gesamtzeitraum erreiche, indiziere die Höchstmaßnahme. Erschwerend trete hinzu, dass der Beklagte zugleich die Gehorsamspflicht verletzt habe. Bei dem Gewicht des Pflichtverstößes sei berücksichtigt worden, dass der Beklagte die morgendlichen Verspätungen abends im Rahmen der durch die Gleitzeit gegebenen Vorgaben nachgeholt habe. Mildernde Umstände, die ein Absehen von der Höchstmaßnahme geböten, lägen nicht vor. Insbesondere könne der Klägerin nicht vorgeworfen werden, dass sie das behördliche Disziplinarverfahren verspätet eingeleitet habe. Das zu maßregelnde Fehlverhalten trage Züge eines Dauerdelikts oder eines sog. Fortsetzungszusammenhangs. Deshalb sei eine gesonderte Verfolgung einzelner Pflichtverletzungen nicht möglich. Es fehle an einer Zäsur, in der - nach Vollendung eines einzelnen Verstoßes und vor dem nächsten - eine disziplinare Ahndung des bisherigen Verhaltens auch nur in Betracht gekommen wäre. Selbst wenn zu Gunsten des Beklagten davon auszugehen sei, dass die Klägerin das behördliche Disziplinarverfahren verspätet eingeleitet habe,

hätte weder eine frühere Verfahrensaufnahme noch ein gegebenenfalls denkbarer zeitnahe Erlass einer Disziplinarverfügung den Beklagten von der Begehung weiterer Kernzeitverstöße abgehalten.⁸²

Der Beklagte beantragte beim BVerwG, die Urteile des OVG NRW und des VG aufzuheben und die Klage auf Entfernung aus dem Dienst abzuweisen. Die Behörde als Klägerin beantragte, die Revision zurückzuweisen.

2. Entscheidungsgründe

„Die Revision des Beklagten ist mit der Maßgabe begründet, dass auf eine mildere Disziplinarmaßnahme anstatt der disziplinarischen Höchstmaßnahme zu erkennen ist. Das Berufungsurteil verletzt revisibles Recht (§ 69 BDG i. V. m. § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Angemessene Disziplinarmaßnahme zur Ahndung des innerdienstlichen Dienstvergehens des ungenehmigten Fernbleibens vom Dienst infolge verspäteter Dienstantritte ist die Zurückstufung des Beklagten in das Amt eines Regierungsrats (Besoldungsgruppe A 13 BBesO). Die vorinstanzlichen Urteile sind dementsprechend aufzuheben.“⁸³

[...] Ein Verstoß gegen revisibles Recht, hier gegen §§ 13 und 17 Abs. 1 Satz 1 BDG⁸⁴, liegt aber in der Annahme des Berufungsgerichts, bei dem zu maßregelnden Verhalten als eine Art Dauerdelikt oder fortgesetzte Handlung habe sich keine Zäsur ergeben, die eine frühere Einleitung des behördlichen Disziplinarverfahrens [...] und eine zeitnähere disziplinare Ahndung mit einer niederschweligen Disziplinarmaßnahme [...] ermöglicht hätte. Darüber hinaus leidet die Maßnahmebemessung des Berufungsgerichts an der rechtsfehlerhaften Annahme, dass die Verhängung der disziplinarischen Höchstmaßnahme - die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis - indiziert sei, weil die aufaddierte Gesamtzeit der täglichen Verspätungen beim Dienstantritt in ihrer Schwere einem monatelangen unerlaubten Fernbleiben vom Dienst gleichkomme [...]. Die eigene Maßnahmebemessung des erkennenden Senats führt zur Zurückstufung des Beklagten in ein niedrigeres Amt derselben Laufbahn [...].⁸⁵

„[...] Der Beklagte hat vorsätzlich und schuldhaft ein

⁸² BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20/21 –, juris Rn. 3-5.

⁸³ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20/21 –, juris Rn. 8.

⁸⁴ Dies entspricht den §§ 13 und 17 LDG NRW.

⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20/21 –, juris Rn. 9.

innerdienstliches Dienstvergehen begangen [indem er nach] den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts [...] den Dienst im Zeitraum vom 22. April 2014 bis zum 7. Mai 2018 an 816 Tagen bewusst erst nach dem Beginn der Kernzeit um 9:15 Uhr angetreten [hat], davon in 673 Fällen mit einer Verspätung von mehr als einer Stunde. Der Umfang der vorwerfbaren Verspätungen summiert sich auf 1 614 Stunden [...]. Der Beklagte hat die Verspätungen für keinen dieser Tage durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung entschuldigt [...].⁸⁶

„Durch das festgestellte Verhalten hat der Beklagte vorsätzlich und schuldhaft ein innerdienstliches Dienstvergehen [...] begangen. Der Beklagte ist dem Dienst [...] unerlaubt ferngeblieben und hat die Pflicht zum vollen beruflichen Einsatz [...] sowie zur Befolgung dienstlicher Anordnungen seiner Vorgesetzten [...] verletzt.“ [...] Mit dem unentschuldig verspäteten Dienstantritt in 816 Fällen hat der Beklagte zugleich die Pflicht zur Befolgung dienstlicher Anordnungen [...] und zum vollen beruflichen Einsatz [...] verletzt.⁸⁷

„Nicht mit revisiblem Recht vereinbar ist die Annahme des Berufungsgerichts, bei dem zu maßregelnden Verhalten als eine Art Dauerdelikt oder fortgesetzte Handlung habe sich keine Zäsur ergeben, die eine frühere Einleitung des behördlichen Disziplinarverfahrens ermöglicht hätte.“ [...] Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BDG⁸⁸ hat die dienstvorgesetzte Stelle ein Disziplinarverfahren einzuleiten, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen. Diese Pflicht besteht nicht, solange es noch etwaiger Verwaltungsermittlungen bedarf, um einen bloß vagen Verdacht aufzuklären, der personell oder sachlich noch nicht hinreichend konkretisiert worden ist [...]. Den Dienstvorgesetzten trifft aber eine Einleitungspflicht, sobald er erstmals Kenntnis von zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten erlangt, die den Verdacht eines Dienstvergehens begründen. Er darf, wenn die Voraussetzungen zur Einleitung vorliegen, nicht abwarten und weiteres Belastungsmaterial sammeln [...]. Die frühzeitige Einleitungspflicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BDG besteht für den Dienstvorgesetzten auch in der Konstellation einer Vielzahl gleichartiger, zeitlich aufeinanderfolgender Dienstpflichtverletzungen wie der hier in Rede stehenden Kernzeitverstöße. Dass im Zeitpunkt der Einleitung des Disziplinarverfahrens bereits weitere gleichartige Pflichtverlet-

zungen hinzugetreten oder künftig zu erwarten sind, hindert die gesonderte Ahndung der bisherigen Verstöße nicht. Der Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens [...] steht einer gesonderten Verfolgung von Dienstpflichtverletzungen nicht entgegen. Seit dem Inkrafttreten des Bundesdisziplinalgesetzes am 1. Januar 2002 lässt sich daraus ein verfahrensrechtliches Gebot der gleichzeitigen Entscheidung über mehrere Pflichtverstöße nicht mehr herleiten. [...] Der] Dienstherr [kann] ein eingeleitetes Disziplinarverfahren auf danach neu hinzutretende Pflichtverletzungen ausdehnen. Nach Erhebung der Disziplinaranzeige können neue Handlungen durch Erhebung einer Nachtragsdisziplinaranzeige [...] in das Disziplinarverfahren einbezogen werden. Aus den [entsprechenden gesetzlichen] Ermächtigungen [...] folgt, dass dem Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens materiell-rechtlich Rechnung zu tragen ist. Der Beamte darf im Ergebnis materiell-rechtlich nicht schlechter gestellt werden als er im Falle einer gleichzeitigen und einheitlichen Ahndung des Dienstvergehens stünde. Dem Grundsatz der materiell-rechtlichen einheitlichen Bewertung ist in dem zuletzt zur Entscheidung anstehenden Disziplinarverfahren (nachträglich) Geltung zu verschaffen [...]. Unbenommen bleibt dem Dienstherrn daher auch im jeweiligen Verfahrensstadium ein weiteres neues Disziplinarverfahren einzuleiten.

Die vom Berufungsgericht angewandte Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung oder des Fortsetzungszusammenhangs, die im Übrigen im Strafrecht aufgegeben worden ist [...], ist dem Disziplinarrecht fremd [...]. Dies gilt gleichermaßen für den strafrechtlichen Begriff des sog. Dauerdelikts. Im Fall einer Vielzahl gleichartiger Dienstpflichtverletzungen wie bei Kernzeitverstößen stellen die einzelnen Verstöße auch nicht unselbstständige Teilakte oder nur einen Beitrag zu einer einzigen Handlung im Rechtssinne dar, die keine Zäsur erlauben würden. Bei wiederholt verspätetem Dienstantritt muss für jede Wiederholung neu ein (Tat-)Entschluss gefasst werden. Der Pflichtenverstoß ist mit dem jeweiligen Zuspätkommen vollendet.⁸⁹

„[...] Ein Verstoß gegen die aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BDG folgende Pflicht zur rechtzeitigen Einleitung des behördlichen Disziplinarverfahrens ist ein Mangel, der bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme als mildernder Umstand zu berücksichtigen sein kann, wenn die verzögerte Einleitung für das weitere Fehlverhalten des Beamten ursächlich war [...]. Dies ist der Fall, wenn der Beamte mit der Einleitung des behördlichen Disziplinarverfahrens

⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20/21 –, juris Rn. 14, 15.

⁸⁷ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20/21 –, juris Rn. 21-26

⁸⁸ Dies entspricht § 17 Abs. 1 LDG NRW.

⁸⁹ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20/21 –, juris Rn. 27-30.

das beanstandete Verhalten unterlässt oder danach liegende Vorfälle lediglich von untergeordneter Bedeutung sind. Bei dieser Sachlage liegt die Annahme nahe, dass sich der Beamte bei einer früheren Verfahrenseinleitung ebenso verhalten und keine weiteren Pflichtenverstöße begangen hätte [...].

Revisibles Recht verletzt auch die Folgerewägung des Berufungsgerichts, aufgrund der Eigenart des zu maßregelnden Verhaltens sei eine zeitnahe disziplinare Ahndung mit einer niederschweligen Disziplinarmaßnahme nicht möglich gewesen.

[...] Bei Verstößen gegen Kernarbeitszeitregelungen handelt es sich um einen Fall, bei dem der Dienstherr aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die stufenweise Steigerung der Disziplinarmaßnahmen zu beachten hat. Der Dienstherr hat auf den Beamten rechtzeitig, d. h. alsbald nach Kenntniserlangung von der Pflichtverletzung, pflichtermahnend einzuwirken und ihn zum pflichtgemäßen Dienstantritt anzuhalten. Das Zuwarten des Dienstherrn über einen längeren Zeitraum, um sodann im Wege einer Gesamtschau die schärfste Disziplinarmaßnahme - die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis - zu verhängen, ist unzulässig. Dies bedeutet, dass der Dienstherr nach Kenntniserlangung auch von einem erstmaligen Kernzeitverstoß zu reagieren und auf die Einhaltung der Kernarbeitszeiten hinzuweisen hat. Darüber hinaus muss er bei fortgesetzten Verstößen je nach Umfang und Dauer über dienstliche Weisungen (Anordnungen) hinaus weitere niederschwellige Disziplinarmaßnahmen ergreifen. Dazu gehören die Erteilung eines Verweises [...], die Verhängung einer Geldbuße [...] und die Kürzung der Dienstbezüge [...].

Unterlässt es der Dienstherr rechtsfehlerhaft, die zeitlich gestreckt aufgetretenen Dienstplichtverletzungen zunächst dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend durch niederschwellige disziplinare Maßnahmen pflichtermahnend zu ahnden, stellt dies einen Mangel des behördlichen Disziplinarverfahrens dar, der bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme als mildernder Umstand zu berücksichtigen ist. Anders verhält es sich nur dann, wenn sich der Beamte eine niederschwellige disziplinare Sanktionierung nicht zur Mahnung und Warnung hätte dienen lassen. Ob eine solche Annahme naheliegt, ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen. Es müssen hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, aus denen diese negative Folgerung abgeleitet werden kann. Hier fehlt es aber an jedweder vorangegangenen Sanktionierung, aus der der Schluss gezogen werden kann, dass sich der Beklagte davon nicht hätte beeindrucken lassen.

Nicht mit § 13 BDG⁹⁰ vereinbar ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Verhängung der disziplinen Höchstmaßnahme sei indiziert, weil die aufaddierte Gesamtzeit der täglichen Verspätungen beim Dienstantritt in ihrer Schwere einem monatelangen unerlaubten Fernbleiben vom Dienst gleichkomme.

Vorsätzliches unerlaubtes Fernbleiben vom Dienst ist ein schwerwiegendes Dienstvergehen, das regelmäßig zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis führt, wenn es über Monate andauert oder in der Summe einen vergleichbaren Gesamtzeitraum erreicht [...]. Der ununterbrochenen monatelangen Dienstsäumnis kann es gleichstehen, wenn ein Beamter im Umfang vergleichbar wiederholt in Einzelzeitabschnitten - an Tagen und in mehr oder weniger länger zusammenhängenden Zeiträumen - überhaupt nicht zum Dienst erscheint. In diesen Fällen ist die Entfernung aus dem Dienst grundsätzlich Ausgangspunkt der Bestimmung der angemessenen Disziplinarmaßnahme [...].

Dies gilt nicht für das wiederholte unberechtigte stundenweise Fernbleiben vom Dienst infolge verspäteten Dienstantritts. Denn die aufaddierte Gesamtzeit der täglichen Verspätungen ist in ihrer Schwere nicht einem monatelangen unerlaubten - gänzlichen - Fernbleiben vom Dienst gleichzusetzen. Bei der disziplinen Ahndung des in Rede stehenden Fehlverhaltens ist angesichts der Vieltätigkeit der Sachverhalte und der Vielfalt der möglichen Pflichtverstöße keine eindeutige Zuordnung zu einer bestimmten disziplinen Maßnahme möglich. Wegen der Bandbreite denkbarer Pflichtverletzungen steht grundsätzlich der gesamte Katalog der abgestuften Disziplinarmaßnahmen [...] zur Verfügung. Dabei kommt es für das Gewicht der Pflichtverletzung insbesondere auf Dauer, Häufigkeit und Ausmaß der Verspätungen an.

Der Senat kommt bei seiner Bemessungsentscheidung zu dem Ergebnis, dass der Beklagte auf der Grundlage der bindenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts durch das unberechtigte Fernbleiben vom Dienst an Teilen von Arbeitstagen und der darin zugleich liegenden Verletzung der Pflicht zur Befolgung dienstlicher Anordnungen und zum vollen beruflichen Einsatz ein innerdienstliches Dienstvergehen begangen hat, das bei Abwägung aller disziplinenrechtlich relevanten Gesichtspunkte mit der Zurückstufung in das Eingangsamt seiner Laufbahn, das Amt eines Regierungsrats (Besoldungsgruppe A 13 BBesO), zu ahnden ist.

Bei der Beurteilung des für die Maßnahmebemessung richtungsweisenden Kriteriums der

⁹⁰ Dies entspricht § 13 LDG NRW.

Schwere des Fehlverhaltens ist festzuhalten, dass der Beklagte in einem sehr langen Zeitraum vom 22. April 2014 bis zum 7. Mai 2018 nahezu tagtäglich erst nach dem Beginn der Kernarbeitszeit zum Dienst erschienen ist. Der verspätete Dienstantritt war die Regel. Damit hat der Beklagte ein besonders hohes Maß an Verantwortungslosigkeit und Pflichtvergessenheit hinsichtlich der leicht einsehbaren Pflicht gezeigt, pünktlich den Dienst anzutreten. Bei der Bewertung des Fehlverhaltens des Beklagten des nicht "nur" wiederholten, sondern regelhaften Zuspätkommens zum Dienst über einen sehr langen Zeitraum, ist - orientiert an der bisherigen Rechtsprechung des Senats - Ausgangspunkt für die disziplinare Maßnahmebemessung nach § 13 BDG die Zurückstufung gemäß § 9 BDG.

Im Hinblick auf mögliche entlastende Gesichtspunkte ist dem Umstand keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen, dass der Beklagte die morgendlichen Verspätungen durch abendliche Längerarbeit im Rahmen der durch die Gleitzeit gegebenen Vorgaben nachgeholt und die durchschnittliche regelmäßige Gesamtarbeitszeit erbracht hat. Andernfalls läge darin eine Nichterfüllung der Gesamtarbeitszeit, die als weitere vorwerfbare Dienstpflichtverletzung hinzutreten würde. [...]

Wegen der Schwere des Dienstvergehens hält der Senat eine Zurückstufung des Beklagten in das Amt eines Regierungsrats (Besoldungsgruppe A 13 BBesO) für erforderlich, um ihn künftig zu einem beanstandungsfreien dienstlichen Verhalten zu veranlassen. Der Beklagte muss sich bewusst sein, dass bei einem erneuten gewichtigen Verstoß gegen seine Dienstpflichten die Verhängung der disziplinarischen Höchstmaßnahme geboten sein kann.⁹¹

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BVerwG kann überzeugen und enthält für die Praxis zusammengefasst folgende Erkenntnisse:⁹²

Verstöße von Beamtinnen und Beamten gegen Regelungen zur Kernarbeitszeit erfordern eine zeitnahe disziplinarische Pflichtenmahnung und gegebenenfalls eine stufenweise Steigerung der Disziplinarmaßnahmen.

Die Verpflichtung zur unverzüglichen Einleitung

eines behördlichen Disziplinarverfahrens besteht auch bei einer Vielzahl gleichartiger, zeitlich aufeinanderfolgender Dienstpflichtverletzungen, wie hier im vorliegenden Fall bei Verstößen gegen die Kernarbeitszeitregelungen.

Die aufaddierte Gesamtzeit täglicher Verspätungen (bei verspätetem Dienstantritt) kann in ihrer Schwere nicht mit einem monatelangen gänzlichen Fernbleiben vom Dienst gleichgesetzt werden, das üblicherweise zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis führt.

Bei wiederholten Verstößen gegen die Kernarbeitszeit über einen längeren Zeitraum ist die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis in der Regel nur dann angemessen, wenn entweder andere schwerwiegende Dienstpflichtverletzungen im Vordergrund stehen oder erhebliche disziplinarische Vorbelastungen vorliegen. Andernfalls ist in der Regel eine Kürzung der Dienstbezüge angemessen.

Bei der Bemessung der Maßnahme ist es irrelevant, ob Beamte die Verstöße gegen die Kernarbeitszeitregelungen durch eine nachträgliche Mehrarbeit ausgeglichen und die durchschnittliche regelmäßige Gesamtarbeitszeit erbracht haben. Es ist ebenso irrelevant, ob durch die Verletzung der Kernarbeitszeitregelungen ein Schaden im Dienstbetrieb verursacht worden ist.

Unterlässt es der Dienstherr, zeitlich gestreckte Dienstpflichtverletzungen zunächst durch Pflichtenmahnung zu ahnden, stellt dies bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme einen mildernden Mangel dar.

Die verzögerte Einleitung des behördlichen Disziplinarverfahrens hat keinen Einfluss auf die Bemessung der Disziplinarmaßnahmen, sofern die Verzögerung nicht kausal für das weitere Fehlverhalten des Beamten war und dieser die Pflichtenverstöße auch nach Einleitung des Disziplinarverfahrens fortgesetzt hat.

⁹¹ BVerwG, Urteil vom 28. März 2023 – 2 C 20/21 –, juris Rn. 30 bis 50.

⁹² So auch von der Weiden, jurisPR-BVerwG 17/2023 Anm. 5, D.

C. Schlussbetrachtung und Ausblick

Das Jahr 2024 wird sicherlich wieder ein Füllhorn an neuen Erkenntnissen im Beamtenrecht bringen. Das gilt jedoch nicht nur für die Rechtsprechung.

In NRW soll auf die große Dienstrechtsmodernisierung im Jahr 2016 acht Jahre später ein „Gesetz zur Modernisierung des öffentlichen Dienstes“ folgen.⁹³ Die einzelnen Inhalte sind mit Spannung zu erwarten. Aus der Praxis wird schließlich immer wieder bemängelt, dass Behörden des Bundes aufgrund des dortigen Dienstrechts im „War for talents“ die „Nase vorn“ haben. Dies geht zu Lasten der Behörden in NRW, die nicht allein bei der Besoldung schlechter aufgestellt sind. Auch an Behörden in angrenzenden Bundesländern verlieren NRW-Behörden Personal. Ein Gesetz zur Modernisierung des öffentlichen Dienstes muss daher vor allem die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber den Konkurrentinnen und Konkurrenten stärken, damit der richtige Einsatz dienstrechtlicher Instrumente zur Personalgewinnung und -bindung marktgerecht beitragen kann.

Im Bereich des Disziplinarrechts scheint die Rechtsprechung noch im Fluss zu sein, wie bei verfassungsuntreuen Beamtinnen und Beamten dienstrechtlich zu verfahren ist.⁹⁴ Aufgrund der sog. „Chatgruppenproblematik“ in Nordrhein-Westfalen, bei der es um verfassungsfeindliche Äußerungen von Beamtinnen und Beamten geht, steht eine Modifizierung und Anpassung der Strafgesetze im Raum.⁹⁵ Auch hierauf wird sich die Praxis einstellen müssen.

All die zu erwartenden neuen Entwicklungen können mit einer altgedienten Weisheit zusammengefasst werden: „Nichts ist so beständig wie der Wandel.“⁹⁶ Die Frage, wie man dem Wandel im Beamtenrecht trotz der Personalverknappungen am besten begegnen kann ist „relativ“ einfach: Mit Fortbildungen!⁹⁷

⁹³ Hierüber berichtete u.a. bereits der Städte- und Gemeindebund zur Reform des Laufbahnrecht, Schnellbrief 286/2023.

⁹⁴ BVerwG, Urteil vom 14. Juni 2023 – 2 WD 11.22 –, juris, nachfolgend unter V. angesprochen.

⁹⁵ Bundesrat- Drucksache 449/23 (Beschluss) v. 20.10.2023, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbot volksverhetzender Inhalte und verfassungswidriger Kennzeichen im Zusammenhang mit der Dienstausbildung.

⁹⁶ Heraklit von Ephesus, 535-475 v. Chr.

⁹⁷ Das ifv erweitert und aktualisiert sein Angebot an Fortbildungen im Beamtenrecht stetig. Erstmals bietet es im Jahr 2024 z.B. Fortbildungen im Bereich des Rechts der Gleichstellung an. Auch im Rahmen der zu erwartenden Modernisierungen im Dienstrecht in NRW werden dem ifv kompetente Fachleute für zeitnahe und praxisgerechte Fortbildungen zur Verfügung stehen.

Der Autor:

Dr. iur. Till Immich, RD a.D., ist Professor am Studienort Dortmund der HSPV NRW. Dort lehrt er die Fächer Staatsrecht, öffentliches Dienstrecht und Beamtenrecht. Daneben leitet er am ifV im Bereich Personalrecht regelmäßig Seminare zu beamtenrechtlichen Themen (unter anderem Grundzüge des Beamtenrechts).

Dieser Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Verfasser wieder. Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet. Hiermit sind geschlechtsneutral alle Geschlechter gemeint.

Erstellungsdatum: 18. Januar 2024

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die Wiedergabe dieses Werkes oder wesentlicher Teile in anderen Editionen wie auch die Einstellung dieses Werkes in Datenbanken ist nur mit Zustimmung des Instituts für Verwaltungswissenschaften gGmbH gestattet. Die Wiedergabe von einzelnen Textpassagen hat unter einer Quellenangabe mit Nennung der Autoren und des Instituts für Verwaltungswissenschaften gGmbH als Herausgeber zu erfolgen.