

Christian Buchmüller / Till Immich

# **Arbeits- und Beamtenrecht 2022: Zehn wichtige gerichtliche Entscheidungen für die Praxis**

**Rechts-  
praxis**

**ifV** Akademie e.V.  
Gelsenkirchen

**ifV** Institut  
für Verwaltungs-  
wissenschaften gGmbH



## **ifV – Rechtspraxis R-2023/ 2**

## Inhalt

A.	Einleitung.....	3
B.	Arbeitsrechtliche Entscheidungen .....	4
I.	BAG: Indiz für Benachteiligung bei Verstoß gegen § 165 S. 1 SGB IX .....	4
1.	Sachverhalt.....	4
2.	Entscheidungsgründe.....	5
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	5
II.	EuGH: Keine Verjährung des Urlaubsanspruchs bei Verstoß gegen Initiativlast.....	6
1.	Sachverhalt.....	6
2.	Verfahrensgang.....	7
3.	Entscheidungsgründe.....	8
4.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	8
III.	BAG: Pflicht zur lückenlosen Arbeitszeiterfassung.....	10
1.	Sachverhalt.....	10
2.	Entscheidungsgründe.....	10
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	12
IV.	BVerfG: Keine Berufung des öffentlichen Arbeitgebers auf Tarifautonomie.....	13
1.	Sachverhalt.....	13
2.	Entscheidungsgründe.....	14
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	14
V.	EuGH: Kündigungsschutz in der Probezeit bei Beschäftigten mit einer Behinderung.....	15
1.	Sachverhalt.....	15
2.	Entscheidungsgründe.....	16
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	16
C.	Beamtenrechtliche Entscheidungen .....	18
I.	BVerfG: Verfassungstreue, Beamter als „Reichsbürger“ .....	18
1.	Sachverhalt.....	18
2.	Entscheidungsgründe.....	20
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	22
II.	BVerfG: Rückforderung von Anwärterbezügen bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf .....	23
1.	Sachverhalt.....	23
2.	Entscheidungsgründe.....	24
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	25
III.	BVerfG: Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Beförderung; Erkundigungspflichten eines an seiner Beförderung interessierten Beamten bei einer neu geschaffenen Behördenstruktur.....	26
1.	Sachverhalt.....	27
2.	Entscheidungsgründe.....	28
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	30
IV.	OVG NRW: Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung eines Personalratsmitglieds.....	30
1.	Sachverhalt.....	31
2.	Entscheidungsgründe.....	31
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	32
V.	OVG NRW: Zurrücksetzung wegen (dauerhafter) Dienstunfähigkeit .....	33
1.	Sachverhalt.....	33
2.	Entscheidungsgründe.....	33
3.	Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis .....	34
D.	Schlussbetrachtung und Ausblick.....	35

## A. Einleitung<sup>1</sup>

Das Jahr 2022 war in vielerlei Hinsicht turbulent. Im Vordergrund standen dabei sicherlich die innen- und außenpolitischen Entwicklungen im Zusammenhang mit dem russischen Angriff auf die Ukraine, der folgenden Energiekrise und den hieraus resultierenden Herausforderungen für den öffentlichen Dienst, Stichwort: EnSikuMaV<sup>2</sup>. Nichtsdestotrotz war die Gerichtsbarkeit in diesem Jahr auf den Gebieten des Arbeits- und Beamtenrechts wieder sehr aktiv. Es wurden Entscheidungen gefällt, deren Auswirkungen für die Arbeitgeber im öffentlichen Dienst bzw. die Dienstherren teilweise gravierend sind und welche die Praxis vor teils schwierige Aufgaben bezüglich der rechtssicheren Umsetzung stellen werden. Andererseits erleichtert die Rechtsprechung

den Behörden unter anderem im Disziplinarrecht durch klare und nachvollziehbare Entscheidungen den Umgang mit Extremisten, was mit Blick auf die sogenannten „Reichsbürger“ und den Schutz unserer Demokratie von hoher Bedeutung ist.

Nachfolgend werden – nach Arbeits- und Beamtenrecht getrennt – die Sachverhalte von jeweils fünf Entscheidungen skizziert und die Entscheidungsgründe komprimiert wiedergegeben. Sodann wird mit dem besonderen Blick auf den öffentlichen Dienst eine Einordnung in das rechtliche Gesamtgefüge vorgenommen, bevor abschließend die möglichen Auswirkungen auf die Praxis – teils mit Handlungsempfehlung – beleuchtet werden.

---

<sup>1</sup> Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet. Hiermit sind geschlechtsneutral alle Geschlechter gemeint.

<sup>2</sup> Kurzfristenergieversorgungsicherungsmaßnahmenverordnung (EnSikuMaV) vom 26. August 2022 (BGBl. I S. 1446), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 29. September 2022 (BAnz AT 30.09.2022 V2) geändert worden ist.

## B. Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Das Arbeitsrecht wurde im Jahr 2022 besonders durch den EuGH geprägt, der in mehreren Entscheidungen, gerade im Urlaubsrecht, die bereits in der Vergangenheit eingeschlagene, sehr arbeitnehmerfreundliche Linie fortgeführt und sogar noch intensiviert hat. Daneben hat das BAG insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes mit seiner Entscheidung zur Arbeitszeiterfassung aus September 2020<sup>3</sup>, der letztlich ebenfalls europarechtliche Rechtsprechung vorausgegangen war, seinen Stempel aufgedrückt. Zusätzlich kam es in Erfurt zu einer für den öffentlichen Dienst potenziell folgenreichen Entscheidung auf dem Gebiet des Anti-Diskriminierungsrechts. Das BVerfG hatte sich demgegenüber mit der Frage zu beschäftigen, ob sich ein öffentlicher Arbeitgeber auf die grundgesetzlich in Art. 9 Abs. 3 GG<sup>4</sup> verbrieft Tarifautonomie im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde berufen kann.

### I. BAG: Indiz für Benachteiligung bei Verstoß gegen § 165 S. 1 SGB IX<sup>5</sup>

Eine in der Praxis bislang selten streitträchtige Norm war § 165 S. 1 SGB IX, wonach öffentliche Arbeitgeber die Pflicht trifft, den Agenturen für Arbeit frühzeitig nach einer erfolglosen Prüfung zur internen Besetzung des Arbeitsplatzes freiwerdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze zu melden. Dies könnte sich nach dem Urteil des BAG vom 25. November 2021,<sup>6</sup> bei dem die Veröffentlichung der Entscheidungsgründe allerdings erst im Jahr 2022 erfolgte, nun ändern. Hinter der Regelung, die in erster Linie dazu dient, die Arbeitsagentur in die Lage zu versetzen, mit genügend Vorlauf einen qualifizierten Vermittlungsvorschlag im Sinne des § 187 Abs. 5 SGB IX für geeignete arbeitslose oder arbeitssuchende schwerbehinderte Menschen zu

machen,<sup>7</sup> lauert eine handfeste Haftungsfalle für öffentliche Arbeitgeber.

#### 1. Sachverhalt

Im November 2017 veröffentlichte der beklagte Landkreis ein Angebot für eine frei gewordene Stelle über die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit. Danach war bei dem Landkreis zu Beginn des Jahres 2018 die Stelle der Leitung des Rechts- und Kommunalamts zu besetzen. Die Stelle umfasste Führungsverantwortung für ca. 20 Bedienstete. Sie setzte laut Ausschreibung unter anderem entweder ein abgeschlossenes weiterführendes wissenschaftliches Hochschulstudium in der Fachrichtung Rechtswissenschaften bzw. die Befähigung zum Richteramt voraus. Mehrjährige einschlägige Berufs- und Führungserfahrung wurde erwartet.

Der Landkreis nahm über die Veröffentlichung der Stellenanzeige in der Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit hinaus keine gesonderte Meldung hinsichtlich der frei gewordenen Stelle an die Arbeitsagentur zur Einleitung eines betreuten Vermittlungsauftrags vor.

Der mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehinderte Kläger ist Jurist, war jedoch für die ausgeschriebene Stelle aus Sicht des Landkreises offensichtlich fachlich ungeeignet. Er bewarb sich im November 2017 unter Angabe seiner Schwerbehinderung dementsprechend ohne Erfolg auf die ausgeschriebene Stelle. Zu einem Vorstellungsgespräch wurde er nicht eingeladen. Im April 2018 erhielt er eine schriftliche Absage vom Landkreis.

Kurz darauf forderte der Kläger von dem Landkreis schriftlich eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG<sup>8</sup>. Der Eingang des Schreibens wurde bestätigt, eine inhaltliche Antwort des Landkreises blieb hingegen aus. Der Kläger machte deshalb den Anspruch gerichtlich

<sup>3</sup> Beschl. v. 13.09.2022 – 1 ABR 22/21 = NZA 2022, 1616.

<sup>4</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist.

<sup>5</sup> Neuntes Buch Sozialgesetzbuch vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3234), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2560) geändert worden ist.

<sup>6</sup> Urt. v. 25.11.2021 - 8 AZR 313/20 = NZA 2022, 638.

<sup>7</sup> Vgl. *Düwell* in *Dau/ Düwell/ Jousen/ Luik*, Sozialgesetzbuch IX, 6. Aufl. 2022, § 165 Rn. 5.

<sup>8</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2510) geändert worden ist.

geltend und forderte eine Entschädigung von mindestens 4.575,67 Euro.

Zur Begründung führte er an, dass der Landkreis ihn wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt habe. Dies ergebe sich unter anderem daraus, dass der Landkreis die zu besetzende Stelle nicht im Einklang mit § 165 S. 1 SGB IX<sup>9</sup> an die Arbeitsagentur gemeldet habe. Ferner habe der Landkreis ihn unter Verstoß gegen § 165 S. 3 SGB IX<sup>10</sup> nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen.

## 2. Entscheidungsgründe

Nachdem das ArbG Dresden die Klage abgewiesen<sup>11</sup> und das Sächsische LAG die Berufung des Klägers hiergegen noch zurückgewiesen<sup>12</sup> hatte, hob das BAG das Urteil des Sächsischen LAG auf und änderte das Urteil des ArbG Dresden dahingehend ab, dass der Landkreis verurteilt wurde, an den Kläger eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von 6.864,00 Euro zu zahlen. Dies entsprach 1,5 Bruttomonatsverdiensten, die auf der Stelle erzielbar waren.

Anknüpfungspunkt für das Vorliegen einer Benachteiligung im Sinne des AGG war nach Auffassung des BAG dabei der Verstoß des Landkreises gegen die Meldepflicht nach § 165 S. 1 SGB IX. Die unterbliebene Erteilung eines förmlichen Vermittlungsauftrags an die Agentur für Arbeit stelle ein Indiz für eine unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen einer Behinderung nach §§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 22 AGG dar. Dieser Verstoß gegen die Bestimmung des § 165 S. 1 SGB IX sei – unabhängig vom persönlichen Kenntnisstand des einzelnen Bewerbers bzw. der einzelnen Bewerberin (vorliegend hatte sich der Kläger ja auch ohne Zutun der Arbeitsagentur auf die Stelle beworben) – ausreichend für die Vermutung der Benachteiligung, da der öffentliche Arbeitgeber so den

Eindruck erwecke, an der Beschäftigung von Menschen mit einer Schwerbehinderung uninteressiert zu sein. Diesbezüglich sei die Veröffentlichung des Stellenangebots über die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit gerade keine Meldung im Sinne des § 165 S. 1 SGB IX, insbesondere werde so der Agentur für Arbeit nicht die Suche nach geeigneten potenziellen Bewerbern mit einer Schwerbehinderung übertragen.<sup>13</sup>

Im Übrigen ließ das BAG offen, ob im zu entscheidenden Einzelfall in der unterbliebenen Einladung zu dem Vorstellungsgespräch ein Verstoß gegen § 165 S. 3 SGB IX vorlag, was wiederum ein (weiteres) Indiz für eine Benachteiligung im Sinne des AGG wegen einer Behinderung<sup>14</sup> dargestellt hätte. Sofern dem Kläger die fachliche Eignung für die Stelle offensichtlich gefehlt hätte und dementsprechend eine Einladung nach § 165 S. 4 SGB IX entbehrlich gewesen wäre, hätten lediglich im Hinblick auf die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers aus § 165 S. 3 SGB IX keine Anhaltspunkte für ein benachteiligendes Fehlverhalten des Landkreises vorgelegen. Insofern stellte das BAG klar, dass die (fehlende) fachliche Eignung des einzelnen Bewerbers bzw. der einzelnen Bewerberin im Hinblick auf die Meldepflicht nach § 165 S. 1 SGB IX ohne Belang ist.

## 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Das BAG führt seine Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Verletzung der besonderen Pflichten öffentlicher Arbeitgeber aus § 165 SGB IX im Hinblick auf Bewerber und

<sup>9</sup> Bzw. der inhaltsgleichen Vorgängernorm des § 82 S. 1 SGB IX aF, die bis zum 31.12.2017 galt.

<sup>10</sup> Bzw. der inhaltsgleichen Vorgängernorm des § 82 S. 2 SGB IX aF.

<sup>11</sup> Urt. v. 28.11.2018 – 1 Ca 1034/18 – n.v.

<sup>12</sup> Urt. v. 11.03.2020 – 5 Sa 414/18 –, juris.

<sup>13</sup> So schon zu § 82 S. 1 SGB IX aF LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 12.12.2013 – 26 TaBV 1164/13 –, juris.

<sup>14</sup> Vgl. etwa BAG, Urt. v. 01.07.2021 – 8 AZR 297/20 = NZA 2021, 1770 m.w.N.

Bewerberinnen mit einer Schwerbehinderung konsequent fort.<sup>15</sup> So hat das BAG schon in der Vergangenheit wiederholt entschieden, dass eine gänzlich unterbliebene Meldung freier Stellen gegenüber der Arbeitsagentur eine Benachteiligung gem. § 22 AGG indiziert.<sup>16</sup> Wenn der öffentliche Arbeitgeber sich zwar der Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit bedient, demgegenüber aber das vorgesehene förmliche Meldeverfahren<sup>17</sup> missachtet und so den Suchauftrag der Arbeitsagentur verhindert, steht dies wertungsmäßig einer unterbliebenen Meldung gleich. Auf ein schuldhaftes Handeln des öffentlichen Arbeitgebers bzw. dessen Beschäftigter kommt es dabei gerade nicht an.<sup>18</sup> Ist die Benachteiligung dann einmal indiziert, ist die Widerlegung durch den Arbeitgeber faktisch fast nicht möglich.<sup>19</sup> So können selbst vermeintlich marginale formelle Fehler im Rahmen der Durchführung des Bewerbungsverfahrens Entschädigungsansprüche zulasten des (öffentlichen) Arbeitgebers auslösen.

Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen des Stellenbesetzungsverfahrens – neben einer lückenlosen Dokumentation<sup>20</sup> – penibel auf ein sorgfältig durchgeführtes Verfahren nach § 165 S. 1 SGB IX gegenüber der Arbeitsagentur zu achten, um sich nicht dem Risiko auszusetzen, von unterlegenen Bewerberinnen oder Bewerbern mit einer Schwerbehinderung auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Anspruch genommen zu werden. Insoweit könnte hier zukünftig insbesondere die Frage

<sup>15</sup> Bewerber bzw. Bewerberinnen mit einer Behinderung, jedoch ohne Schwerbehinderung gem. § 2 Abs. 2 SGB IX und ohne Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX, können sich nicht auf die Indizwirkung bei einem Verstoß gegen § 165 SGB IX berufen, vgl. bereits BAG, Ur. v. 27.01.2011 – 8 AZR 580/09 = NZA 2011, 737.

<sup>16</sup> Vgl. BAG, Ur. v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07 = NZA 2009, 728 m.w.N.; Ur. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/2008 = NZA 2011, 153.

<sup>17</sup> Zu melden sind die Aufgaben- und Tätigkeitsbeschreibung, notwendige Qualifikation der Bewerber, persönliche Anforderungen, Vergütungshöhe bzw. Eingruppierung und eine etwaige Befristung, vgl. *Rolfs* in *ErfK*, 23. Aufl. 2023, § 165 SGB IX Rn. 2.

<sup>18</sup> Vgl. BAG, Ur. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/2008 = NZA 2011, 153.

<sup>19</sup> Instrukтив hierzu BAG, Ur. v. 23.01.2020 – 8 AZR 484/18 = BAGE 169, 302.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu BAG, Ur. v. 29.04.2021 – 8 AZR 279/20 = NZA 2021, 1553.

in den Fokus rücken, bis zu welchem Zeitpunkt die Meldung an die Arbeitsagentur noch „frühzeitig“ im Sinne des § 165 S. 1 SGB IX erfolgt ist. Dieser unbestimmte Begriff ist bislang nicht weiter durch die Rechtsprechung konkretisiert worden. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Vorlaufzeit mindestens eine Woche vor der Bekanntmachung der Ausschreibung betragen muss, damit die Arbeitsagentur den entsprechenden Vorlauf für die Erarbeitung von Vermittlungsvorschlägen hat.<sup>21</sup> Eine nicht mehr „frühzeitige“ Meldung an die Agentur für Arbeit könnte im Hinblick auf die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung dann ebenfalls ein Indiz für die Benachteiligung von Bewerberinnen und Bewerbern mit einer Schwerbehinderung darstellen.

## II. EuGH: Keine Verjährung des Urlaubsanspruchs bei Verstoß gegen Initiativlast

Das wohl wichtigste individualarbeitsrechtliche Urteil des Jahres 2022 wurde in Luxemburg auf dem Gebiet des Urlaubsrechts gefällt. Die Entscheidung des EuGH vom 22. September<sup>22</sup> hat bereits deswegen eine extreme Praxisrelevanz, weil sie faktisch alle Beschäftigten des öffentlichen Dienstes<sup>23</sup> bezüglich ihrer Urlaubsansprüche betrifft.

### 1. Sachverhalt

Die Klägerin stand vom 1. November 1996 bis zum 31. Juli 2017 in einem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten. Pro Kalenderjahr hatte sie einen Anspruch auf Erholungsurlaub an 24 Arbeitstagen. In den Jahren 2012 bis 2017 nahm die Klägerin ihren gesetzlichen Mindesturlaub nicht vollständig in Anspruch. Der Beklagte forderte die Klägerin weder auf, weiteren Urlaub zu nehmen, noch wies er darauf hin, dass nicht beantragter Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungs-

<sup>21</sup> Vgl. *Düwell* in *Dau/Düwell/Joussen/Luik*, Sozialgesetzbuch IX, 6. Aufl. 2022, § 165 Rn. 5 m.w.N.

<sup>22</sup> C 120/21 = NZA 2022, 1326.

<sup>23</sup> Vgl. insoweit hinsichtlich Beamter *Gallner* in *ErfK*, 23. Aufl. 2023, § 1 BUrlG Rn. 6d m.w.N.; a.A. allerdings bezüglich Lehrkräfte: *VG Gelsenkirchen*, Ur. v. 25.05.2022 – 1 K 4290/20 = ZBR 2022, 354.

zeitraums nach § 7 Abs. 3 BUrlG<sup>24</sup> verfallen könne.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhob die Klägerin im Februar 2018 Klage und forderte unter Berufung auf § 7 Abs. 4 BUrlG die Abgeltung der nicht genommenen Urlaubstage der vergangenen Jahre. Hinsichtlich der Abgeltung der Urlaubsansprüche der Jahre 2013 und 2014 stellte sich insoweit die Frage, ob vor der gerichtlichen Geltendmachung Verjährung gem. §§ 194 ff. BGB<sup>25</sup> eingetreten war.

## 2. Verfahrensgang

Das ArbG Solingen verurteilte den Beklagten zur Abgeltung restlichen Urlaubs aus dem Jahr 2017 und wies die Klage im Übrigen ab.<sup>26</sup> Das LAG Düsseldorf änderte im Berufungsverfahren das erstinstanzliche Urteil ab und verurteilte den Beklagten, gegenüber der Klägerin Urlaubstage aus den Jahren 2013 bis 2016 mit 17.376,64 Euro abzugelten.<sup>27</sup> Mit der Revision zum BAG begehrte der Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Das BAG ersuchte daraufhin bezüglich der Abgeltung der Urlaubsansprüche der Jahre 2013 und 2014 im Jahr 2019 den EuGH um Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV<sup>28</sup> über die Frage, ob das EU-Recht die Verjährung des Urlaubsanspruchs nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist gestattet, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht durch

entsprechende Aufforderung und Hinweise tatsächlich in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch auszuüben.<sup>29</sup> Eine derartige, europarechtlich gebotene Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers hatte der EuGH bereits im Rahmen der Entscheidung in Sachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* aus dem Jahr 2018 statuiert.<sup>30</sup>

Vor diesem Hintergrund stellte das BAG fest, dass den Arbeitgeber in richtlinienkonformer Auslegung von § 7 Abs. 3 BUrlG die Initiativlast bei Verwirklichung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs treffe.<sup>31</sup> Wenn der Arbeitgeber der Initiativlast nicht nachkomme, verfallende der Urlaubsanspruch nicht. Nach den §§ 194ff. BGB unterlägen Ansprüche im deutschen Recht demgegenüber der Verjährung. Dabei beträgt die Verjährungsfrist gem. § 195 BGB regelmäßig drei Jahre und beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Ende des Kalenderjahres zu laufen, in dem der Anspruch entsteht und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Es sei daher fraglich, ob der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers bei unterbliebener Initiative des Arbeitgebers in Anbetracht der EuGH-Rechtsprechung dennoch verjähren könne.<sup>32</sup>

Für die Möglichkeit der Verjährung sprach etwa, dass der EuGH in der Vergangenheit die zeitliche Begrenzung des Urlaubsanspruchs im nationalen Recht bereits im Zusammenhang mit dauerhafter Erkrankung anerkannt hat.<sup>33</sup> Zudem erlaubt der Grundsatz der Verfahrenautonomie es den EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich auch, Rechtsfrieden durch ent-

<sup>24</sup> Bundesurlaubsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 800-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 3 Abs.3 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist.

<sup>25</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 7. November 2022 (BGBl. I S. 1982) geändert worden ist.

<sup>26</sup> Urt. v. 19.02.2019 – 3 Ca 155/18 – , juris.

<sup>27</sup> Urt. v. 21.02.2020 – 10 Sa 180/19 = NZA-RR 2020, 576.

<sup>28</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013.

<sup>29</sup> BAG, EuGH-Vorlage v. 29.09.2020 – 9 AZR 266/20 (A) = BAGE 172, 337.

<sup>30</sup> Urt. v. 06.11.2018 – C-684/16 = NZA 2018, 1474.

<sup>31</sup> BAG, EuGH-Vorlage v. 29.09.2020 – 9 AZR 266/20 (A) = BAGE 172, 337; s. auch BAG, Urt. v. 19.02.2019 – 9 AZR 423/16 = BAGE 165, 376.

<sup>32</sup> BAG, EuGH-Vorlage v. 29.09.2020 – 9 AZR 266/20 (A) = BAGE 172, 337.

<sup>33</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.2011 – C-214/10 (*KHS*) = NZA 2011, 1333.

sprechende Verjährungsregeln zu schaffen.<sup>34</sup> Gegen die Möglichkeit der Verjährung sprach insbesondere das drohende Unterlaufen der Zielsetzung der EuGH-Rechtsprechung in Sachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, wonach die Sicherheit und der Schutz des Arbeitnehmers über die tatsächliche Ruhezeit in Form des Urlaubs gewährleistet werden soll.<sup>35</sup> Zudem würde bei der Möglichkeit der Verjährung konterkariert, dass der Arbeitgeber die negativen Folgen der unterbliebenen Initiative tragen soll.<sup>36</sup>

Der für das Verfahren zuständige Generalanwalt beim EuGH vertrat im Rahmen seiner Schlussanträge im Mai 2022 die Auffassung, dass bei einem Verstoß gegen die Mitwirkungsobliegenheit keine Verjährung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub folgen könne.<sup>37</sup> Zur Begründung führte er maßgeblich den europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz an, wonach eine innerstaatliche Rechtsordnung die Ausübung der durch das EU-Recht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen bzw. übermäßig erschweren darf.<sup>38</sup> Der Arbeitnehmer könne den EU-rechtlich garantierten Urlaubsanspruch nur dann tatsächlich verwirklichen, wenn der Arbeitgeber ihn zuvor angemessen und vollständig darüber informiert hat, wieviel Urlaub zur Verfügung steht. Dementsprechend sei eine europarechtskonforme Auslegung des deutschen (Verjährungs-)Rechts dahingehend vorzunehmen, dass die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen könne, solange der Arbeitgeber seiner Mitwirkungsobliegenheit durch einen entsprechenden Hinweis auf den drohenden Verfall des Urlaubsanspruchs nicht nachgekommen sei.

<sup>34</sup> Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 19.06.2014 – C-501/12 bis C-506/12, C-540/12 und C-541/12 (*Bulicke*) = NZA 2014, 831 und zu Verjährungsfristen EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-500/16 (*Caterpillar Financial Services*) = BFH/NV 2018, 319.

<sup>35</sup> EuGH, Urt. v. 06.11.2018 – C-684/16 = NZA 2018, 1474.

<sup>36</sup> EuGH Urt. v. 25.06.2020 – C-762/18 und C-37/19 (*Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*) = NZA 2020, 1001 m.w.N.

<sup>37</sup> Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH Richard De la Tour i.S. C-120/21 v. 05.05.2022 = EWIR 2022, 376.

<sup>38</sup> Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 10.02.2022 – C-219/20 (*Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*) = NZA 2022, 399 m.w.N.

### 3. Entscheidungsgründe

Dieser Auffassung schloss sich der EuGH an. So dürfe der Arbeitgeber über das Verjährungsrecht nicht in die Lage versetzt werden, seine Versäumnisse im Rahmen der Initiativlast zu seinem Vorteil zu nutzen. Andernfalls werde im Ergebnis ein Verhalten akzeptiert, das zu einer unrechtmäßigen Bereicherung des Arbeitgebers führe und dem mit Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie<sup>39</sup> angestrebten Zweck widerspreche, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen. Ein schützenswertes Interesse vor der Konfrontation mit Anträgen auf Urlaub bzw. dessen finanzielle Abgeltung für nicht genommenen Jahresurlaub existiere demgegenüber dann nicht mehr, wenn der Arbeitgeber durch die Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit selbst diese Situation verursacht habe und hieraus zulasten des Arbeitnehmers Nutzen ziehen könne.

### 4. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung kommt nach der in Sachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*<sup>40</sup> eingeschlagenen Stoßrichtung des EuGH und dem damit verbundenen weitestgehenden Arbeitnehmerschutz in Fragen des Urlaubsrechts nicht überraschend. Die Situation wird für Arbeitgeber dadurch verschärft, dass der EuGH am selben Tag in zwei weiteren Vorabentscheidungen geurteilt hat, dass sich im Lichte von Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie die Mitwirkungsobliegenheit ebenfalls auf Situationen erstreckt, in denen der Arbeitnehmer voll erwerbsgemindert wird oder dauerhaft erkrankt, wenn er im Kalenderjahr zuvor noch tatsächlich gearbeitet hat.<sup>41</sup> In einem solchen Fall erlösche der Urlaubsanspruch dieses

<sup>39</sup> RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

<sup>40</sup> EuGH, Urt. v. 06.11.2018 – C-684/16 = NZA 2018, 1474.

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 22.09.2022 – C-518/20 (*Fraport*) und C-727/20 = NZA 2022, 1323.

Jahres bei Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit nicht – wie im deutschen Recht vorgesehen<sup>42</sup> – nach einem Übertragungszeitraum von 15 Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres.

Das BAG hat die Vorgaben des EuGH aus den Vorabentscheidungsverfahren unverzüglich umgesetzt. Hinsichtlich der Frage nach der Verjährung des Urlaubsanspruchs knüpft das BAG mit Urteil vom 20. Dezember 2022 dogmatisch an § 199 Abs. 1 BGB an, indem das Gericht festhält, dass die dreijährige Verjährungsfrist erst am Ende des Kalenderjahres in Gang gesetzt wird, in dem der Arbeitgeber seiner Mitwirkungsobliegenheit nachkommt.<sup>43</sup> Bezüglich des Verfalls von Urlaub aus gesundheitlichen Gründen hat das BAG mit Urteil vom selben Tag in richtlinienkonformen Auslegung des § 7 Abs. 1 und Abs. 3 BUrlG festgehalten, dass die 15-Monatsfrist dann für das Jahr nicht zum Tragen kommt, in dem der Arbeitnehmer erkrankt, sofern er in diesem Jahr zuvor tatsächlich gearbeitet hat und der Arbeitgeber bis zum Eintritt der Erkrankung nicht seiner Mitwirkungsobliegenheit nachgekommen ist.<sup>44</sup>

Die Auswirkungen der Entscheidungen des EuGH und ihnen folgend des BAG sind für die Praxis enorm. So kommt die Verjährung von Urlaubsansprüchen bei Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit aus Sicht des EuGH anscheinend niemals in Betracht, sofern der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheit nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Dies dürfte zumindest bis zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Arbeitszeitrichtlinie am 2. August 2004 rückwirken und damit potenziell eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen betreffen. Grundsätzlich ist hiervon auch vertraglich bzw. tarifvertraglicher Mehrurlaub umfasst.<sup>45</sup> Darü-

ber hinaus wird die bislang einheitlich anzuwendende Regelung für den Verfall von Urlaubsansprüchen bei Dauererkrankungen zum Ablauf des 31. März des zweiten Folgejahres nunmehr durchbrochen, was zu einer weiteren Zerfaserung des Rechts und letztlich zu einem höheren arbeitgeberseitigen Verwaltungsaufwand hinsichtlich der unterschiedlichen Konstellationen führen wird.

Es scheint, als habe der EuGH mit seiner Rechtsprechung die Quadratur des Kreises geschaffen: Vor dem Hintergrund, dass die Mitwirkungsobliegenheit dazu dienen soll, den Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage zu versetzen, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, macht die Information über den drohenden Verfall des Jahresurlaubs im Grunde nur dann Sinn, wenn dieses Szenario zum Jahresende näher rückt. Zugleich ist der Arbeitgeber jedoch nunmehr schon zu Beginn des Kalenderjahres gehalten, der Obliegenheit nachzukommen, damit er auch solche Beschäftigten erfasst, die im laufenden Jahr dauerhaft erkranken; zu einem Zeitpunkt, zu dem für den Arbeitnehmer noch keinerlei Handlungsbedarf besteht und ein entsprechender Hinweis des Arbeitgebers mit Blick auf den bezweckten Arbeitnehmerschutz sinnlos ist.

In Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH ist öffentlichen Arbeitgebern nun dringend zu raten, im Wege einer Bestandsaufnahme zu ermitteln, ob und in welchem Ausmaß Urlaubsansprüche von Beschäftigten aus vergangenen Jahren existieren, die mangels Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheit nicht verfallen und verjährt sind. Sofern und soweit solche Ansprüche existieren, sollte die Mitwirkungsobliegenheit im aktuellen Urlaubsjahr zügig nachgeholt werden, um zu verhindern, dass der Urlaub zukünftig fortgeschrieben wird und sich in den Folgejahren weiter kumuliert.<sup>46</sup> Hierfür muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer individuell mitteilen, wie viele Urlaubstage bestehen, ihn – erforderlichenfalls förmlich – dazu anhalten, den Urlaub zu nehmen und ihn auf den drohenden Verfall zum Ablauf des Kalenderjahres oder

<sup>42</sup> Vgl. etwa BAG, Urt. v. 07.08.2012 – 9 AZR 353/10 = BAGE 142, 371.

<sup>43</sup> 9 AZR 266/20, bislang nur verfügbar als PM 48/22 unter <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/verjaehrung-von-urlaubsanspruechen-2/>, zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

<sup>44</sup> 9 AZR 245/19, bislang nur verfügbar als PM 47/22 unter <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/verfall-von-urlaub-aus-gesundheitlichen-gruenden/>, zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

<sup>45</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 19.02.2019 – 9 AZR 541/15 = NZA 2019, 982.

<sup>46</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 19.02.2019 – 9 AZR 423/16 = BAGE 165, 376.

anderweitigen Übertragungszeitraums hinweisen.<sup>47</sup>

Unabhängig hiervon hat das BAG zwischenzeitlich am 31.01.2023 entschieden, dass Abgeltungsansprüche ehemaliger Beschäftigter, deren Urlaub wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann, auch dann der dreijährigen Regelverjährung unterliegen, wenn der Arbeitgeber zuvor nicht seiner Mitwirkungsobliegenheit nachgekommen ist.<sup>48</sup> Ferner hat das BAG am selben Tag festgestellt, dass derartige Abgeltungsansprüche bei dem Verstoß gegen die Mitwirkungsobliegenheit ebenfalls verfallen können, sofern entsprechende tarifliche Ausschlussfristen vorliegen.<sup>49</sup>

In beiden Entscheidungen argumentiert das BAG dahingehend, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Mitwirkungsobliegenheit bei der Inanspruchnahme von Urlaub nicht einschlägig sei, da die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Einschnitt darstelle, mit der die strukturell schwächere Stellung des Arbeitnehmers und demzufolge gleichsam seine Schutzbedürftigkeit ende. In Anbetracht dieser Argumentation sah das BAG anscheinend keine Notwendigkeit, entsprechende Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH einzuleiten. Ob der EuGH jedoch im Hinblick auf seinen arbeitnehmerfreundlichen Kurs des EuGH in Fragen des Urlaubsrechts diese Auffassung des BAG geteilt hätte, erscheint zumindest zweifelhaft.

### III. BAG: Pflicht zur lückenlosen Arbeitszeiterfassung

Für großes Aufsehen sorgte auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes der Beschluss des BAG vom 13. September 2022<sup>50</sup> bezüglich der

Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung. Nachdem der deutsche Gesetzgeber hier über Jahre untätig geblieben war, hat die Rechtsprechung nunmehr Fakten geschaffen.

#### 1. Sachverhalt

Die Arbeitgeberinnen eines gemeinsamen Betriebs verhandelten mit dem dort gebildeten Betriebsrat unter anderem über die Einführung einer Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeiterfassung. Von der Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems im Betrieb nahmen die Arbeitgeberinnen sodann Abstand. Nach Einsetzung einer Einigungsstelle durch das Arbeitsgericht Minden auf Antrag des Betriebsrats rügten die Arbeitgeberinnen deren Zuständigkeit mangels Bestehens eines Mitbestimmungsrechts. Daraufhin wurde das Einigungsstellenverfahren bis zur gerichtlichen Klärung ausgesetzt, ob ein derartiges Recht des Betriebsrats bestehe. Der Betriebsrat leitete daher vor dem ArbG Minden ein Beschlussverfahren gerichtet auf die sinngemäße Feststellung ein, dass er ein Initiativrecht zur Einführung und Verwendung eines elektronischen Systems zur Arbeitszeiterfassung im Betrieb habe.

#### 2. Entscheidungsgründe

In erster Instanz wies das ArbG Minden den Antrag als unbegründet zurück.<sup>51</sup> Das LAG Hamm gab der hierauf gerichteten Beschwerde des Betriebsrats statt.<sup>52</sup> Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberinnen stellte das BAG die erstinstanzliche Entscheidung wieder her.

Das BAG vertrat dabei die Auffassung, dass ein Initiativrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 BetrVG<sup>53</sup> deshalb nicht bestehe, weil

<sup>47</sup> Vgl. BAG, a.a.O.

<sup>48</sup> 9 AZR 456/20, bislang nur verfügbar als PM 5/23 unter <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/-urlaubsabgeltung-verjaehrung/>, zuletzt abgerufen am 01.02.2023.

<sup>49</sup> 9 AZR 244/20, bislang nur verfügbar als PM 6/23 unter <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/-urlaubsabgeltung-tarifvertragliche-ausschlussfrist/>, zuletzt abgerufen am 01.02.2023.

<sup>50</sup> 1 ABR 22/21 = NZA 2022, 1616.

<sup>51</sup> Beschl. v. 15.09.2020 – 2 BV 8/20 –, juris.

<sup>52</sup> Beschl. v. 27.07.2021 – 7 TaBV 79/20 = NZA-RR 2021, 602.

<sup>53</sup> Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 6d des Gesetzes vom 16. September 2022 (BGBl. I S. 1454) geändert worden ist.

den Arbeitgeber bereits die gesetzliche Pflicht treffe, ein Arbeitszeiterfassungssystem einzuführen. Bei Vorliegen einer – abschließenden – gesetzlichen Regelung in diesem Bereich, bleibe für ein Recht des Betriebsrats, die initiale Einführung einer elektronischen Zeiterfassung zu fordern, kein Raum. Insofern folge die entsprechende Regelung aus der richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts anhand von Art. 3, 5 und 6 lit. b) der Arbeitszeitrichtlinie<sup>54</sup>, wonach die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen müssen, um bei einer Obergrenze von 48 Stunden wöchentlicher Arbeitszeit gewisse tägliche und wöchentliche Mindestruhezeiten für Arbeitnehmer sicherzustellen. Hierbei seien die Vorgaben des EuGH aus der Entscheidung in Sachen CCOO zu berücksichtigen.<sup>55</sup>

In diesem Vorabentscheidungsverfahren hatte der EuGH im Jahr 2019 geurteilt, dass die Mitgliedstaaten insbesondere zur Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit der Arbeitszeitrichtlinie und damit der Gewährleistung des Arbeitnehmerschutzes die Arbeitgeber zwingend verpflichten müssten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Messung – dies umfasst die Erfassung und Aufzeichnung – der täglichen Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers einzuführen. Dieses Ergebnis werde auch durch die allgemeinen Vorgaben der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie<sup>56</sup> gestützt, wonach die Mitgliedstaaten und Arbeitgeber verpflichtet seien, eine Organisation und die erforderlichen Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Es sei insoweit Aufgabe der nationalen Gesetzgeber die konkreten rechtlichen Vorgaben zur Umsetzung eines derartigen Systems zu schaffen. In diesem Zusammenhang sei eine gesetzliche Verpflichtung, wonach lediglich die gearbeiteten Überstunden

zu dokumentieren seien (wie etwa im deutschen Arbeitsschutzrecht in § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG<sup>57</sup> vorgesehen), jedoch nicht ausreichend.

Laut BAG folge vor dem Hintergrund dieser EuGH-Rechtsprechung die gesetzliche Pflicht zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit nicht aus § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG. Schon der Wortlaut der Norm, die den Sonderfall der Aufzeichnung von Überstunden regelt, stehe einer solchen Annahme entgegen. Gleiches gelte im Hinblick auf Systematik und Regelungszusammenhang, wonach es im deutschen Recht diverse Regelungen gebe, welche die vollständige Arbeitszeiterfassung in Sonderfällen regeln würden und deren Existenz sinnlos wäre, wenn § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG bereits eine solch umfassende Pflicht statuieren würde. Für eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG auf die gesamte Arbeitszeit mangle es an einer planwidrigen Regelungslücke.

Anknüpfungspunkt für die gesetzliche Pflicht zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit sei zum jetzigen Zeitpunkt stattdessen die Generalnorm des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG<sup>58</sup>, wonach der Arbeitgeber zur Durchführung der Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten für eine geeignete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen hat. Dies gebiete die richtlinienkonforme Auslegung der Norm. Der weitgefasste Wortlaut der Norm stehe einer derartigen Auslegung nicht entgegen. Es entspreche vielmehr dem Willen des Gesetzgebers, der sich bei der Formulierung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG eng am Wortlaut der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie ausgerichtet habe, einen Gleichlauf zwischen dem europarechtlichen und dem nationalen Verständnis des Begriffs der erforderlichen Maßnahme des Arbeitsschutzes zu erzielen. In Anbetracht dessen gehe die durch die EuGH-

<sup>54</sup> RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

<sup>55</sup> Urt. v. 14.05.2019 – C-55/18 = NZA 2019, 683; anders noch LAG München, Beschl. v. 11.07.2022 – 4 TaBV 9/22 –, juris.

<sup>56</sup> RL 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, dort Art. 4 Abs. 1 und 6 Abs. 1.

<sup>57</sup> Arbeitszeitgesetz vom 6. Juni 1994 (BGBl. I S. 1170, 1171), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3334) geändert worden ist.

<sup>58</sup> Arbeitsschutzgesetz vom 7. August 1996 (BGBl. I S. 1246), das zuletzt durch Artikel 6k des Gesetzes vom 16. September 2022 (BGBl. I S. 1454) geändert worden ist.

Rechtsprechung anerkannte Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Arbeitszeiterfassungssystems, die unter anderem aus der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie folge, gleichzeitig in § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG auf. Ferner handele es sich bei den Vorgaben des ArbZG nicht um abschließende Spezialregelungen, sodass Aspekte der Arbeitszeit zugleich im ArbZG und im ArbSchG geregelt sein könnten. Ebenso könne aus der Existenz der speziellen Regelung des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Pflicht zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit bei richtlinienkonformer Auslegung nicht aus der Generalnorm des ArbSchG entspringen könne.

Über diese Feststellungen bezüglich des „Ob“ der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, dogmatisch angeknüpft an § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG, hinaus klärte das BAG im Rahmen der Entscheidung zugleich Fragen hinsichtlich des „Wie“ der Zeiterfassung, die gültig seien, solange der deutsche Gesetzgeber keine anderweitigen konkreten Regelungen treffe. So müsse die Zeiterfassung nicht zwangsläufig elektronisch geschehen, sondern könne – je nach Tätigkeit und Unternehmensgröße – in Papierform erfolgen. Zudem sei für den Arbeitgeber grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet, die Aufgabe der Aufzeichnung der Arbeitszeiten auf die Arbeitnehmer zu übertragen. Allerdings müssten bei Auswahl und Ausformung eines jeden konkreten Arbeitszeiterfassungssystems stets die maßgeblichen Aspekte der Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer entscheidungsleitend sein, die nicht hinter ausschließlich wirtschaftliche Abwägungen zurücktreten dürften.

### 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Manche Verfahren gewinnt man und steht doch als Verlierer da. So lässt sich das Resultat der Entscheidung des BAG aus Arbeitgebersicht zusammenfassen, mit der das Gericht mittels – dogmatisch bemerkenswert angeknüpften – Rückgriffs auf die General-

norm des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG die flächendeckende<sup>59</sup> arbeitgeberseitige Pflicht zur vollumfänglichen Arbeitszeiterfassung definiert hat. Überraschend ist dieses Ergebnis gleichwohl im Lichte der Entscheidung in Sachen CCOO<sup>60</sup> nicht. Dort hatte der EuGH mehr als drei Jahre zuvor den Mitgliedstaaten aufgegeben, gesetzlich dafür Sorge zu tragen, den Arbeitgebern die Pflicht aufzuerlegen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Erfassung und Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit einzuführen. Hier war der Gesetzgeber trotz des eindeutigen Regelungsauftrags bislang weitgehend untätig geblieben. Nun hat die Rechtsprechung den Gesetzgeber überholt, das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat daraufhin zwischenzeitlich angekündigt, „*voraussichtlich im ersten Quartal 2023 [...] einen praxistauglichen Vorschlag für die Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung im Arbeitszeitgesetz [zu] machen.*“<sup>61</sup>

Bis zum In-Kraft-Treten des reformierten Arbeitszeitgesetzes wird allerdings noch sicherlich geraume Zeit vergehen. So lange gelten die Vorgaben des BAG. Seit dem Tag der Beschlussverkündung am 13. September 2022 sind dementsprechend Arbeitgeber, auch und gerade solche der öffentlichen Hand, zur Erfassung und Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeit ihrer Beschäftigten verpflichtet. Öffentliche Arbeitgeber sollten dementsprechend nachvollziehen, in welchen Bereichen gegebenenfalls bislang keine (vollumfängliche) Arbeitszeiterfassung erfolgt ist und hier schnellstmöglich nachjustieren. Zwar drohen bei einer Zuwiderhandlung derzeit keine straf- oder ordnungsrechtlichen Sanktionen in Form eines Bußgeldes, da die entsprechenden Regelungen des ArbSchG eine Zuwiderhandlung gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1

<sup>59</sup> In speziellen Bereichen existierten bereits vor der Entscheidung Dokumentationspflichten bezüglich der Arbeitszeiterfassung, vgl. etwa § 21a Abs. 7 S. 1 ArbZG, § 17 Abs. 1 MiLoG oder § 8 Offshore-ArbZV.

<sup>60</sup> EuGH, Urt. v. 14.05.2019 – C-55/18 = NZA 2019, 683.

<sup>61</sup> Fragen und Antworten zur Arbeitszeiterfassung vom 7. Dezember 2022, verfügbar unter <https://www.bmas.de/DE/Arbeit/Arbeitsrecht/Arbeitnehmerrechte/Arbeitszeitschutz/Fragen-und-Antworten/faq-arbeitszeiterfassung.html>, zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

nicht unmittelbar erfassen.<sup>62</sup> Jedoch dürfen öffentliche Arbeitgeber schon wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht gegen die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung verstoßen, von der katastrophalen Außenwirkung im Rahmen der öffentlichen Wahrnehmung in einem solchen Fall ganz zu schweigen. Ein negatives Arbeitgeberimage kann sich schließlich in Zeiten der steigenden Bedeutung eines „Employer Branding“ und der stetig zunehmenden Personalverknappung kein öffentlicher Arbeitgeber leisten.

Unabhängig hiervon sind momentan noch diverse Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung in der Schwebe. So ist bezüglich des „Wie“ der Zeiterfassung unklar, in welchen Fällen von einer elektronischen Zeiterfassung abgesehen werden und die Dokumentation der Arbeitszeiten in Papierform erfolgen kann. Die Ausführungen des BAG sind wohl insoweit dahingehend zu verstehen, dass letzteres nur im Ausnahmefall geschehen soll. Öffentliche Arbeitgeber werden sich eher nicht hierauf berufen können. Zudem erscheint zweifelhaft, ob durch die Dokumentation in Papierform tatsächlich die vom EuGH definierte Anforderung, ein verlässliches System zur Arbeitszeiterfassung zu schaffen, erfüllt werden kann. Ebenso erscheint es vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Arbeitszeiterfassung um eine Form des Arbeitnehmerschutzes handelt, zu dem der Arbeitgeber öffentlich-rechtlich verpflichtet ist,<sup>63</sup> zumindest kurios, wenn nun nach Auffassung des BAG eine Abwälzung dieser Pflicht mittels Delegation auf den Arbeitnehmer möglich sein soll. Ferner ist unklar, ob der Beschäftigte, in dessen Fall es nicht zur vorgegebenen Arbeitszeiterfassung gekommen ist, gegebenenfalls Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Nebenpflicht aus § 618 BGB geltend machen kann, der durch § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG konkretisiert wird.<sup>64</sup> Mit Blick auf den Arbeitnehmerdatenschutz stellt sich bei der

Verwendung elektronischer Zeiterfassungssysteme die Frage, wie eine – unzulässige<sup>65</sup> – lückenlose technische Überwachung bei vollumfänglicher Erfassung der Arbeitszeit samt Pausen verhindert werden kann. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber durch die angekündigte Reform des ArbZG zügig und erschöpfend für Rechtssicherheit sorgt.

Höchstrichterlich scheint indes geklärt zu sein, dass die Verletzung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ihrerseits keine Auswirkung auf die übliche Darlegungs- und Beweislast im Rahmen von Lohnklagen haben dürfte. Hier steht der Arbeitnehmer in der Pflicht, den Nachweis zu führen, dass er die Arbeit verrichtet hat, für die Lohn verlangt wird, selbst wenn der Arbeitgeber insofern gegen Dokumentationspflichten bezüglich der Arbeitszeit verstoßen hat. Dies hat das BAG vor kurzem noch in einem Überstundenvergütungsprozess unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die EuGH-Entscheidung in Sachen CCOO<sup>66</sup> festgestellt.<sup>67</sup>

#### IV. BVerfG: Keine Berufung des öffentlichen Arbeitgebers auf Tarifautonomie

Das BVerfG hatte im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde darüber zu entscheiden, ob sich mit dem Land Berlin eine juristische Person des öffentlichen Rechts auf verfassungsrechtlicher Ebene auf die durch Art. 9 Abs. 3 GG vermittelte Tarifautonomie berufen kann. Im Zuge des Nichtannahmebeschlusses vom 4. Oktober 2022<sup>68</sup> erteilte das Gericht dem Land diesbezüglich eine klare Absage.

##### 1. Sachverhalt

In den arbeitsgerichtlichen Verfahren, die der Verfassungsbeschwerde vorausgegangen waren, stritt das Land Berlin mit zwei Beschäftigten der Serviceeinheit eines Amtsgerichts

<sup>62</sup> Vgl. §§ 25, 26 ArbSchG; anders bei Verstoß gegen die Pflicht aus § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG, vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG.

<sup>63</sup> Vgl. Roloff in ErfK, 23. Aufl. 2023, § 3 ArbSchG Rn. 1.

<sup>64</sup> Vgl. Roloff in ErfK, a.a.O.

<sup>65</sup> Vgl. hierzu BAG, Urt. v. 27.03.2003 – 2 AZR 51/02 = BAGE 105, 356.

<sup>66</sup> EuGH, Urt. v. 14.05.2019 – C-55/18 = NZA 2019, 683.

<sup>67</sup> BAG, Urt. v. 04.05.2022 – 5 AZR 359/21 = NZA 2022, 1267.

<sup>68</sup> 1 BvR 382/21 – , juris.

über deren Eingruppierung nach dem TV-L. Die Beschäftigten machten rückwirkend Ansprüche auf die Zahlung der Differenz zwischen der dem tatsächlich erhaltenen Entgelt der Entgeltgruppe 6 und dem begehrten Entgelt der Entgeltgruppen 9 bzw. 9a des TV-L geltend. Hiermit waren sie schließlich vor dem BAG erfolgreich, das ihnen im Jahr 2020 die begehrte Vergütung zusprach.<sup>69</sup>

Gegen die Urteile des BAG erhob das Land Berlin (und daneben die Tarifgemeinschaft Deutscher Länder – TdL) Verfassungsbeschwerde. Hierbei argumentierte das Land Berlin, dass es durch die Entscheidungen des BAG in seinem Grundrecht auf Koalitionsfreiheit verletzt sei. Da das Land Berlin bei Tarifverträgen auf der Ebene kollektiv ausgeübter Privatautonomie agiere, liege kein hoheitliches Handeln vor.

## 2. Entscheidungsgründe

Das BVerfG ließ das Land Berlin mit dieser Argumentation abblitzen, indem es die Verfassungsbeschwerde wegen Unzulässigkeit gar nicht erst zur Entscheidung annahm. Hinsichtlich des Landes Berlin fehle es insofern bereits an der erforderlichen Beschwerdebefugnis, also dem Erfordernis, wonach eine Grundrechtsverletzung zumindest möglich erscheinen muss.<sup>70</sup> So seien juristische Personen des öffentlichen Rechts in aller Regel nicht in der Lage, die Verletzung materieller Grundrechte geltend zu machen. Zwar handele das Land Berlin im Rahmen der Umsetzung des TV-L gegenüber seinen Beschäftigten privatrechtlich. Jedoch folge hieraus nicht, dass von dem Grundsatz der fehlenden Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts vorliegend abzuweichen sei. Das Land bilde zunächst im Zuge seines privatrechtlichen Handelns auf dem Gebiet des Arbeitsrechts keine autarke, vom Staat unabhängige oder zumindest distanzierte Einrichtung, die hinsichtlich eines konkreten Grundrechts schützenswert sei, was

<sup>69</sup> Urt. v. 09.09.2020 – 4 AZR 195/20 und 196/20 = BAGE 172, 130.

<sup>70</sup> Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09 = BVerfGE 149, 346 m.w.N.

etwa bei Rundfunkanstalten, Universitäten oder Kirchen der Fall ist. Darüber hinaus sei eine weitere Ausweitung der Grundrechtsfähigkeit auf juristische Personen des öffentlichen Rechts mit der Zielsetzung der Grundrechte nicht in Einklang zu bringen, dem Individuum Abwehrrechte gegen staatliches Handeln zu vermitteln. Im Endeffekt werde bei einer weiteren Ausweitung der Grundrechtsfähigkeit der Grundrechtsschutz zugunsten des Staates gegen die Bürgerinnen und Bürger gewendet und die Grundrechte somit zu Abwehrrechten der öffentlichen Hand selbst. Daher bleibe dem Staat – hier in Form des Landes Berlin – lediglich die Möglichkeit, sich auf der privatrechtlichen Ebene, also vor den Arbeitsgerichten, auf die durch Art. 9 Abs. 3 GG vermittelte Tarifautonomie zu berufen und im Einzelfall eine Überprüfung herbeizuführen.

## 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Selbst wenn es für das Land Berlin gute – wohl haushälterische – Gründe gab, das aus seiner Sicht negative Urteil des BAG mittels Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG anzugreifen, war dieses Vorgehen zum Scheitern bestimmt. Mit seiner Entscheidung stellt das BVerfG klar, dass dem Staat verfassungsrechtlich auf dem Gebiet des Tarifrechts keine Berufung auf Art. 9 Abs. 3 GG möglich ist. Die Norm bleibt hier in ihrem Kern ein Abwehrrecht der Bürgerinnen und Bürger gegen den Staat.

Dies bedeutet im Gegenzug nicht, dass sich tarifgebundene Einrichtungen des Staates wie Bund, Länder oder Kommunen niemals auf Verletzungen der Tarifautonomie berufen können. Es ist hierbei zwischen der verfassungs- und arbeitsrechtlichen Ebene zu unterscheiden.<sup>71</sup> Im letztgenannten Fall bleibt es juristischen Personen des öffentlichen Rechts unbenommen, eine Überprüfung der Tarifwerke anhand des Maßstabs von Art. 9 Abs. 3 GG im Rahmen gerichtlicher Verfahren in die Wege zu leiten. Dies geschieht vor den

<sup>71</sup> Vgl. *Linsenmaier* in *ErfK*, 23. Aufl. 2023, Art. 9 GG Rn. 54.

Arbeitsgerichten. Eine abschließende Entscheidung des BAG ist dabei zu akzeptieren, der Gang vor das BVerfG ist dann unter Bezugnahme auf Art. 9 Abs. 3 GG hingegen nicht mehr möglich.<sup>72</sup>

## V. EuGH: Kündigungsschutz in der Probezeit bei Beschäftigten mit einer Behinderung

Mit Urteil vom 10. Februar 2022<sup>73</sup> hat sich der EuGH zum europarechtlich gebotenen Schutzniveau in der Anfangszeit des Arbeitsverhältnisses hinsichtlich der Kündigung von Beschäftigten mit einer Behinderung positioniert. Zwar erging die Entscheidung im Rahmen des Ersuchens eines belgischen Gerichts und bindet zunächst bloß die mit dem Ausgangsverfahren befassten Gerichte.<sup>74</sup> Jedoch müssen auch die Gerichte der übrigen EU-Mitgliedstaaten die dort gebildeten Rechtsätze im Rahmen der Entscheidung entsprechender Sachverhalte achten.<sup>75</sup> Das Urteil des EuGH birgt insoweit gerade deshalb Sprengkraft, weil das deutsche Kündigungsrecht nur schwerlich mit den dort festgelegten Grundsätzen in Einklang gebracht werden kann.

### 1. Sachverhalt

Das beklagte belgische Eisenbahnstaatsunternehmen beschäftigte den Kläger als Facharbeiter für die Wartung und Instandhaltung der Schienenwege. Ab November 2016 startete seine Probezeit bei der „Infrastrukturbetreiberin“ der belgischen Eisenbahn. Noch während der Probezeit wurde bei dem Kläger im Dezember 2017 eine Herzerkrankung

diagnostiziert, aufgrund derer ihm ein Herzschrittmacher implantiert werden musste, der sensibel auf elektromagnetische Felder reagiert. Weil der Herzschrittmacher nicht wiederholt solchen Feldern ausgesetzt werden durfte, die im Rahmen der Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten auf Schienenwegen vorkommen, war der Kläger ab diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage dem Tätigkeitsbereich nachzukommen, für den er ursprünglich eingestellt worden war. Darüber hinaus wurde dem Kläger eine Schwerbehinderung attestiert.

Das beklagte Eisenbahnunternehmen beschäftigte den Kläger daraufhin zunächst als Mitarbeiter im Lager weiter. Wenig später wurde dem Kläger jedoch noch während der laufenden Probezeit im September 2018 mitgeteilt, dass er aus dem Arbeitsverhältnis entlassen werde, da es ihm endgültig unmöglich sei, die Aufgaben zu erfüllen, für die er ursprünglich eingestellt worden sei.

Gegen diese Entscheidung klagte der Kläger vor dem belgischen Staatsrat auf Nichtigkeitserklärung. Das Gericht ersuchte daraufhin den EuGH um Vorabentscheidung im Hinblick auf Art. 5 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie.<sup>76</sup> Dort ist insbesondere geregelt, dass der Arbeitgeber angemessene Vorkehrungen treffen muss, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, indem er die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung die Ausübung eines Berufes zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden ihn unverhältnismäßig belasten. Das Gericht wollte dabei wissen, ob die Regelung vorgebe, dass der Begriff der angemessenen Vorkehrungen ebenfalls umfasse, den Arbeitnehmer – auch denjenigen, der nach seiner Einstellung eine Probezeit absolviert – auf einer anderen Stelle einzusetzen, für die er die notwendige Kompetenz, Fähigkeit und Verfügbarkeit aufweise, wenn er wegen seiner Behinderung unge-

<sup>72</sup> Bei der Verletzung rechtlichen Gehörs durch die Arbeitsgerichte im Rahmen einer tarifrechtlichen Streitigkeit käme hingegen auf Grundlage von Art. 103 Abs. 1 GG weiterhin eine Verfassungsbeschwerde auch einer juristischen Person des öffentlichen Rechts in Betracht, vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.10.2022 – 1 BvR 382/21 –, juris bei Rn. 8.

<sup>73</sup> C-485/20 (*HR Rail*) = NZA 2022, 335.

<sup>74</sup> Vgl. EuGH, Ur. v. 24.06.1969 – 29/68 = Slg 15, 165.

<sup>75</sup> Vgl. hierzu Heiderhoff, *Europäisches Privatrecht*, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 182 ff.; *Staudinger* in Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, 5. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 62.

<sup>76</sup> RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

eignet wird, die maßgeblichen Tätigkeiten an seinem bisherigen Arbeitsplatz zu erfüllen.

## 2. Entscheidungsgründe

Der EuGH betonte zunächst die Zielsetzung der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, wonach sichergestellt werden soll, dass jede Person in Beschäftigung und Beruf gleichbehandelt wird, indem ein wirksamer Schutz vor Diskriminierungen unter anderem wegen einer Behinderung gewährleistet ist. Hierfür habe der Arbeitgeber nach Art. 5 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie geeignete und erforderliche Maßnahmen zu ergreifen. Aus der nicht abschließenden Aufzählung im 20. Erwägungsgrund der Richtlinie ergebe sich insofern, dass es sich bei geeigneten und erforderlichen Maßnahmen um solche wirksamen und praktikablen Maßnahmen dahingehend handele, den Arbeitsplatz der Behinderung des Arbeitnehmers entsprechend einzurichten und auszugestalten. Die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes habe dementsprechend Vorrang gegenüber anderen Maßnahmen zur Anpassung des Arbeitsumfelds der Person mit einer Behinderung. Somit könne die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes das Ergreifen von Maßnahmen beinhalten, die es der Person mit Behinderung ermöglichen, ihre Beschäftigung zu behalten. Vor diesem Hintergrund könne es eine geeignete Maßnahme darstellen, einen Arbeitnehmer, der wegen des Entstehens einer Behinderung für seinen Arbeitsplatz endgültig ungeeignet geworden ist, auf einen anderen Arbeitsplatz in der Organisation oder dem Unternehmen zu versetzen (statt zu kündigen). Dies gelte explizit auch dann, wenn sich die Person mit Behinderung noch in der Probezeit befände.

Voraussetzung für die vorrangige Versetzung sei jedenfalls, dass zumindest eine freie Stelle existiere, die der betreffende Arbeitnehmer einnehmen könne. Ferner dürfe die Versetzung (= Maßnahme) den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten. Dabei sei insbesondere der finanzielle Aufwand, die Größe, die finanziellen Ressourcen und der Gesamtumsatz der Organisation oder des Unternehmens sowie die Verfügbarkeit öffent-

licher Mittel oder anderer Unterstützungsmöglichkeiten zu berücksichtigen.

## 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Das deutsche Kündigungsrecht ist de lege lata nicht kompatibel mit dieser Entscheidung des EuGH. Das Gericht statuiert – jedenfalls in bestimmten Konstellationen – einen faktischen, besonderen Kündigungsschutz für Arbeitnehmer mit einer Behinderung, der so nach nationalem Recht nicht vorgesehen ist. Hier wird sich noch zeigen müssen, welches Verständnis der Entscheidung die deutschen Gerichte zukünftig zu Grunde legen werden, wobei wohl folgende Spannbreite existiert:

Im aus Arbeitgebersicht schlechtmöglichsten Fall ist die EuGH-Rechtsprechung anwendbar auf sämtliche Arbeitnehmer mit einer Behinderung, also alle Menschen, die körperliche, seelische oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können.<sup>77</sup> Im Hinblick auf diese Personengruppe müsste der Arbeitgeber stets vor dem Ausspruch einer (personenbedingten) Kündigung die Möglichkeit der Versetzung prüfen.

Ein solches Herangehen stünde im Widerspruch zu den Wertungen des deutschen Kündigungsrechts, nach denen der Arbeitgeber grundsätzlich das Arbeitsverhältnis in den ersten sechs Monaten jederzeit auch ohne das Vorliegen eines Kündigungsgrundes ordentlich kündigen kann und dabei nicht gehalten ist, mildere Mittel wie eine Versetzung in Betracht zu ziehen. Es wäre zudem mit den existierenden Sonderregelungen für Menschen mit Behinderungen nicht in Einklang zu bringen. Insoweit ist es die klare Intention des deutschen Gesetzgebers, besonderen Kündigungsschutz durch das Zustimmungs-

<sup>77</sup> § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX, vgl. zum Begriff der Behinderung auch Art. 1 Abs. 2 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderung vom 13. Dezember 2006 (UN-Behindertenrechtskonvention).

erfordernis des Integrationsamtes nur für Arbeitnehmer mit einer Schwerbehinderung zu vermitteln und dies erst nach sechsmonatiger ununterbrochener Tätigkeit.<sup>78</sup> Würden die deutschen Gerichte dennoch dieses Verständnis der EuGH-Rechtsprechung zugrunde legen, wären Arbeitgeber, die ihren Entscheidungsspielraum bewahren wollen, dazu gehalten, flächendeckend auf sechs Monate befristete Arbeitsverhältnisse mit dem Sachgrund der Erprobung gem. § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TzBfG den unbefristeten Arbeitsverhältnissen vorzuschalten.

Im aus Arbeitgebersicht bestmöglichen Fall dürften die deutschen Gerichte die EuGH-Rechtsprechung hingegen so verstehen, dass sie lediglich Fallkonstellationen umfasst, in denen die Behinderung des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis erstmalig eintritt. Hierfür spricht, dass der EuGH in seinen Entscheidungsgründen<sup>79</sup> ausschließlich diese Konstellation benennt (über die allerdings auch nur zu entscheiden war). Bloß Arbeitnehmer in dieser Spezialkonstellation würden dementsprechend in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses – nach deutschem Recht nicht vorgesehenen – faktischen, besonderen Kündigungsschutz genießen, wobei dies nicht nur für Arbeitnehmer mit einer Schwerbehinderung gelten dürfte, sondern ebenfalls Arbeitnehmer mit einer „einfachen“ Behinderung erfasst sein sollten.

Wahrscheinlicher ist wohl, dass die deutschen Gerichte eine vermittelnde Position einnehmen werden. Aus Wertungsgründen sollten sich jedenfalls nicht nur Arbeitnehmer, deren Behinderung im laufenden Arbeitsverhältnis eintritt, auf die EuGH-Rechtsprechung berufen dürfen. Ihnen gleichgestellt sollten ebenfalls solche Arbeitnehmer sein, die bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses eine Behinderung aufweisen, die sich im Nachgang derart verändert, dass die Eignung für den Arbeitsplatz endgültig nicht mehr gegeben ist. Demgegenüber bieten die eng gefassten Entscheidungsgründe des EuGH im Grunde keinen Raum für die Anwendung der Rechts-

sätze auf jegliche Arbeitnehmer mit einer Behinderung. Die dargestellten grundsätzlichen Wertungswidersprüche zum deutschen Recht blieben auch bei diesem vermittelnden Lösungsweg gleichwohl bestehen. Fakt ist, dass die Entscheidung des EuGH in Sachen *HR Rail* Auswirkungen auf das deutsche Kündigungsrecht haben wird, wobei die konkreten Folgen sich erst im Laufe der Zeit herauskristallisieren werden.

<sup>78</sup> Vgl. §§ 168, 173 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IX.

<sup>79</sup> EuGH, Urt. v. 10.02.2022 – C-485/20 (*HR Rail*) = NZA 2022, 335 bei Rn. 43 der Entscheidungsgründe.

## C. Beamtenrechtliche Entscheidungen

Bei den nachfolgenden Entscheidungen geht es um Themen aus den Bereichen „Disziplinarrecht“, „Aus- und Fortbildung“, „Beurteilungswesen (einschl. Recht der Personalvertretung)“, „Konkurrentenrechtsschutz und Auswahlverfahren“ und dem „Dienstunfähigkeitsrecht“.

### I. BVerwG: Verfassungstreue, Beamter als „Reichsbürger“<sup>80</sup>

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Verfassungstreue bzw. zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist angesichts der Verhaftungen im Bereich der verfassungsfeindlich eingestellten „Reichsbürgerbewegung“ im Dezember des Jahres 2022 von hoher praktischer Bedeutung. Richtungsweisend ist hier vor allem das Urteil des BVerwG vom 02. Dezember 2021 – 2 A 7.21 –, dass aufgrund einer Pressemitteilung auch in der Öffentlichkeit wahrgenommen worden ist.<sup>81</sup> Die Entscheidung wurde im Volltext jedoch erst im Jahre 2022 veröffentlicht und findet im Schrifttum große Zustimmung.<sup>82</sup>

Dem streitgegenständlichen Verfahren liegt die disziplinarrechtliche Entfernung eines schwerbehinderten Beamten im Bundesdienst (Verwendung beim BND) aus dem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu Grunde, der die rechtliche Existenz der Bundesrepublik in „reichsbürgertypischer Weise“ geleugnet hatte. Darin war im konkreten Fall eine Verletzung der Verfassungstreuepflicht in schwerwiegender Weise gegeben. Die Entfernung aus dem Dienst im Disziplinarwege war daher angezeigt.

Bei der Bemessung der Art der Disziplinarmaßnahme sind „allgemeine Bemessungsgrundsätze“ zu beachten. Dazu gehören unter anderem die Persönlichkeit der Beamtin oder des Beamten, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Milderungs- und Erschwernis-

gründe.<sup>83</sup> Die Entscheidung, ob der Beamte durch ein schweres Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit endgültig verloren hat, ist das Ergebnis der Würdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls.<sup>84</sup>

Dies spiegelt sich auch in den Sachverhaltsausführungen und den Entscheidungsgründen wider, die nahezu im Sinne einer Mustervorlage zeigen, wie vertieft Behörden sich damit im disziplinarrechtlichen Verfahren auseinandersetzen müssen.

#### 1. Sachverhalt

Der Beamte war als Regierungsobersekretär (Besoldungsgruppe A7) im Bundesdienst tätig. Er zeigte eine gute Fortbildungsbereitschaft. Seine Leistungen waren im Rahmen von Beurteilungen und bei der Vergabe von Leistungsprämien („für herausragende Aktivität“) positiv berücksichtigt worden. *„Nach einem Hinweis des Landratsamts S. teilte das Polizeipräsidium U. mit Schreiben vom 16. August 2017 dem BND mit, dass der [Beamte] am 27. Juli 2015 beim Landratsamt S. einen Staatsangehörigkeitsausweis beantragt und dabei durchgehend - auch hinsichtlich seines Geburtsortes, seiner aktuellen Anschrift, seiner Aufenthaltsorte seit seiner Geburt im Jahr 1985, der Lebensumstände seines 1953 geborenen Vaters und auch der von 1950 bis 2000 bestehenden Ehe seines 1913 geborenen Großvaters - "Königreich Bayern" angegeben und sich auf das "RuStaG Stand 1913" bezogen hat. Daraufhin leitete der BND am 20. November 2017 ein Disziplinarverfahren gegen den Beklagten ein. Darüber unterrichtete der BND den Beklagten mit Schreiben vom 4. Dezember 2017. Der Sachverhalt gebe Anlass zur Prüfung, ob der Beklagte der "Reichsbürger"-Szene angehöre oder mit ihr sympathisiere. Das Schreiben enthält auch den Hinweis über seine Rechte im Disziplinarverfahren.“*

<sup>80</sup> BVerwG, Ur. v. 02.12.2021 – 2 A 7/21 –, juris.

<sup>81</sup> PM Nr. 78/2021 verfügbar unter <https://www.bverwg.de/de/pm/2021/78>, zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

<sup>82</sup> juris Literaturnachweis zu von der Weiden, jurisPR-BVerwG 7/2022 Anm 5; Schmidt, ZJS 2022, 172-176; juris Literaturnachweis zu Hebel, JA 2022, 1054-1056; Nitschke, ZBR 2022, 201-202.

<sup>83</sup> Keller, Disziplinarrecht für die polizeiliche Praxis, 4. Aufl. 2020, S. 321.

<sup>84</sup> BVerwG, Beschl, v. 30.03.2022 – 2 B 10.22, juris Rn. 8.

Dem vorausgegangen waren Ermittlungen der Abteilung Staatsschutz einer Kriminalinspektion im Verfahren zur Überprüfung der waffenrechtlichen Zuverlässigkeit des Beklagten, in deren Rahmen der Beklagte Angaben zum Grund des Antrags vom 27. Juli 2015 und zu seiner Haltung zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland gemacht hat. Im Disziplinarverfahren wurden der Beklagte und die mit dem Antrag befassten Bediensteten des Landratsamts befragt.

Mit dem Einverständnis des Beklagten wurden am 24. September 2018 die persönlichen Laufwerke seiner Dienstrechner in P. und B. untersucht. Nach dem darüber unter dem 17. Dezember 2018 erstellten Bericht wurden hierbei markierte Auszüge aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Juli 1973 zum Grundlagenvertrag sowie eine längere Auflistung von Staatsmännern, Politikern, Herrschern der Geschichte und der Gegenwart im In- und Ausland gefunden; ein "roter Faden" bei dieser Auflistung war nicht zu erkennen.

Eine Google-Recherche des BND vom 18. Juni 2019 erbrachte keine Erkenntnisse über den Beklagten. Das vom BND befragte Bundesamt für Verfassungsschutz teilte in seinem Antwortschreiben vom 20. August 2019 mit, dass eine NADIS-Abfrage kein Ergebnis zum Beklagten ergeben habe.

Im April 2020 teilte der BND dem Beklagten-Bevollmächtigten mit, dass die Ermittlungen abgeschlossen seien, und gab ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Im Januar 2021 wies der BND den Beklagten-Bevollmächtigten auf das Mitwirkungsrecht des Personalrats vor Erhebung der Disziplinarklage hin. Die vom Fachreferat angehörte Schwerbehindertenvertretung antwortete im Februar 2021, dass die Abgabe einer Stellungnahme nicht beabsichtigt sei. Die Gleichstellungsbeauftragte teilte dem Fachreferat im Februar 2021 mit, dass sie keine Einwände gegen die Klageeinreichung erhebe. Am 12. März 2021 hat der Präsident des BND Disziplinarklage erhoben. Die Disziplinarklage wirft dem Beklagten vor, dass er weder plausibel habe erklären können, warum er einen Staatsangehörigkeitsausweis beantragt habe, noch

warum er in dem Antrag zumindest zunächst auf das "Königreich Bayern" und das "RuStaG 1913" Bezug genommen habe. Hinzu komme, dass auf seinem Dienstrechner eine in besonderer Weise markierte Fassung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Grundlagenvertrag gefunden worden sei; Teile der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts würden von "Reichsbürgern" regelmäßig in einer aus dem Zusammenhang gerissenen Weise verwendet, um ihre These von der Nichtexistenz der Bundesrepublik Deutschland zu stützen. Dass gerade diese Teile in dem Dokument hervorgehoben seien, belege nicht nur, dass der Beklagte sich mit der Ideologie der "Reichsbürger" beschäftigt habe, sondern bestätige in Verbindung mit den Eintragungen im Antragsformular, dass der Beklagte sein Handeln an der Ideologie der "Reichsbürger" ausgerichtet habe und deren Überzeugungen teile.<sup>85</sup>

Aus Sicht des Dienstherrn hat der Beamte gegen seine Pflicht zur Verfassungstreue aus § 60 Abs. 1 S.3 BBG<sup>86</sup> verstoßen. Beamtinnen und Beamte müssen sich danach durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten (dies entspricht der in § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG<sup>87</sup> verankerten Grundpflicht, die auch für die Beamtinnen und Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen und unter anderem in den Gemeinden und Gemeindeverbänden gleichermaßen gilt). Wer als Beamter die Ideologie der „Reichsbürger“ teilt, wird seiner ihm obliegenden Verfassungstreuepflicht nicht gerecht. Typisch für „Reichsbürger“ ist es, die Existenz der Bundesrepublik Deutschland zu leugnen. „Ein Beamter, der sich durch die Beantragung eines

<sup>85</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 5 bis 12.

<sup>86</sup> Bundesbeamtengesetz (BBG) vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. Juni 2021 (BGBl. I S. 2250) geändert worden ist.

<sup>87</sup> Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) vom 17. Juni 2008 (BGBl. I S. 1010), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 28. Juni 2021 (BGBl. I S. 2250) geändert worden ist. Dieses Gesetz regelt das Statusrecht der Beamtinnen und Beamten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

Staatsangehörigkeitsausweises zu der Ideologie der "Reichsbürger" nach außen hin bekenne, agitiere gegen die Bundesrepublik Deutschland. Zugleich habe er damit gegen seine Wohlverhaltenspflicht aus § 61 Abs. 1 S.3 BBG verstoßen.<sup>88</sup> (Anmerkung: Diese Regelung entspricht der für Beamtinnen und Beamte des Landes und der Gemeinden und Gemeindeverbänden geltenden Regelung des § 34 Abs. 1 S. 3 BeamStG.)

„Die Verletzung dieser Pflichten erfordere trotz der entlastenden Umstände – bisher disziplinarisch nicht in Erscheinung getreten, einwandfreies dienstliches Verhalten, überdurchschnittliches Gesamturteil der letzten dienstlichen Beurteilung – die Entfernung des Beklagten aus dem Beamtenverhältnis. Es sei der Eindruck entstanden, dass der Beklagte die Ideologie der „Reichsbürger“ teile und deshalb die Existenz der Bundesrepublik Deutschland leugne und ihre Rechtsordnung ablehne. Dies lege für den verständigen durchschnittlichen Bürger den Schluss nahe, dass er sein Handeln nicht am geltenden Recht ausrichte. Ohne Relevanz sei, in welchem Umfang die Pflichtverletzung in der Öffentlichkeit bekannt geworden sei. Es bestehe auch objektiv das Risiko, dass solche Beamten ihre dienstlichen Aufgaben nicht immer ordnungsgemäß erfüllten. Kein entscheidendes Gewicht habe, dass er im Disziplinarverfahren erklärt habe, sich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen. Diese Äußerung sei nur unter dem Druck des Disziplinarverfahrens zustande gekommen. Der Beklagte habe auch im Laufe des Verfahrens nicht plausibel erklärt, warum er einen Staatsangehörigkeitsausweis unter Hinweis auf das „Königreich Bayern“ und das „RuStaG 1913“ beantragt habe. Er habe auch nicht bereut oder sich von der Beantragung sonst distanziert. Es sei deshalb nicht erkennbar, dass der Beklagte die Ideologie der "Reichsbürger" aufgegeben oder sich glaubwürdig von ihr distanziert hätte. Die einzig plausible Erklärung für seinen objektiv grundlosen Antrag sei, dass er die Überzeugung der „Reichsbürger“ teile. Nur „Reichsbürger“

beantragten Staatsangehörigkeitsausweise unter Hinweis auf das „RuStaG 1913“ und nicht mehr existente Staaten. Dass der Beklagte sich während des Dienstes nicht ausdrücklich zu den Überzeugungen der „Reichsbürger“ bekannt habe, bedeute nicht, dass er diese Überzeugung nicht teile. Das könne ebenso auf seinem Bestreben beruhen, Ablehnung seiner Kollegen und sonstige Konsequenzen einer öffentlichen Kundgabe seiner Überzeugung während des Dienstes zu vermeiden.“<sup>89</sup>

Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen und ist dem behördlichen Vorbringen im Wesentlichen mit pauschalen Zurückweisungen und Schutzbehauptungen entgegengetreten. Aus seiner Sicht habe er kein Dienstvergehen begangen. Er sei außerdem verfassungstreu und „sei erst im Zuge seiner Ahnenforschung darauf aufmerksam geworden, einen Staatsangehörigkeitsausweis beantragen zu können. Er habe es bemerkenswert und eben „witzig“ gefunden, dass ein solcher Ausweis überhaupt ausgestellt werde und eben auch beantragt werden könne.“<sup>90</sup>

## 2. Entscheidungsgründe

Das BVerwG ist der Sichtweise der Behörde gefolgt. „Ein Beamter, der die rechtliche Existenz der Bundesrepublik Deutschland dadurch leugnet, dass er in einem Antrag auf Erteilung eines Staatsangehörigkeitsausweises als Geburts- und Wohnsitzstaat auch für die Zeit nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland durchgehend „Königreich Bayern“ angibt und sich mehrfach auf das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz (RuStAG) „Stand 1913“ bezieht, verletzt in schwerwiegender Weise seine Verfassungstreuepflicht [...] und kann deshalb im Disziplinarwege aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden.“<sup>91</sup>

<sup>88</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 13.

<sup>89</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 14.

<sup>90</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 –, BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 17.

<sup>91</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 –, BVerwGE 174, 219-234, juris LeitS.mit Verweis auf Rn. 30.

Durch das festgestellte Verhalten hat der Beklagte ein Dienstvergehen begangen und vorsätzlich und schuldhaft innerdienstlich seine aus § 60 Abs. 1 S.3 BBG (dies entspricht § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG) folgende Verfassungstreuepflicht sowie außerdienstlich seine Pflicht zu achtungs- und vertrauensgerechtem Verhalten gem. § 61 Abs. 1 S.3 BBG verletzt (dies entspricht § 34 Abs. 1 S. 3 BeamtStG).

Hinsichtlich der Schwere des Dienstvergehens ist auf die Verletzung der Verfassungstreuepflicht abzustellen; dem ebenfalls verwirklichten Verstoß gegen die Pflicht zu achtungs- und vertrauensgerechtem Verhalten kommt daneben keine weitere, die Maßnahmebemessung zusätzlich beeinflussende Bedeutung zu. Die Verletzung der Pflicht zur Treue zur Verfassung ist bereits so schwerwiegend, dass bei der Maßnahmebemessung von der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis als höchsten Maßnahme auszugehen ist. *„Dies folgt aus der Unverzichtbarkeit der Verfassungstreue im Beamtenverhältnis. Die Verfassungstreue ist ein Eignungsmerkmal für Beamte. Personen, die sich nicht zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und nicht für deren Erhaltung eintreten, kann von den Bürgern nicht das für die Wahrnehmung des öffentlichen Amtes berufserforderliche Vertrauen entgegengebracht werden.“*<sup>92</sup>

Zur Verfassungstreue: Ein Beamter muss sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten. Dabei ist das gesamte Verhalten des Beamten erfasst, die Treuepflicht ist als beamtenrechtliche Kernpflicht als solche unteilbar. Sie ist nicht allein auf den dienstlichen Bereich beschränkt. Auch das außerdienstliche Verhalten ist erfasst. Daher ist hier bei einem pflichtwidrigen Verhalten wegen der Dienstbezogenheit stets ein innerdienstliches Dienstvergehen gegeben. Unerheblich ist, ob die Überzeugung des

Beklagten Einfluss auf die Erfüllung seiner Dienstpflichten hatte. Es muss nicht zu konkreten Beanstandungen seiner Dienstausübung gekommen sein.<sup>93</sup> Beamte müssen sich zu der freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Grundordnung des Grundgesetzes bekennen und für sie einstehen. Die Beamten müssen sich nicht die Ziele oder Maximen der jeweiligen Regierungsmehrheit zu Eigen machen; sie müssen jedoch die verfassungsmäßige Ordnung als schützenswert annehmen und aktiv für sie eintreten. Im Staatsdienst können nicht solche Personen tätig werden, die die Grundordnung des Grundgesetzes ablehnen und bekämpfen. Diesen Personen fehlt die Eignung für die Ausübung eines öffentlichen Amtes.<sup>94</sup>

*„Geht es um die Pflicht zur Verfassungstreue, muss dem Beamten die Verletzung dieser Dienstpflicht konkret nachgewiesen werden. Das Dienstvergehen besteht nicht einfach in der „mangelnden Gewähr“ des Beamten dafür, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten werde. Auch das bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, dass man diese habe, reicht nicht aus. Ein Dienstvergehen ist erst dann gegeben, wenn der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung zieht.“*

<sup>92</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 –, BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 50 -51 mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 18.06.2015 - 2 C 9.14 - BVerwGE 152, 228 Rn. 11 ff. und v. 17.11.2017 - 2 C 25.17 - BVerwGE 160, 370 Rn. 18 m.w.N.

<sup>93</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 24-26.

<sup>94</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 27. mit Verweis auf BVerfG, Urt. v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 = BVerfGE 9, 268, 282; Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 = BVerfGE 39, 334, 346 und Urt. v. 08.06.1997 – 1 BvR 2111/94 u.a. = BVerfGE 96, 171, 181; BVerwG, Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25.17 = BVerwGE 160, 370 Rn. 18.

Die zu beanstandende Betätigung muss zudem von besonderem Gewicht sein.<sup>95</sup>

„Das in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung geforderte „Mehr“ als das bloße Haben und Mitteilen einer bestimmten Überzeugung ist nicht erst bei einem offensiven Werben des Beamten für eine mit der Verfassungstreuepflicht unvereinbaren politischen Überzeugung erreicht. So kann ein disziplinarisch zu ahndendes Dienstvergehen auch etwa darin liegen, dass ein Beamter seine der verfassungsmäßigen Ordnung zuwiderlaufende Einstellung durch das Tragen einer Tätowierung mit verfassungsfeindlichem Inhalt kundtut, und zwar selbst dann, wenn er seine Überzeugung nur unter Gleichgesinnten offenbart, etwa um sich als von den „Anderen“ abgrenzbare Gruppe zu identifizieren und zu solidarisieren.“<sup>96</sup>

Im vorliegenden Fall stellte die Beantragung eines Staatsangehörigkeitsausweises unter fortgesetzter Verwendung der Angaben „Königreich Bayern“ und „gem. § 4 Abs. 1 RuStaG Stand 1913“ entsprechend eine schwerwiegende Verletzung der Verfassungstreuepflicht dar. Der Beamte hat die rechtliche Existenz der Bundesrepublik Deutschland damit verneint. „Es ist schlechterdings unmöglich, die rechtliche Existenz dieses Staates zu leugnen und sich zugleich zu dessen Grundordnung zu bekennen und sich für diese einzusetzen.“<sup>97</sup>

Zugunsten des Beklagten hat das BVerwG zum einen berücksichtigt, dass der Beamte disziplinarrechtlich nicht vorbelastet ist. Zum anderen hat es ebenfalls seine Leistungen berücksichtigt. Auch weitere, die Existenz der

Bundesrepublik Deutschland und ihrer Rechtsordnung leugnende, Handlungen oder Äußerungen des Beklagten waren nicht bekannt geworden. Angesichts der Schwere des Verstoßes gegen die Verfassungstreuepflicht war jedoch die Höchstmaßnahme im Sinne der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis angezeigt.<sup>98</sup>

### 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Es kommt selten vor, dass das BVerwG die Gelegenheit hat, sich wie im vorliegenden Fall vertiefend und richtungsweisend zum Disziplinarrecht in Bezug auf „Reichsbürger“ zu äußern. Das BVerwG entscheidet nur beim Bundesnachrichtendienst über die Disziplinarlage in erster und letzter Instanz (§ 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO<sup>99</sup>, § 45 S.5 BDG<sup>100</sup>). Da sich andere Verfahren oftmals bereits vorher „erledigen“ und sich das BVerwG zur Problematik der „Reichsbürger“ noch nicht äußern konnte, wurde die Entscheidung mit Spannung erwartet.

Der Tiefgang der Entscheidungsgründe ist aus praktischer Sicht zu begrüßen und kann als eine Art „Musterentscheidung“ eingeordnet werden. Die Entscheidung kann Behörden dienstrechtlich und argumentativ als „Blau-pause“ dienen. Nichtsdestotrotz kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Die Entscheidung des BVerwG wird Berücksichtigung in ähnlich gelagerten Fällen finden, in denen auf die Disziplinarmaßnahme der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis erkannt werden soll.<sup>101</sup>

Der dienstrechtliche Umgang mit „Reichsbürgern“ wird Behörden außerdem auch

<sup>95</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 28 mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 = BVerfGE 39, 334, 350 f. und Kammerbeschl. v. 06.05.2008 – 2 BvR 337/08 = BVerfGK 13, 531, 540 f.; EGMR, Urt. v. 26.09.1993 – 7/1994/454/535; BVerwG, Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25.17 = BVerwGE 160, 370 Rn. 21 ff.

<sup>96</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 29 und Verweis auf BVerwG, Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25.17 = BVerwGE 160, 370 Rn. 22 ff. und 29 f.; zur Problematik von „Tattoos als Einstellungshindernis für (Polizei-)Vollzugsbeamte“ s. ausführlich Michaelis, JA 2015, 370-374.

<sup>97</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 30.

<sup>98</sup> BVerwG, Urt. v. 02.12.2021 – 2 A 7.21 = BVerwGE 174, 219-234, juris Rn. 51, 53.

<sup>99</sup> Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.03.1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.07.2022 (BGBl. I S. 1325).

<sup>100</sup> Bundesdisziplinargesetz (BDG) vom 9. Juli 2001 (BGBl. I S. 1510, 3574), zuletzt geändert durch Artikel 62 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328)

<sup>101</sup> VG München, Urt. v. 25.10.2022 – M 13L DK 22.3055 – juris.

dadurch erleichtert, dass von Seiten des Bundesamts für Verfassungsschutz umfangreiche Informationen im Internet veröffentlicht worden sind.<sup>102</sup> Dies kann die notwendige Auseinandersetzung mit typischen Argumentationsmustern und der Einordnung entsprechender Äußerungen im dienstrechtlichen Kontext als Pflichtenverstöße erleichtern.

## II. BVerwG: Rückforderung von Anwärterbezügen bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf<sup>103</sup>

Beamtinnen und Beamte im Beamtenverhältnis auf Widerruf absolvieren den Vorbereitungsdienst in der Regel unter der „Auflage“, dass sie ohne einen triftigen Grund den Vorbereitungsdienst nicht vorzeitig beenden dürfen bzw. nach dem Vorbereitungsdienst für eine bestimmte Mindestzeit im öffentlichen Dienst verbleiben. Dies ist grundsätzlich zulässig. Aufgrund einer „Auflage“, von der die Gewährung der Anwärterbezüge während eines Studiums abhängig gemacht worden ist, können die Bezüge für die Zeit der Fachstudien und der berufspraktischen Studienzeiten zurückgefordert werden.<sup>104</sup> Anwärterbezüge können von einem auf eigenen Antrag entlassenen Beamten in diesem Fall also nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.<sup>105</sup> Die Zahlung der Anwärterbezüge kann daran gekoppelt werden, dass der Anwärter nach dem Abschluss des Vorbereitungsdienstes mindestens fünf Jahre als Beamter Dienst leistet. Ein derartiger Zeitraum ist auch in Anbetracht des Grundrechts der freien Berufswahl gem. Art. 12 Abs. 1 GG zumutbar. Die Rückforderung der Anwärterbezüge im Falle des vorzeitigen Ausscheidens des Beamten wegen der Aufnahme eines Hochschul-

studiums kann zudem davon abhängig gemacht werden, dass dieser sich nach dem Abschluss des weiteren Studiums nachweislich ernsthaft um eine erneute Anstellung im öffentlichen Dienst bemüht hat.<sup>106</sup>

Die Rückforderung von Anwärterbezügen führt in der Praxis zu „angepassten Verhaltensweisen“ von Anwärterinnen und Anwärtern in Vorbereitungsdiensten. Dort spricht sich die Rechtsprechung schnell herum. Auch weiß der Verfasser aus eigener Anschauung zu berichten, dass Studierende im Vorbereitungsdienst an der HSPV NRW gezielt bei Lehrenden im Beamtenrecht und öffentlichen Dienstrecht nachfragen. Aus „taktischen“ Gründen werden Klausuren oder Prüfungen willentlich nicht bestanden, wobei die Beweisführung dafür seitens der Behörde in der Regel aussichtslos ist. Entsprechend wenig Erfolgsaussichten haben Rückforderungen. Nicht ohne Grund ist es vor allem bei kommunalem Dienstherrn zu beobachten, dass Einstellungsbehörden auf eine Rückforderung im ersten Jahr des Vorbereitungsdienstes gänzlich verzichten, wenn die Anwärterinnen und Anwärter ihre Entlassung aus dem Vorbereitungsdienst beantragen.

Mitunter treten aber auch in der praktischen Zeit des Vorbereitungsdienstes Fälle auf, in denen es zu einem vorzeitigen „Ausscheiden“ aus dem Vorbereitungsdienst kommt. Über die Beschwerde einer Kommissaranwärterin im Beamtenverhältnis auf Widerruf gegen die Rückforderung von Anwärterbezügen hat wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO das BVerwG (Beschluss vom 04. Juli 2022 – 2 B 5/22 –juris) entschieden.<sup>107</sup>

### 1. Sachverhalt

*„Die 1991 geborene Klägerin wurde im September 2014 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zur Kommissaranwärterin ernannt. Mit bestands-*

<sup>102</sup> Verfügbar unter [https://www.verfassungsschutz.de/DE/themen/reichsbuerger-und-selbstverwalter/reichsbuerger-und-selbstverwalter\\_node.html](https://www.verfassungsschutz.de/DE/themen/reichsbuerger-und-selbstverwalter/reichsbuerger-und-selbstverwalter_node.html), zuletzt abgerufen am 10.01.2022, dort finden sich auch „Handlungsempfehlungen für den Behördenalltag“.

<sup>103</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.06.2022 – 2 B 5/22 – , juris.

<sup>104</sup> BVerwG, Urt. v. 10.02.2000 – 2 A 6.99 – , juris LeitzS.1 m.w.N.

<sup>105</sup> BVerwG, Urt. v. 13.09.2001 – 2 A 9.00 – , juris LeitzS.1.

<sup>106</sup> BVerwG, Beschl. v. 03.06.2009 – 2 B 13.9 – , juris OrientierungsS.1 und 2.

<sup>107</sup> dazu von der Weiden, jurisPR-BVerwG 22/2022 Anm. 2.

kräftig gewordenem Bescheid vom November 2015 entließ das zuständige Polizeipräsidium die Klägerin aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf. Zur Begründung verwies es im Wesentlichen darauf, dass der von der Klägerin praktizierte mehrfache Konsum von Cannabis und ihr dienstliches Verhalten nach der festgestellten Verfehlung gegenüber Dienstvorgesetzten und Kollegen berechtigte Zweifel an ihrer charakterlichen Eignung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst begründe.

Mit Bescheid vom April 2016 forderte das zuständige Landesamt für Besoldung und Versorgung (Landesamt) für den Zeitraum von September 2014 bis zum November 2015 den Teil der Anwärterbezüge zurück, der einen Betrag von 383,47 € monatlich übersteigt, insgesamt einen Betrag von 10 670,25 €. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Klägerin die Auflage für die Gewährung der Anwärterbezüge nicht erfüllt habe. Sie habe gegen die Wohlverhaltenspflicht verstoßen und damit ihre Entlassung zu vertreten. Auf den Widerspruch der Klägerin gewährte das Landesamt die Tilgung der Rückforderung in monatlichen Raten und wies den Widerspruch im Übrigen mit Bescheid vom März 2017 zurück.

Das Berufungsgericht hat das stattgebende Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Rückforderung der Anwärterbezüge sei rechtmäßig. Der mit der Leistung dieser Bezüge bezweckte Erfolg sei nicht eingetreten. Dies habe die Klägerin zu vertreten. Nicht zu folgen sei der Annahme des Verwaltungsgerichts, dass eine Entlassung wegen fehlender charakterlicher Eignung grundsätzlich nicht auf einem vom Anwärter zu vertretenden Grund beruhe, weil er seine Persönlichkeitsmerkmale regelmäßig nicht ohne Weiteres durch eigenes willensgesteuertes Verhalten verändern könne. Die Entlassung der Klägerin aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf beruhe auf einem ihr vorwerfbaren Verhalten.<sup>108</sup>

## 2. Entscheidungsgründe

„Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung ist § 15 Abs. 2 S.1 LBesG NRW<sup>109</sup> in der im maßgebenden Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung gültigen Fassung [...] i.V.m. § 812 Abs. 1 S.2 Alt. 2 BGB. Danach besteht ein Anspruch des Dienstherrn auf Rückzahlung von Bezügen, wenn der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eintritt. Gem. § 74 Abs. 4 LBesG NRW [...] kann [...] die Gewährung von Anwärterbezügen für Anwärter, die im Rahmen ihres Vorbereitungsdienstes ein Studium ableisten, von der Erfüllung von „Auflagen“ als besonderer Zweckbestimmung im Sinne des § 812 Abs. 1 S.2 Alt. 2 BGB abhängig gemacht werden. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, sicherzustellen, dass Anwärter, die zunächst im Rahmen ihres Vorbereitungsdienstes an einer Fachhochschule studieren, aber nicht als Beamte im Dienst eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn verbleiben, keine finanziellen Vorteile gegenüber anderen Studierenden erlangen. Die verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Ermächtigung umfasst daher auch die Befugnis, die Anwärterbezüge an die - vor deren Auszahlung ausdrücklich zu erklärende - Verpflichtung zu koppeln, das Studium im Rahmen des Vorbereitungsdienstes bis zum Abschluss zu absolvieren, im Anschluss daran in den öffentlichen Dienst einzutreten und darin während einer Mindestdienstzeit zu verbleiben. Der Dienstherr darf die Zahlung der Anwärterbezüge daran knüpfen, dass der Anwärter nicht aus einem von ihm zu vertretenden Grund aus dem Vorbereitungsdienst ausscheidet [...]. Das Ausscheiden aus dem Dienst ist dann von dem Beamten auf Widerruf zu vertreten, wenn es auf Umständen beruht, die seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen sind. Das ist in der Regel der Fall, wenn die Umstände maßgeblich durch das Verhalten des Beamten geprägt sind, wobei die Motive für das Ausscheiden aus dem Dienst zu berücksichtigen sind. Entscheidend ist, ob das Verhalten des Beamten auf Wider-

<sup>108</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.06.2022 – 2 B 5.22 – , juris Rn. 2 bis 4.

<sup>109</sup> Besoldungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbesoldungsgesetz - LBesG NRW) vom 14. Juni 2016, zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 25. März 2022 (GV. NRW. S. 389), in Kraft getreten am 01. Dezember 2022.

ruf bei der Einbeziehung der Motivation in dem jeweiligen rechtlichen Zusammenhang, in dem er steht, „billigerweise“ dem von dem Bediensteten oder dem vom Dienstherrn zu verantwortenden Bereich zuzuordnen ist [...]. Ob dies anzunehmen ist, bedarf einer Prüfung und Würdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Dies gilt auch bei einer Entlassung eines Beamten aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf wegen charakterlicher Nichteignung. Ein Vertretenmüssen des Ausscheidens aus dem Dienst ist in dieser Fallkonstellation nicht - wie die Beschwerde meint - per se ausgeschlossen.

Begründete Zweifel an der charakterlichen Eignung als Unterfall der persönlichen Eignung [...] des Beamten auf Widerruf für die angestrebte Beamtenlaufbahn stellen nach der Rechtsprechung des Senats einen sachlichen Grund dar, der die „jederzeitige“ Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf – hier gem. § 23 Abs. 4 S.1 BeamStG – rechtfertigen kann [...]. Der Begriff der charakterlichen Eignung ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt und einer weitergehenden rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich [...]. Danach ist für die charakterliche Eignung die prognostische Einschätzung entscheidend, inwieweit der Beamte der von ihm zu fordernden Loyalität, Aufrichtigkeit, Zuverlässigkeit, Fähigkeit zur Zusammenarbeit und Dienstauffassung gerecht wird. Dies erfordert eine wertende Würdigung aller Aspekte des Verhaltens des Beamten, die einen Rückschluss auf die für die charakterliche Eignung relevanten persönlichen Merkmale zulassen. Dies schließt nicht aus, dass sich die begründeten Zweifel an der charakterlichen Eignung eines Beamten auch aus einem einmaligen Fehlverhalten ergeben können, wenn dieses die charakterlichen Mängel hinreichend deutlich zu Tage treten lässt. Selbstverständlich kann es sich dabei um willensgesteuerte Verhaltensweisen des Beamten handeln, die auf die charakterliche Nichteignung schließen lassen [...]. Ob solche Verhaltensweisen vorliegen und das für die Rückforderung von Anwärterbezügen erforderliche Vertretenmüssen des Widerrufs des Beamtenverhältnisses nach dem dargestellten Maßstab begründen, bedarf der Würdigung der Umstände des jeweiligen

Einzelfalls, die der rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich ist.

Das Berufungsgericht ist im Übrigen entgegen der Annahme der Beschwerde von diesen Grundsätzen ausgegangen. Das Obergericht ist nicht der Annahme des Verwaltungsgerichts gefolgt, dass die fehlende charakterliche Eignung im Allgemeinen kein vom Beamten zu vertretender Grund sein kann. Es hat geprüft, ob die Klägerin die zum Widerruf des Beamtenverhältnisses führenden Umstände zu vertreten hat. Es ist zu der Überzeugung gelangt, dass die vom Dienstherrn beanstandeten Verhaltensweisen - der Konsum von Cannabis, die Aussagen über eine Kollegin, die fehlende Einsichtigkeit gegenüber Vorgesetzten sowie die uneinsichtige und kritikunfähige Reaktion gegenüber Ausbildern - dem Einfluss der Klägerin unterlagen und es ihr freigestanden hätte, diese zu unterlassen oder anzupassen. Es hat keine Anhaltspunkte dafür gesehen, dass die Klägerin aus gesundheitlichen oder anderen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, sich in den jeweiligen Situationen anders zu verhalten [...].<sup>110</sup>

Die weiteren im Rahmen der Beschwerde gestellten Fragen bzw. die Frage der Zulassung einer Revision wegen eines Verfahrensmangels können aus dienstrechtlicher Sicht dahinstehen.<sup>111</sup>

### 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BVerwG ist für Ausbildungsbehörden von hoher Relevanz. Die Möglichkeit gem. § 74 Abs. 4 LBesG NRW die Gewährung von Anwärterbezügen für Anwärter, die im Rahmen ihres Vorbereitungsdienstes ein Studium ableisten, von der Erfüllung von „Auflagen“ als besonderer Zweckbestimmung im Sinne des § 812 Abs. 1 S.2 Alt. 2 BGB abhängig zu machen, wird in der Praxis regelmäßig genutzt. Oftmals wird

<sup>110</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.07.2022 – 2 B 5.22 – , juris Rn. 8 bis 10.

<sup>111</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.07.2022 – 2 B 5.22 – , juris Rn. 11 bis 15.

jedoch eine Rückforderung von Anwärterbezügen in streitigen Fällen aus Gründen der (Rechts-)Unsicherheit gescheut. Aufgrund der Entscheidung des BVerwG kann von Behörden nun rechtssicherer argumentativ eine Rückforderung begründet werden, wenn es zu „Störungen“ im Beamtenverhältnis auf Widerruf kommt, die von der Anwärterin oder dem Anwärter zu vertreten sind.<sup>112</sup> Bestehende Rechtsunsicherheiten dürften damit durch das BVerwG ausgeräumt worden sein.

Eine Rückforderung im Sinne der Auflage ist zusammenfassend auch dann möglich, wenn *„der Beamtenbewerber den öffentlichen Dienst nicht auf eigene Initiative hin verlässt, sondern entlassen wird. Das kann z.B. bei der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf wegen mangelnder charakterlicher Eignung der Fall sein.“*<sup>113</sup>

### III. BVerwG: Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Beförderung; Erkundigungspflichten eines an seiner Beförderung interessierten Beamten bei einer neu geschaffenen Behördenstruktur<sup>114</sup>

In der Praxis sind rechtswidrige Beförderungen bedauerlicherweise immer noch ein rechtliches und personalwirtschaftliches Problem.<sup>115</sup> Die oft damit einhergehende Ämterpatronage kann auch strafrechtlich von Bedeutung sein und den Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB<sup>116</sup>) erfüllen.<sup>117</sup> Dass es dabei zu einer Verletzung eines grundrechtsgleichen Rechts

(Art. 33 Abs. 2 GG)<sup>118</sup> der betroffenen Beamtinnen und Beamten kommt, wird mitunter billiger in Kauf genommen. Damit setzt sich die Personalwirtschaft über die objektive Wertentscheidung bewusst hinweg, Stellen im öffentlichen Dienst im Interesse der Allgemeinheit bestmöglich zu besetzen.<sup>119</sup> Teilweise scheint es auch den Entscheidenden gänzlich an einem Unrechtsbewusstsein zu mangeln. Anders lassen sich eklatante Fälle und Dimensionen der Willkür, wie es sie z.B. in Rheinland-Pfalz gegeben hat, nur schwerlich erklären.<sup>120</sup> Es verwundert daher nicht, dass selbst der Bund der Steuerzahler sich mit der Thematik auseinandersetzen musste.<sup>121</sup> Dass solch eine rechtswidrige Praxis mitunter als politische Konsequenz zu einem Rücktritt einer Ministerin und eines Staatssekretärs in Rheinland-Pfalz führen musste, scheint in NRW kaum bekannt geworden zu sein.<sup>122</sup>

Die behördliche Binsenweisheit *„Was soll bei einer rechtswidrigen Beförderung schon passieren!“* lässt sich leicht widerlegen. Bei einer rechtsschutzverittelnden Ernennung ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht an den Grundsatz der Ämterstabilität gebunden, Trickserien und Geheimbeförderungen können gerichtlich also ohne Weiteres einkassiert werden.<sup>123</sup>

<sup>112</sup> Dazu grundlegend: „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, ZBR 2022, 217-235.

<sup>113</sup> von der Weiden, jurisPR-BVerwG 22/2022 Anm. 2, D.

<sup>114</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.07.2022 – 2 B 31/21 –, juris.

<sup>115</sup> Ein Beispiel für die Missachtung von laufbahnrechtlichen Vorgaben im Auswahlverfahren findet sich in OVG NRW, Beschl. v. 19.08.2020 - 6 B 943/20 –, juris.

<sup>116</sup> Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Gesetz vom 04.12.2022 (BGBl. I S. 2146).

<sup>117</sup> von Arnim, „Bleibt Ämterpatronage straflos?“, DVBl. 2021, S. 481-552; Schmidt, „Stellenbesetzung trotz fehlenden Personalbedarfs – Zur Strafbarkeit einer verbreiteten Form von Ämterpatronage“, wistra 2021, S. 377-384.

<sup>118</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 33 Rn. 9.

<sup>119</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 33 Rn. 9.

<sup>120</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 27.08.2020 – 2 B 10849/20 –, juris.

<sup>121</sup> Zur „Günstlingswirtschaft unter Ministerin Höfken-Rechtswidrige Beförderungspraxis im Umweltministerium-Gutsherrenart, Günstlingswirtschaft, Ämterpatronage“ s. Bund der Steuerzahler, Beitrag v. 16.09.2020, verfügbar unter <https://www.steuerzahler-rheinland-pfalz.de/2020/09/16/gruene-guenstlingswirtschaft-unter-ministerin-hoefken/>, zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

<sup>122</sup> Dazu unter anderem SPIEGEL, „Rheinland-pfälzische Umweltministerin Höfken kündigt Rücktritt an“, verfügbar unter <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/rheinland-pfalz-ulrike-hoefken-kuendigt-ruecktritt-als-umweltministerin-an-a-539ea9f5-14f8-4ed1-8257-118601b9807e>, zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

<sup>123</sup> Schrapper/Günther, LBG NRW Kommentar, 4. Aufl. 2021, § 19 Rn. 75 mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung, unter anderem wird auf BVerwG, Beschl. v. 03.07.2012 – 2 VR 3.12 –, juris und OVG NRW, Ur. v. 19.03.2020 – 6 B 825/20 –, juris verwiesen.

In den übrigen „normalen Stellenbesetzungsverfahren“, in denen es zu einer Verletzung der Bewerbungsverfahrensansprüche kommt, stellen sich Schadensersatzfragen.<sup>124</sup> Die Entscheidung des BVerwG (Beschluss vom 11. Juli 2022 – 2 B 31.21 –, juris) ist in diesem Kontext ergangen und nimmt die „Konkurrentenmitteilung“ ebenso in den Blick wie die im Einzelfall bestehende „Obliegenheiten“ des Beamten, sich nach Möglichkeiten seiner Beförderung zu erkundigen und zu rügen, in den Kreis der für eine Beförderung in Aussicht genommenen Personen nicht einbezogen worden zu sein. Es hat dabei seine bisherige Rechtsprechung zusammenfassend dargestellt und die von der Beschwerde des Beamten als Kläger aufgeworfenen Fragen nicht als rechtsgrundsätzlich bedeutsam eingeordnet und die Zulassung der Revision für nicht gerechtfertigt gehalten.

## 1. Sachverhalt

„Der Kläger begehrt die Feststellung, im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, als wenn er bereits zu einem früheren Zeitpunkt in ein nach der Besoldungsgruppe A 16 BBesO besoldetes Amt befördert worden wäre. Bis Ende März 2015 hatte der Kläger das Statusamt eines Baudirektors (Besoldungsgruppe A 15 BBesO) inne. Seit Januar 2008 wird er auf dem nach der Besoldungsgruppe A 16 BBesO bewerteten Dienstposten des Leiters des Wasserstraßen- und Schifffahrtsamtes in Rheine eingesetzt. Die Beklagte nutzte zur Verteilung der für Beförderungen vorgesehenen Planstellen eine Beförderungsrangliste. [Aufgrund behördlicher Umstrukturierungen und Reduzierung der Behörden war in ]der Zeit ab 2012 [...] waren Beförderungsmaßnahmen in Ämter der Besoldungsgruppe A 16 BBesO ausgesetzt. [...] Zeitgleich mit der Auflösung von sieben Wasser- und Schifffahrtsdirektionen wurde zum 1. Mai 2013 die „Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt“ - als Mittelbehörde - gegründet. Andere Beamte wurden

zum 1. Februar und zum 1. Juni 2013 in nach der Besoldungsgruppe A 16 BBesO bewertete Ämter befördert; hiervon erhielt der Kläger durch Konkurrentenmitteilungen Kenntnis, ohne verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Im Juni 2013 hatte der Kläger erstmals die Rangstelle 1 für Beförderungen in ein Amt der Besoldungsstufe A 16 BBesO inne. Über die Beförderung eines anderen Beamten in das Amt eines Leitenden Regierungsdirektors (Besoldungsgruppe A 16 BBesO) mit dem Dienstposten des Leiters der Abteilung „Zentrale Dienste“, zugleich Vertreter des Präsidenten der – neugegründeten – Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt, im August 2013 wurde der Kläger nicht im Vorhinein informiert. Dieser Beamte wurde später in ein Amt der Besoldungsgruppe B 2 BBesO und danach B 3 BBesO [...] befördert. Am 15. Juni 2015 wurde der Kläger befördert und rückwirkend zum 1. April 2015 in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 16 BBesO eingewiesen. Im Juli 2015 bat er die Beklagte um Aufklärung über von ihm angenommene Ungereimtheiten vor seiner Beförderung. Mit Schreiben vom 16. November 2015 beantragte der Kläger, ihn im Wege des Schadensersatzes in dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlicher Hinsicht so zu stellen, als wäre er am 1. Juli 2011 zum Leitenden Technischen Regierungsdirektor (Besoldungsgruppe A 16 BBesO) befördert worden. Diesen Antrag lehnte die Beklagte ab. Die nach erfolglos gebliebenem Widerspruch erhobene Klage auf Schadensersatz ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Das vom Kläger - nach entsprechender Teilzulassung der Berufung durch das Berufungsgericht - geltend gemachte Rechtsverhältnis, d. h. ein Anspruch, im Wege des Schadensersatzes so gestellt zu werden, als wäre er bereits zum 1. August 2013 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 16 BBesO befördert worden, bestehe nicht. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei jedenfalls nach dem Rechtsgedanken des § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Der Kläger habe versäumt, gegen die etwaige Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs durch die Beklagte Rechtsmittel einzulegen und auf diese Weise den nunmehr geltend gemachten

<sup>124</sup> Dazu Schrapper/Günther, LBG NRW Kommentar, 4. Aufl. 2021, § 19 Rn. 71.

Schaden wegen verspäteter Beförderung abzuwenden. Auch wenn dem Kläger die näheren Umstände um den Beförderungsvorgang bei der Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt bis zur erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung unbekannt gewesen sein sollten, sei von ihm als einem an seinem Fortkommen interessierten Bediensteten zu erwarten, bei einem entsprechenden Interesse konkret mit Blick auf die Schaffung dieser neuen Mittelbehörde bei der Beklagten Beförderungsmöglichkeiten zu erfragen. Es liege auf der Hand, dass im Zuge der Schaffung einer neuen Behörde mindestens mit der Besoldungsgruppe A 16 BBesO bewertete Führungsstellen zu besetzen gewesen seien. Es sei nicht ersichtlich, dass der Kläger seiner Obliegenheit zur Nachfrage bei der Beklagten in ausreichendem Umfang nachgekommen sei. Die Untätigkeit des Klägers erscheine als Ausfluss seiner rechtsirrigen Annahme, die Beförderungspraxis der Beklagten nicht hinterfragen, insbesondere die Beförderung eines Konkurrenten nicht verhindern zu müssen. Durch eine entsprechende Nachfrage hätte der Kläger eine eventuelle Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs und damit letztlich auch den Schadenseintritt durch eine rechtswidrig unterbliebene Beförderung abwenden können. Hätte der Kläger vor oder zumindest nach der Beförderung des anderen Beamten eine konkrete Nachfrage bei der Beklagten gestellt, hätte eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers in einem gerichtlichen Verfahren überprüft und ein darauf beruhender Schaden vermieden werden können. Vor einer Beförderung hätte der Kläger um verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz nachsuchen können. Nach einer Beförderung hätte er diese mit einer Anfechtungsklage angreifen können; die Zulässigkeit einer solchen Klage wäre insbesondere nicht am Grundsatz der Ämterstabilität gescheitert. Der Kläger habe die Einlegung eines Rechtsmittels schuldhaft versäumt. Er sei zumindest fahrlässig untätig geblieben. In Anbetracht der auch ihm bekannten Schaffung der Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt als neuer Mittelbehörde habe sich ihm geradezu aufdrängen müssen, dass in diesem Zusammenhang Führungs-

positionen zu besetzen sein würden, die für ihn zu einer Beförderung führen könnten. Aus diesem Grund seien von ihm konkrete Nachfragen in diese Richtung zu erwarten gewesen. Die gebotene Sorgfalt hätte es ggf. auch erfordert, die Beförderung von Konkurrenten gerichtlicherseits überprüfen zu lassen, auch wenn der Kläger ausweislich seines Vortrags in seinem Widerspruch "nicht die Beförderung eines Kollegen (habe) verhindern" wollen.<sup>125</sup>

## 2. Entscheidungsgründe

Das BVerwG nimmt in den Entscheidungsgründen zu bestimmten Fragestellungen Bezug und weist auf seine frühere Rechtsprechung hin:

Fragestellung 1: „Muss ein Beamter, der von seinem Dienstherrn hinsichtlich der Beförderung eines Kollegen keine Konkurrentenmitteilung erhalten hat, Primärrechtsschutz „ins Blaue hinein“ ergreifen, um sich einen Schadensersatzanspruch wegen der eigenen, verspäteten Beförderung zu erhalten?“<sup>126</sup>

[In] der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass der Beamte keinen Primärrechtsschutz „ins Blaue hinein“ ergreifen muss, sondern grundsätzlich erst nach Erhalt einer Konkurrentenmitteilung bzw. nach sonstiger Kenntnis von einer ihn in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch möglicherweise beeinträchtigenden Maßnahme um Primärrechtsschutz im Eil- oder Hauptsacheverfahren nachsuchen muss.<sup>127</sup>

Fragestellung 2: „Trifft einen Beamten bei unterbliebener Konkurrentenmitteilung eine konkrete Erkundigungspflicht dahingehend, dass er beim Dienstherrn nachfragt, ob sich bei einer neu geschaffenen Behördenstruktur passende Beförderungsdienstposten auf Führungsebene ergeben, die unter Missachtung der „beförderungsfähigen“ Beamten vergeben werden, um sich einen Schadens-

<sup>125</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.07.2022 – 2 B 31/21 – , juris Rn. 1-7.

<sup>126</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.07.2022 – 2 B 31/21 – , juris Rn. 11.

<sup>127</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.07.2022 – 2 B 31/21 – , juris Rn. 12 mit Verweis auf st. Rspr., vgl. BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102 Rn. 34.

ersatzanspruch wegen der eigenen, verspäteten Beförderung zu erhalten?“<sup>128</sup>

Das BVerwG verweist bei der Beantwortung dieser Frage auf sein Urteil vom 15. Juni 2018 – 2 C 19/17 (BVerwGE 162, 253 Rn. 28 f.) und führt aus: „Unabhängig von der Inanspruchnahme von gerichtlichem Primärrechtsschutz kann zu den Rechtsmitteln im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB im Vorfeld beamtenrechtlicher Beförderungen nicht generell, jedoch je nach den Umständen des Einzelfalls auch der an den Dienstherrn gerichtete Antrag, befördert zu werden, gehören. Wenn – wie dies im Streitfall gegeben war (...) – der Dienstherr in dem von ihm eingerichteten, für alle Betroffenen zugänglichen Intranet über ein von ihm regelmäßig praktiziertes jährliches Beförderungsverfahren jedenfalls in den Grundzügen informiert, hat ein an seinem beruflichen Fortkommen interessierter Beamter die Obliegenheit, sich ggf. über weitere Einzelheiten dieses Verfahrens zu erkundigen, seine Nicht-einbeziehung in den zur Beförderung in Aussicht genommenen Personenkreis sowie in die Auswahlentscheidung zu rügen und gegen die drohende Ernennung Anderer mit Mitteln des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen. Mit einer Erkundigung nach Möglichkeiten seiner Beförderung und der Rüge, er sei in den Kreis der dafür in Aussicht genommenen Personen rechtswidrig nicht einbezogen und nicht ausgewählt worden, bringt der Beamte seinen Anspruch zum Ausdruck, bei der Auswahl insbesondere nach den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG berücksichtigt zu werden. Mit einem solchen - formlosen - Begehren bekräftigt der Beamte diesen Anspruch mit der Folge, dass der Dienstherr verpflichtet ist zu prüfen, ob der Beamte in die Auswahlentscheidung einzubeziehen und ggf. zu befördern ist. Der Beamte darf schon dabei all das geltend machen, was ihm seiner Auffassung nach den Vorzug gegenüber anderen Bewerbern verschafft. Unter Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes kann der Beamte das angestrebte Ziel der Beförderung weiter verfolgen, wenn der Dienstherr zuvor

mit dem Begehren befasst war und - vermeintlich oder tatsächlich - einen anderen Bewerber rechtsfehlerhaft bevorzugt hat (...). Die Erkundigungs- und Rügeobliegenheit für an ihrem beruflichen Fortkommen interessierte Beamte hat ihren rechtlichen Grund in dem durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG geprägten besonderen Dienst- und Treueverhältnis, das Dienstherrn und Beamten verbindet. Ein Beamter, der an seinem beruflichen Fortkommen interessiert ist und sich über Einzelheiten des – hier durch die für die konzernangehörigen Mitarbeiter im Intranet der Telekom zugänglichen „Dienstrechts-Infos“ – durch den Dienstherrn bekanntgemachten Beförderungsverfahrens im Unklaren ist, hat die Obliegenheit, sich bei seinem Dienstherrn danach zu erkundigen und für den Fall von als unzureichend angesehenen Auskünften diese zu rügen und gegen drohende Ernennungen Anderer mit Mitteln des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen.“ Damit ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt, dass es nicht generell, aber je nach den Umständen des Einzelfalls zu den Obliegenheiten eines an seinem beruflichen Fortkommen interessierten Beamten gehört, sich nach Möglichkeiten seiner Beförderung zu erkundigen und zu rügen, in den Kreis der für eine Beförderung in Aussicht genommenen Personen rechtswidrig nicht einbezogen und nicht ausgewählt worden zu sein. Wenn der Dienstherr zuvor mit dem Begehren befasst war und - vermeintlich oder tatsächlich - einen anderen Bewerber rechtsfehlerhaft bevorzugt hat, kann der Beamte um verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nachsuchen.“ Im konkreten (Ausnahme-)Fall lies das BVerwG hingegen offen, ob solche Erkundigungs- und Rügepflichten bestanden haben. Gerade bei neugeschaffenen Behörden bzw. damit verbundenen Umstrukturierungen seien denkbare Fallgestaltungen zu vielfältig, um Erkundigungs- und Rügepflichten generell zu bejahen oder zu verneinen.<sup>129</sup>

Die Wiedergabe einer mit der Beschwerde gemachten Divergenz und von Verfahrens-

<sup>128</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.07.2022 – 2 B 31/21 – , juris Rn. 13.

<sup>129</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.07.2022 – 2 B 31.21 – , juris Rn. 14 bis 16.

fehlern können ebenso dahinstehen wie weitere Rügen des Klägers.

### 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Das BVerwG zeigt in seiner Entscheidung auf, wie wichtig Konkurrentenmitteilungen in der Praxis als Anknüpfungspunkt für gerichtlichen Rechtsschutz sind. Daher sind Behörden hier gut beraten, die Vorgaben an eine Konkurrentenmitteilung (auch mit Blick auf Wartefristen) stets zu beachten.<sup>130</sup> Letztlich liegen gerichtsfeste Beförderungsentscheidungen im Interesse der Behörden und der zu befördernden Beamtinnen und Beamten. Gleichermaßen geht es hierbei auch um die Vermeidung von Schadensersatzansprüchen, denen der Dienstherr ausgesetzt sein kann. Nachvollziehbar nimmt das BVerwG hier auch die Beamtinnen und Beamten in den Blick und thematisiert die ihnen gegebenen Obliegenheiten.

Die Rechtsprechung des BVerwG birgt jedoch die Gefahr, dass Behörden die Ausführungen des Gerichts zu pauschal verstehen. Keinesfalls äußert sich das BVerwG dahingehend, dass es keiner Konkurrentenmitteilungen (mehr) bedarf. Vielmehr thematisiert es die Frage, ob es nach den Umständen des Einzelfalles zu den Obliegenheiten eines an seinem beruflichen Fortkommen interessierten Beamten gehört, sich nach Möglichkeiten seiner Beförderung zu erkundigen und zu rügen, in den Kreis der für eine Beförderung in Aussicht genommenen Personen rechtswidrig nicht einbezogen und nicht ausgewählt worden zu sein. Es stellt klar, dass es keine generelle Erkundigungspflicht des Beamten gibt und auch nicht generell ein an den Dienstherrn gerichteter Antrag befördert zu werden, erforderlich ist.<sup>131</sup> *„Ob im konkreten (Ausnahme-)Fall solche Erkundigungs- und Rügepflichten bestehen, kann nicht in verallgemeinerungsfähiger Form beantwortet werden,*

<sup>130</sup> Dazu vertiefend Schrapper/Günther, LBG NRW Kommentar, 4. Aufl. 2021, § 19 Rn. 75.

<sup>131</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.07.2022 – 2 B 31.21 –, juris Rn. 15.

*sondern ist, wie bereits ausgeführt, von den Umständen des Einzelfalles abhängig.“*<sup>132</sup>

Zusammenfassend sollten Behörden daher weiterhin auf Konkurrentenmitteilungen setzen. In Zeiten der Demografie und der Personalfluktuation und -wechsel in der Personalwirtschaft ist dabei nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall Konkurrentinnen und Konkurrenten bei Interessenbekundungsverfahren oder im Rahmen der Konkurrentenmitteilungen ohne böse Absicht vergessen werden oder gar unbekannt sind. Der Dienstherr sollte daher zusätzlich in dem von ihm eingerichteten, für alle Betroffenen zugänglichen Intranet über Beförderungsverfahren jedenfalls in den Grundzügen informieren. In diesem Fall dürften auch vergessene Konkurrentinnen und Konkurrenten als an ihrem beruflichen Fortkommen interessierte Beamte die Obliegenheit haben, sich ggf. über weitere Einzelheiten dieses Verfahrens zu erkundigen. Es dient dem Rechtsfrieden und der Vermeidung unnötiger Frustration bei allen Beteiligten, wenn eine Behörde personalwirtschaftlich bei Beförderungen im Ergebnis ein Netz mit doppeltem Boden einzieht (= Konkurrentenmitteilung und zusätzlich Informationen im Intranet).

### IV. OVG NRW: Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung eines Personalratsmitglieds<sup>133</sup>

Eine Nachzeichnung ist gesetzlich nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 LVO NRW<sup>134</sup> vorgesehen, wenn eine Beamtin oder ein Beamter von der dienstlichen Tätigkeit wegen einer Mitgliedschaft im Personalrat freigestellt ist und keine aktuelle dienstliche Beurteilung vorliegt. Damit hat der Verordnungsgeber das schon früher aus dem

<sup>132</sup> BVerwG, Beschl. v. 11.07.2022 – 2 B 31.21 –, juris Rn. 16.

<sup>133</sup> OVG NRW, Beschl. v. 31.01.2022 – 6 B 1878/21 –, juris.

<sup>134</sup> Verordnung über die Laufbahnen der Beamtinnen und Beamten im Land Nordrhein-Westfalen (Laufbahnverordnung - LVO) vom 21. Juni 2016 (GV. NRW. S. 461), geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 13. April 2022 (GV. NRW. S. 504), Verordnung vom 3. Mai 2022 (GV. NRW: S. 714).

Benachteiligungsverbot entwickelte Institut rechtlich kodifiziert.<sup>135</sup>

Ausgehend von der letzten dienstlichen Beurteilung des Beamten ist in einem solchen Fall unter Berücksichtigung des seinerzeit angelegten Maßstabs und der durchschnittlichen Entwicklung vergleichbarer Beamtinnen und Beamter die letzte vorliegende Beurteilung fiktiv fortzuschreiben ist (Nachzeichnung). Dies ist notwendig, um den in § 42 Abs. 3 S.4 LPVG NRW<sup>136</sup> verankerten personalvertretungsrechtlichen Benachteiligungsverbot Rechnung tragen zu können. Die Freistellung einer Personalrätin oder eines Personalrats hat dem entsprechend keine Minderung der Besoldung oder des Arbeitsentgelts zur Folge und darf nicht zur Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen.

Die Entscheidung des OVG NRW zur Nachzeichnung der beruflichen Entwicklung eine Personalratsmitgliedes ist aus diesem Grund von hoher Bedeutung.<sup>137</sup> Oftmals bestehen hier Unsicherheiten darüber, wie eine Nachzeichnung konkret vorzunehmen ist. Sehr zu begrüßen ist, dass sich der 6. Senat des OVG NRW in seinem Beschluss vertiefend damit auseinandergesetzt hat. Die Entscheidung enthält wertvolle Hilfestellungen für die Praxis und dürfte auch auf Seiten der Personalvertretungen aufgrund entsprechender Veröffentlichungen über die Landesgrenzen hinaus Beachtung finden.<sup>138</sup>

## 1. Sachverhalt

Dem Rechtsstreit liegt die erfolgreiche Beschwerde eines als Personalratsmitglied freigestellten Polizeihauptkommissars in einem

<sup>135</sup> Köhler in Tadday/Rescher, Laufbahnrecht des Landes NRW-Kommentar, 30. Aktualisierung 2021, Teil B, § 9, I., 30 EGL.

<sup>136</sup> Personalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen - Landespersonalvertretungsgesetz - LPVG - vom 3. Dezember 1974 (GV. NW. 1974 S. 1514), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 16. September 2014 (GV. NRW. S. 547), in Kraft getreten am 1. Oktober 2014.

<sup>137</sup> OVG NRW, Beschl. v. 31.01.2022 – 6 B 1878/21 – , juris.

<sup>138</sup> Baumgarten, PersR 2022, Nr 5, 40 (Anmerkung); ZfPR online 2022, 11-15 (red. LeitS.und Gründe).

Konkurrentenstreitverfahren zu Grunde. Im Wege der einstweiligen Anordnung hat das OVG der Behörde als Antragsgegner unter-sagt, die Beförderungsplanstelle der Besol-dungsgruppe A 13 mit dem Konkurrenten als Beigeladenen zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beach-tung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden worden ist. Dabei ging es insbesondere um die Anforderungen an die Bildung einer Referenzgruppe im Rahmen der fiktiven Nachzeichnung einer dienstlichen Beurteilung.<sup>139</sup>

## 2. Entscheidungsgründe

*„Bei der fiktiven Fortschreibung einer dienstlichen Beurteilung muss der Dienstherr ausgehend von der letzten dienstlichen Beurteilung des Beamten eine Referenz oder Vergleichsgruppe mit anderen Beamten bilden und ermitteln, wie die durchschnittliche berufliche Entwicklung der vergleichbaren Beamten verlaufen ist. In diesem Maß kann er zugunsten des freigestellten Beamten eine berufliche Entwicklung unterstellen, wie sie ohne die Freistellung voraussichtlich verlaufen wäre. [...]*

*Dabei ist mithin einer zu erwartenden Leistungssteigerung angemessen Rechnung zu tragen. Mit dem Rechtsinstitut der fiktiven Fortschreibung vergangener Beurteilungen wird nicht nur eine tatsächlich im Beurteilungszeitraum nicht erbrachte Dienstleistung fingiert, sondern auch eine Fortentwicklung der Leistungen entsprechend dem durchschnittlichen beruflichen Werdegang einer Gruppe vergleichbarer Beamter unterstellt. Es muss "auf irgendeine Weise auch der Gesichtspunkt der durchschnittlich zu erwartenden Leistungssteigerung" erfasst werden. [...] Denn wenn auch kein Rechtsgrundsatz des Inhalts existiert, dass Folgebeurteilungen bei gleichbleibender oder sich steigernder Leistung im gleichen Amt stets besser ausfallen müssten, [...] so ist doch in den meisten Verwaltungen festzustellen, dass die Beurteilungsergebnisse*

<sup>139</sup> OVG NRW, Beschl. v. 31.01.2022 – 6 B 1878/21 – , juris Tenor.

von Beamten im Regelfall mit zunehmender dienstlicher Erfahrung ansteigen. [...] Die Beobachtung dieses faktischen Trends des kontinuierlichen Ansteigens von Beurteilungsergebnissen liegt der Nachzeichnungsbestimmung überhaupt zugrunde, die Beamten mit bestimmten Ausfallzeiten ermöglichen soll, an der (faktischen) Entwicklung in gleicher Weise teilzuhaben wie andere Beamte.. [...]

Die Bildung der Referenzgruppe ist bei der Ermittlung der voraussichtlichen Entwicklung von entscheidender Bedeutung. Von ihrer Zusammensetzung hängt entscheidend ab, wie groß die Chancen des freigestellten Personalratsmitglieds sind, aufgrund der Vergleichsbetrachtung mit den anderen Gruppenmitgliedern befördert zu werden. Hierbei ist dem Dienstherrn zwar Ermessen eröffnet, und er darf den Verwaltungsaufwand in praktikablen Grenzen halten; es muss aber sichergestellt sein, dass sowohl die generellen Kriterien für die Gruppenbildung als auch deren personelle Zusammensetzung im Einzelfall dem gesetzlichen Benachteiligungsverbot Rechnung tragen. [...] Hierfür sollten Beamte herangezogen werden, die zum selben Zeitpunkt (Beginn der Freistellung) derselben Besoldungsgruppe angehörten, eine vergleichbare Tätigkeit ausübten und vergleichbar beurteilt waren. Um die zu erwartende Leistungssteigerung unter Berücksichtigung der regelmäßigen dynamischen Entwicklung von Beurteilungsergebnissen zu erfassen, bietet es sich darüber hinaus an, in die Vergleichsgruppe lediglich solche Beamte einzubeziehen, die eine (möglichst) ähnliche Verweildauer (auch als Steh- oder Standzeit bezeichnet) im aktuellen Statusamt aufweisen. [...] In Betracht mag auch kommen, die "allgemein üblichen Beförderungslaufzeiten" zu berücksichtigen. [...] Die Referenzgruppe darf nicht so zusammengestellt werden, dass eine Beförderung des freigestellten Personalratsmitglieds unabhängig von dem durchschnittlichen beruflichen Werdegang der anderen Gruppenmitglieder ausgeschlossen ist. Gegebenenfalls muss der Dienstherr plausibel darlegen, dass das Personalratsmitglied auch

ohne Freistellung nicht befördert worden wäre. [...].<sup>140</sup>

In nachfolgenden Teil der Gründe misst das OVG NRW im Einzelfall die konkrete Nachzeichnung an den zuvor aufgezeigten Anforderungen an eine Nachzeichnung. Dies kann hier im Detail dahinstehen.<sup>141</sup>

### 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Erstellung einer fiktiven Beurteilung bzw. Nachzeichnung werden im Gesetz selbst nicht im Detail geregelt. Daher haben sich in der Vergangenheit verschiedene behördlich Praktiken entwickelt, die auf dem verwaltungsgerichtlichen Prüfstand standen. Das OVG NRW führt diese Rechtsprechung in seiner Entscheidung nahezu Lehrbuchartig zusammen und liefert Behörden eine gerichtsfeste „Blaupause“ für die Nachzeichnung.

Die Auswirkungen für die Praxis dürften damit über den Kreis der Personalvertretung hinausgehen.<sup>142</sup> Letztlich stehen Behörden regelmäßig auch in Fällen des Nachteilsausgleichs im Sinne des § 20 Abs. 3 LBG NRW<sup>143</sup> vor der Frage, wie die Leistung von Beamtinnen und Beamten im Rahmen von zu bildenden Beförderungskonkurrenzen einem an Art. 33 Abs. 2 GG zu messenden Leistungsvergleich zugeführt werden kann. Hier läuft es ebenfalls aufgrund der Vorgaben des § 9 Abs. 1 Nr. 3 LVO NRW auf eine Nachzeichnung hinaus. Dies gilt zugleich im Falle von haushaltsmäßig für alle Bewerber genügend zur Verfügung stehenden Stellen – hier bedarf es eines Leistungsvergleichs.<sup>144</sup> Bei den Haupt-

<sup>140</sup> OVG NRW, Beschl. v. 31.01.2022 – 6 B 1878/21 – , juris Rn. 7 bis 27.

<sup>141</sup> OVG NRW, Beschl. v. 31.01.2022 – 6 B 1878/21 – , juris Rn. 28 ff.

<sup>142</sup> Zur „fiktiven Fortschreibung der dienstlichen Beurteilung“ s. Michaelis, ZBR 2020, 397 f.

<sup>143</sup> Gesetz über die Beamtinnen und Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz – LBG NRW) vom 14.06.2016 (GV. NRW. S. 310), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2022 (GV. NRW. S. 524).

<sup>144</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 27.08.2020 – 2 B 10849/20 – , juris Rn. 16.

anwendungsfällen, dem Ausgleich beruflicher Verzögerungen infolge der Geburt oder der tatsächlichen Betreuung eines Kindes unter achtzehn Jahren im Sinne des § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 LBG NRW eine Anlassbeurteilung (vor Beginn der Elternzeit) an, die später gem. § 9 Abs. 1 Nr. 3 LVO NRW fortzuschreiben (= Nachzeichnung) ist. Anzumerken ist, dass gleiches für die weiteren Fälle des Nachteilsausgleichs gilt. Neu hinzugekommen ist im Jahr 2022 der „Ausgleich beruflicher Verzögerungen infolge eines festgestellten Dienstunfalls während der Probezeit zur Vermeidung einer unbilligen Härte gem. § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 LBG NRW.<sup>145</sup> Praktische Fälle sind vor allem im Bereich der Feuerwehren, der kommunalen Ordnungsämter und der Polizei denkbar.

## V. OVG NRW: Zuruhesetzung wegen (dauerhafter) Dienstunfähigkeit<sup>146</sup>

Ebenso wie im Dienstunfallrecht<sup>147</sup> sind die behördlichen Entscheidungen für betroffene Beamtinnen und Beamte im Dienstunfähigkeitsrecht sehr einschneidend. Daher verwundert es nicht, dass sich das OVG NRW auch im Jahr 2022 wiederholt damit zu beschäftigen hatte.<sup>148</sup>

Exemplarisch für eine Vielzahl an Fällen aus der Praxis ist der erfolgloser Zulassungsantrag einer Steueroberinspektorin, die sich gegen

ihre Zuruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit gewendet hat.<sup>149</sup> Hierbei geht es unter anderem um die Frage, ob im Rahmen der Suchpflicht ein (Heim-)Arbeitsplatz von behördlicher Seite aus in den Blick zu nehmen war.

### 1. Sachverhalt

Die Klägerin macht (erfolglos) geltend, das beklagte Land habe aufgrund des amtsärztlichen Gutachtens vom 05.04.2017 rechtsfehlerhaft angenommen, dass ihre dauerhafte Dienstunfähigkeit gegeben und insbesondere nicht innerhalb von sechs Monaten mit ihrer Regeneration zu rechnen gewesen sei (Zeitraum der Dienstunfähigkeit).<sup>150</sup>

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung weckt aus Sicht der Klägerin das Vorbringen, das beklagte Land habe gem. § 26 Abs. 1 S.3, Abs. 2 BeamStG von einer Versetzung der Klägerin in den Ruhestand absehen müssen, da diese anderweitig verwendbar gewesen sei (Suchpflicht).<sup>151</sup>

### 2. Entscheidungsgründe

Zum Zeitraum der Dienstunfähigkeit: *„Für die Annahme der Dienstunfähigkeit reicht es aus, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden kann, dass der Beamte für einen Zeitraum von mindestens sechs weiteren Monaten dienstunfähig sein wird. [...] Dabei kann im Streitfall dahinstehen, zu welchem Zeitpunkt der Sechsmonatszeitraum beginnt. Denn selbst, wenn man hierfür auf den spätest denkbaren Zeitpunkt des Zugangs des angegriffenen Bescheides am 28.06.2017 abstellte, wäre nach dem amtsärztlichen Gutachten von einer fortbestehenden Dienstunfähigkeit für einen Zeit-*

<sup>145</sup> § 76 neu gefasst durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2022, Gesetz zur Steigerung der Attraktivität des öffentlichen Dienstes in Nordrhein-Westfalen (GV. NRW. S. 524), in Kraft getreten am 28. April 2022.

<sup>146</sup> OVG NRW, Beschl. v. 15.12.2022 – 6 A 1576/20 –, juris.

<sup>147</sup> Dazu vertiefend und praxisnah Günther/Michaelis/Brüser, Das Dienstunfallrecht für Bundes- und Landesbeamte, 1. Aufl. 2019.

<sup>148</sup> S. unter anderem Versetzung in den Ruhestand bei Nichtvorliegen einer Weiterverwendungsmöglichkeit, OVG NRW, Beschl. v. 09.11.2022 – 6 A 88/21 –, juris; Umfang der Dokumentationspflicht zur Weiterverwendung (Suchpflicht), OVG NRW, Beschl. v. 09.11.2022 – 6 A 2054/20 –, juris; Wiedereingliederung trotz laufenden Zuruhesetzungsverfahrens, OVG NRW, Beschl. v. 27.10.2022 – 6 B 870/22 –, juris; Feststellung begrenzter Dienstfähigkeit durch die Behörde und ggf. das Gericht, OVG NRW, Beschl. v. 29.09.2022 – 6 A 1536/20 –, juris; Zweifel an der gesundheitlichen Eignung mangels uneingeschränkter Dienstfähigkeit, OVG NRW, Beschl. v. 14.06.2022 – 6 B 484/22 –, juris.

<sup>149</sup> OVG NRW, Beschl. v. 15.12.2022 – 6 A 1576/20 –, juris.

<sup>150</sup> OVG NRW, Beschl. v. 15.12.2022 – 6 A 1576/20 –, juris Rn. 6.

<sup>151</sup> OVG NRW, Beschl. v. 15.12.2022 – 6 A 1576/20 –, juris Rn. 15.

raum von sechs Monaten auszugehen, was ausreicht. In dem Gutachten ist ausdrücklich festgestellt, mit einer Wiederherstellung der Dienstfähigkeit innerhalb der nächsten sechs Monate sei nicht zu rechnen. Bei „entsprechender ambulanter engmaschiger Behandlung sei ggfls. die Dienstfähigkeit wiederherzustellen“. Eine Nachuntersuchung werde Ende 2017/Anfang 2018 für zweckmäßig gehalten. In der Zusammenschau dieser Feststellungen ergibt sich, dass die Amtsärztin von der Möglichkeit der Wiederherstellung der Dienstfähigkeit der Klägerin innerhalb eines längeren Zeitraums, jedenfalls aber nicht vor dem Ende des Jahres 2017 ausging.“<sup>152</sup>

Zur Suchpflicht: „Die Suchpflicht gem. § 26 Abs. 1 S.3, Abs. 2 und 3 BeamStG kommt im Einzelfall nur dann zum Tragen, wenn bei dem betroffenen Beamten in gesundheitlicher Hinsicht noch ein ausreichendes Restleistungsvermögen vorhanden ist. Kann er dagegen voraussichtlich keinerlei Dienst in einem seiner oder einer anderen Laufbahn zugehörigen Amt mehr leisten oder wären dabei erhebliche Fehlzeiten zu erwarten, so entfällt die Suchpflicht.“

[...] Das Verwaltungsgericht hat hierzu festgestellt, die Amtsärztin habe [im Gutachten] keine Angaben zu Tätigkeiten gemacht, die die Klägerin noch ausüben können. Da also zum Begutachtungszeitpunkt kein positives Leistungsbild im Sinne eines Restleistungsvermögens vorgelegen habe, sei die Suchpflicht entfallen. Der Zulassungsantrag bestätigt, dass die Amtsärztin im Gutachten zu dem formularmäßig vorgegebenen Satz: „Folgende Tätigkeiten kann die Beamtin noch ausüben (positives Leistungsbild):“ keinerlei Angaben gemacht hat. Wieso allerdings – wie die Klägerin weiter geltend macht – aus dieser Auslassung kein Rückschluss gezogen werden kann, ist weder erläutert noch sonst nachvollziehbar. Soweit die Klägerin mit dem Zulassungsantrag darüber hinaus behauptet, es hätte bei „der Beklagten“ (Heim-)Arbeitsplätze gegeben, die ihr hätten angeboten werden können, geht dieser Vortrag

wiederum ins Leere, weil sie bereits die Verneinung jedweden Restleistungsvermögens nicht durchgreifend in Zweifel gezogen hat.“<sup>153</sup>

### 3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Das OVG NRW folgt der Rechtsprechung des BVerwG zum Zeitraum der Dienstunfähigkeit von mindestens sechs Monaten.<sup>154</sup> Soweit auf den spätestens denkbaren Zeitpunkt des Zugangs des angegriffenen Zuruhesetzbefehls abgestellt wird, muss zu diesem Zeitpunkt nach dem amtsärztlichen Gutachten von einer fortbestehenden Dienstunfähigkeit für einen Zeitraum von sechs Monaten auszugehen sein.<sup>155</sup> Dies schafft Klarheit bei den Behörden und bei den betroffenen Beamtinnen und Beamten.

Hinsichtlich der Suchpflicht legt das OVG NRW einen strengen Maßstab an. Dies ist nachvollziehbar. Ansonsten würden sich auch die Anforderungen an den Inhalt und Aufbau von amtsärztlichen Gutachten ändern. Ein formularmäßiger Aufbau ist in diesem Sinne nicht nur zweckmäßig, sondern grundsätzlich auch gerichtsfest. Entscheidend ist, dass die Behörde die richtigen Rückschlüsse aus dem Gutachten zieht und dies ebenfalls bei Auslassungen (= kein positives Leistungsbild) möglich ist.

<sup>152</sup> OVG NRW, Beschl. v. 15.12.2022 – 6 A 1576/20 –, juris Rn. 7-11.

<sup>153</sup> OVG NRW, Beschl. v. 15.12.2022 – 6 A 1576/20 –, juris Rn. 15-17.

<sup>154</sup> Das OVG NRW verweist hierbei auf BVerwG, Beschl. v. 16.04.2020 – 2 B 5/19 –, juris Rn. 13, 15.

<sup>155</sup> OVG NRW, Beschl. v. 15.12.2022 – 6 A 1576/20 –, juris Rn. 15-17.

## D. Schlussbetrachtung und Ausblick

Die vorgestellten Entscheidungen verdeutlichen die große thematische Spannbreite des Personalrechts im öffentlichen Dienst, das insgesamt für mehr als fünf Millionen Personen gilt,<sup>156</sup> die für die öffentliche Hand im Rahmen von Arbeits- oder Beamtenverhältnissen tätig sind. Um hier rechtssicher agieren zu können, ist für die Personalverwaltungen in der Praxis die kontinuierliche Beobachtung der Rechtsprechungsentwicklung und die sorgsame Umsetzung entsprechender Entscheidungen unerlässlich. Auch das Jahr 2023 wird hier allem Anschein nach nicht für eine Verschnaufpause sorgen.

So wird beispielsweise der EuGH auf dem Gebiet des Arbeitsrechts in diesem Jahr aller Wahrscheinlichkeit nach darüber entscheiden, ob eine nationale gesetzliche Vorschrift gegen das Europarecht verstößt, wonach Teilzeitbeschäftigte eine zusätzliche tarifliche Vergütung – hier in Form sog. „Mehrflugdienststundenvergütung“ – erst dann erhalten, wenn sie dieselbe Zahl von Arbeitsstunden überschritten haben wie vergleichbare Vollzeitbeschäftigte.<sup>157</sup> Daneben ist eine weitere Vorlage des BAG zu Überstundenzuschlägen für Teilzeitbeschäftigte beim EuGH anhängig.<sup>158</sup> Zwar betreffen beide Verfahren Tarifwerke der Privatwirtschaft. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Entscheidungsgründe ebenfalls auf die entsprechenden Regelungen der maßgeblichen Tarifwerke für

den öffentlichen Dienst<sup>159</sup> übertragen lassen werden.<sup>160</sup>

Im Beamtenrecht könnte möglicherweise im Jahr 2023 vom EGMR die Frage geklärt werden, ob Beamtinnen und Beamte streiken dürfen. Zum Hintergrund: Das BVerfG hatte unter großer medialer Beachtung im Jahr 2018 über das Streikverbot zu entscheiden.<sup>161</sup> Aus seiner schlüssigen Sicht ist *„das Streikverbot für Beamtinnen und Beamte [...] als eigenständiger hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums vom Gesetzgeber zu beachten. Es steht auch mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes im Einklang und ist insbesondere mit den Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar.“*<sup>162</sup> Diese Sichtweise teilt die GEW nicht und kündigte nach der Entscheidung des BVerfG den Weg zum EGMR nach Straßburg an.<sup>163</sup> Seitdem ist es in der Thematik scheinbar ruhiger geworden, was sich mit einer Entscheidung des EGMR schlagartig ändern könnte. Die Daseinsberechtigung des Berufsbeamtentums könnte aus Sicht von *Baßlspurger* in weiten Teilen in Frage gestellt werden, wenn es zu einer Funktionstrennung zwischen einer hoheitlichen und einer nicht hoheitlichen Tätigkeit von Beamten kommen würde. Seiner Auffassung nach geht es der Gewerkschaft um nichts anderes, *„als um die Abschaffung des Berufsbeamtentums in Deutschland und damit*

<sup>156</sup> Vgl. die aktuellen Zahlen aus dem *„Monitor öffentlicher Dienst 2023“* des dbb, verfügbar unter [https://www.dbb.de/fileadmin/user\\_upload/globale\\_elemente/pdfs/2023/dbb\\_monitor\\_oeffentlicher\\_dienst\\_2023.pdf](https://www.dbb.de/fileadmin/user_upload/globale_elemente/pdfs/2023/dbb_monitor_oeffentlicher_dienst_2023.pdf), zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

<sup>157</sup> Vorabentscheidungsverfahren unter dem Az. C-660/20 (Lufthansa City Line) aufgrund Vorabentscheidungsersuchen des BAG, EuGH-Vorlage v.11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) = BAGE 173, 10.

<sup>158</sup> BAG, EuGH-Vorlage v. 28.10.2021 – 8 AZR 370/20 (A) = NZA 2022, 702, anhängig beim EuGH unter Az. C- 84/22 (*KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V.*).

<sup>159</sup> Vgl. § 7 Abs. 7 TVöD/TV-L.

<sup>160</sup> Hiergegen bislang BAG, Urt. v. 15.10.2021 – 6 AZR 253/19 = NZA 2022, 115 und Urt. v. 22.07.2022 – 6 AZR 24/22 = NZA 2022, 1492; jedoch gibt es bereits Gegenstimmen, vgl. BAG, EuGH-Vorlage v.11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) = BAGE 173, 10 bei Rn. 36.

<sup>161</sup> BVerfG Urt. v. 12.06.2018, 2 BvR 1738/12, 2 BvR 646/15, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 1395/13.

<sup>162</sup> BVerfG Pressemitteilung Nr. 46/2018 vom 12. Juni 2018.

<sup>163</sup> *„Elf Klägerinnen und Kläger ziehen mit Rechtsschutz der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)“*, verfügbar unter <https://www.gew.de/presse/pressemitteilungen/detailseite/streikrecht-fuer-beamte-elf-klaeger-ziehen-vor-den-europaeischen-gerichtshof-fuer-menschenrechte>, zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

um ihrer gewerkschaftlichen „Mächtigkeit“ eine neue Position zu verleihen.“<sup>164</sup> Eine Entscheidung des EGMR könnte im Ergebnis tiefgreifende Folgefragen nach sich ziehen, sofern es nicht der vorzugswürdigen Rechtsauffassung des BVerfG folgen sollte.

---

<sup>164</sup> Baßlsperger, s. Blog-Beamtenrecht, verfügbar unter <https://www.rehm-verlag.de/beamtenrecht/blog-beamtenrecht/beamtenstreik-vor-dem-egmr-das-eigentliche-ziel-der-gew/>, zuletzt abgerufen am 12.01.2023.

### **Die Autoren:**

*Dr. Christian Buchmüller* ist Professor am Kölner Standort der HSPV NRW. Dort lehrt er die Fächer Arbeitsrecht, Zivilrecht und juristische Methodik. Daneben leitet er am *ifV* im Bereich Personalrecht regelmäßig Seminare zur Einführung in das Arbeits- und Tarifrecht sowie aktueller Rechtsprechung im Arbeitsrecht.

*Dr. 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: 1. Februar 2023*

*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.*



**Institut für Verwaltungswissenschaften gGmbH**  
**im Wissenschaftspark Gelsenkirchen**  
**Munscheidstraße 14**  
**45886 Gelsenkirchen**

[www.ifv.de](http://www.ifv.de)