

gleichsmöglichkeit zwischen den Konkurrenten auf eben diesen kurzen Zeitraum. Die Konsequenz wäre, dass dann Anlassbeurteilungen für alle für eine Beförderung in Frage kommenden Beamten erforderlich werden.⁸⁹ Soll oder muss ein Dienstposten möglichst überraschend und schnell wiederbesetzt werden, so könnten sich hier durchaus praktische bzw. organisatorische Probleme ergeben. Einjährige Regelbeurteilungen würden dagegen zur Folge haben, dass sich die Verwaltung ständig mit sich selbst beschäftigt.⁹⁰ Dies kann nicht im Sinne einer effektiven Erfüllung der staatlichen Aufgaben sein.⁹¹

IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse:

1. Der Entscheidung über die Vergabe eines Beförderungsamtes müssen nach dem Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG zunächst alle leistungsbezogenen Gesichtspunkte zugrundegelegt werden. Erst dann kann auf soziale Hilfskriterien zurückgegriffen werden.
2. Dem Dienstherrn steht hinsichtlich der sozialen – nicht leistungsbezogenen – Hilfskriterien die Entscheidung darüber offen, welchem Kriterium er den Vorrang einräumt. Es besteht jedenfalls keine allgemein gültige, soziale Stellenwertskala bezüglich der Förderung Schwerbehinderter und der Förderung von Frauen oder Familien.
3. Bei gebündelten Dienstposten besteht regelmäßig kein höher bewertetes Amt, an dessen Anforderungen die einzelnen Beförderungsbewerber gemessen werden können. Das Anliegen des Bundesverwaltungsgerichts ist es, die Realität präziser zu differenzieren und die Dienstposten damit exakter als bisher geschehen zu bewerten.

4. Die Einrichtung gebündelter Dienstposten bedarf nach dem BVerwG einer besonderen sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall. Das Gericht gibt den Personalverwaltungen aber weder durch entsprechende Beispiele noch durch andere Aussagen Auslegungshilfen zu dem unbestimmten Rechtsbegriff des „sachlichen Grundes“. Dies spricht dafür, dass die entsprechende Formulierung lediglich rhetorischen Charakter besitzt.

5. Sowohl nach dem Leistungsprinzip, als auch aus Gründen der Fürsorge sind die im Auswahlverfahren nicht berücksichtigten Beamten rechtzeitig vor Aushändigung der Ernennungsurkunden an den oder die ausgewählten Bewerber schriftlich darüber in Kenntnis zu setzen, dass und warum sie nicht ausgewählt worden sind.

6. Die Forderung des BVerwG nach einer Aktualität von Beurteilungen als Grundlage von Auswahlentscheidungen führt entweder dazu, dass Regelbeurteilungen in einem kürzeren zeitlichen Abstand vorgenommen werden müssen, oder sie führt dazu, vermehrt Anlassbeurteilungen in die Auswahlentscheidungen mit einzubeziehen.

89) Zur Anlassbeurteilung vgl. BayVGH vom 19.2.2007, Schütz BeamtR ES/A II 1.4 Nr 146; OVG Lüneburg vom 4.11.2011, DÖD 2012, S. 21

90) *Lorse* (Fn. 40), S. 328 (333).

91) Wohl auch aus diesem Grund hat das OVG Magdeburg in seinem Beschluss vom 12.1.2012 – 1 M 174/11 – entschieden, dass der Dienstherr bei seiner Auswahlwahlentscheidung nicht ausschließlich die jeweils „aktuell(sten)“ Anlassbeurteilungen zugrunde legen darf, sondern zumindest auch die letzte Regelbeurteilung der für eine Beförderung infrage kommenden Beamten zu berücksichtigen hat.

Die Verwirkung des Anspruchs auf Erteilung eines Dienstzeugnisses

Andreas Reus/Dr. Peter Mühlhausen*

Das Dienstzeugnis soll dem Beamten eine Hilfe bei seinem beruflichen Fortkommen sein und hat daher eine erhebliche Bedeutung. Schwierigkeiten entstehen, wenn der Anspruch auf Erteilung eines Dienstzeugnisses nicht zeitnah gestellt wird. Die nachfolgenden Ausführungen beschäftigen sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Anspruch auf Erteilung verwirkt bzw. unmöglich geworden ist.

I. Gesetzliche Anspruchsgrundlage

Das Beamtenrecht des Bundes und der Länder gewährt Beamten einen Anspruch auf Erteilung eines einfachen bzw. qualifizierten Dienstzeugnisses¹. Die einschlägigen Normen stimmen darin überein, dass der Beamte das Dienstzeugnis beantragen muss. Der mögliche Anlass der Ausstellung ist dagegen unterschiedlich geregelt. Eine Sonderstellung nimmt insoweit Hessen ein, da dort kein besonderer Grund genannt wird. Entsprechend der bundesgesetzlichen Regelung kann in Bayern, Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein ein Dienstzeugnis ausgestellt werden, wenn das Beamtenverhältnis

beendet ist². Diese Voraussetzung wird in Niedersachsen und im Saarland nicht genannt. Dort wird – wie im Bund und in den Ländern Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklen-

*) Die Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Ansicht der Verfasser wieder.

1) Vgl. § 85 Bundesbeamtengesetz (BBG); § 51 Abs. 3 Landesbeamtengesetz Baden-Württemberg; Art. 72 Bayerisches Beamtengesetz (BayBG); § 81 Landesbeamtengesetz Berlin; § 68 Beamtengesetz für das Land Brandenburg (Landesbeamtengesetz – LBG); § 59 Abs. 3 Bremisches Beamtengesetz (BremBG); § 60 Hamburgisches Beamtengesetz (HmbBG); § 109 Hessisches Beamtengesetz (HBG), § 61 Abs. 2 Beamtengesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern (Landesbeamtengesetz – LBG M-V); § 59 Niedersächsisches Beamtengesetz (NBG); § 93 Abs. 2 Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalen; § 104 Landesbeamtengesetz Rheinland-Pfalz; § 77 Saarländisches Beamtengesetz (SBG); § 116 Beamtengesetz für den Freistaat Sachsen (Sächsisches Beamtengesetz – SächsBG); § 62 Beamtengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (Landesbeamtengesetz – LBG LSA); § 108 Beamtengesetz für das Land Schleswig-Holstein (LBG); § 93 Abs. 2 Thüringer Beamtengesetz (ThürBG).

2) Dazu näher *Müssig*, ZBR 1992, S. 136 (137 f.) unter II 3 und 4; s. a. *Weimar*, RiA 1968, S. 167 (168) sowie Schütz/Maiwald, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Stand: 327. Erg.-Lfg. März 2011, Archiv Ordner II, Teil C Rn. 673 ff. zu § 104.

burg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt – ein Dienstzeugnis bei einem berechtigten Interesse des Beamten³ erteilt. Die Beamtengesetze von Baden-Württemberg und Thüringen normieren neben der Beendigung des Beamtenverhältnisses den Wechsel des Dienstherrn⁴ und Bewerbungszwecke⁵ als mögliche Anlässe für die Erteilung eines Dienstzeugnisses. Der Wechsel des Dienstherrn wird auch in Sachsen und Schleswig-Holstein neben der Beendigung des Beamtenverhältnisses als Voraussetzung aufgeführt.

II. Rechtliche Grundlagen der Verwirkung und Geltung im öffentlichen Recht

Die Lehre von der Verwirkung entstammt dem Zivilrecht. Sie betrifft den im Gebot von Treu und Glauben enthaltenen Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens⁶. Der Verstoß liegt in der illoyalen Verspätung der Rechtsausübung⁷. Der Verwirkung unterliegen grundsätzlich alle subjektiven Rechte und alle Rechtspositionen, die gegenüber einem anderen geltend gemacht werden können⁸. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt der Grundsatz von Treu und Glauben und das hierauf beruhende Rechtsinstitut der Verwirkung auch im öffentlichen Recht einschließlich des Beamtenrechts⁹. Mithin kann auch ein Recht zur Zeugniserteilung/-berichtigung verwirkt werden¹⁰, denn die oben genannten Vorschriften der Beamtengesetze des Bundes und der Länder gewähren als subjektives öffentliches Recht dem Beamten einen Anspruch auf Erteilung eines Dienstzeugnisses¹¹.

3) Dazu *Kathke*, in: Schütz/Maiwald (Fn. 2), Rn. 677 zu § 104.

4) *Kathke* (Fn. 3), § 104, Rn. 679.

5) *Kathke* (Fn. 3), § 104, Rn. 680 f.

6) *Stich*, DVBl. 1959, S. 234 (235) unter II 3a (1.); BVerwGE 44, 339 (343); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 242 Rn. 87.

7) BGHZ 25, 47 (52); BGH, NJW 1984, 1684.

8) *Grüneberg* (Fn. 6), § 242, Rn. 91.

9) BVerwG, DÖV 1970, 498 ff. m. v. N.; BVerwGE 44, 339 (343); BVerwGE 102, 33 (36); BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2008 – 2 B 22/08 –, juris, Rn. 4; ebenso die ganz h. M. in der Literatur, vgl. *Happ*, in: Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl., 2010, § 42, Rn. 108a; *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pitzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: 20. Erg.-Lfg. Mai 2010, Vorb § 40, Rn. 104; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., 2006, § 42, Rn. 361.

10) Vgl. OVG Lüneburg, ZBR 1974, 385 (386); OVG des Saarlandes, ZBR 1976, 87 (89); OVG Berlin, Urteil vom 24. April 1979 – IV B 26.73 – juris, Rn. 19.

11) *Müssig* (Fn. 2), S. 136 (137) unter II 1b; s. a. *Weimar*, RiA 1961, S. 67 ff. sowie RiA 1968, S. 167 ff.

12) OVG Lüneburg, ZBR 1974, 385; OVG des Saarlandes, ZBR 1976, 87; OVG Berlin, Urteil vom 24. April 1979 – IV B 26.73 – juris, Rn. 1, 16; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2009, 967.

13) BVerwGE 44, 339 (343 f.).

14) Grundlegend BAGE 57, 329 ff.; BAGE 116, 95 (102); vgl. a. LAG Düsseldorf, DB 1995, 1135, LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 30. September 2009 – 3 Ta 162/09 – juris, Rn. 10; ebenso die ganz h. M. im Schrifttum, vgl. *Schulz*, Alles über Arbeitszeugnisse, 8. Aufl., 2009, S. 33 ff.; *Schleßmann*, Das Arbeitszeugnis, 13. Aufl., 1993, S. 48 f.; *Huber*, Das Arbeitszeugnis in Recht und Praxis, 1991, S. 27 f.; *Wolf*, SAE 1989, S. 61.

15) Vgl. *Grüneberg* (Fn. 6), § 242, Rn. 97.

16) Im Ergebnis ebenso *Kathke* (Fn. 3), § 104, Rn. 668 sowie *Müssig* (Fn. 2), S. 136 (139) unter II 6b; *Lange*, Die verwaltungsrechtliche Verjährung: Begriff und Zweck, Wirkung sowie prozessuale Behandlung, 1984, S. 21 f.; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Aufl., 2010, § 53, Rn. 15; *Ziekow*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2006, § 53, Rn. 4; *Schäfer*, in: Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., 1999, § 53, Rn. 6; BVerwGE 28, 336 (338).

III. Sonderfall der Verwirkung des Anspruchs auf Erteilung eines Dienstzeugnisses

1. Rechtsprechung zur Verwirkung von Zeugnisansprüchen

Zu der hier aufgeworfenen Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung eines Dienstzeugnisses verwirkt, finden sich keine Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Dies gilt im Ergebnis auch für die obergerichtliche Rechtsprechung. Ihr können zwar Entscheidungen zur Verwirkung von dienstlichen Beurteilungen entnommen werden¹², jedoch gleichfalls keine zur Verwirkung von Dienstzeugnissen.

Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Verwirkung im öffentlichen Recht führt das Bundesverwaltungsgericht aus, sie sei insbesondere dann gegeben, wenn der Verpflichtete infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten darauf vertrauen durfte, dass dieser das Recht nach so langer Zeit nicht mehr geltend machen werde (Vertrauensgrundlage), der Verpflichtete ferner tatsächlich darauf vertraut habe, dass das Recht nicht mehr ausgeübt werde (Vertrauensstatbestand) und sich infolgedessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet habe, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde¹³.

Wesentlich ergiebiger im Hinblick auf das Zeugnisrecht ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Danach kommt Verwirkung in Betracht, wenn der Anspruchsberechtigte seinen Zeugnisanspruch längere Zeit nicht ausgeübt (Zeitmoment) und dadurch beim Arbeitgeber die Überzeugung hervorgerufen habe, er werde sein Recht nicht mehr geltend machen (Umstandsmoment). Darüber hinaus müsse die Zeugniserteilung unter Berücksichtigung aller Umstände im konkreten Fall unzumutbar sein¹⁴.

2. Raum für Verwirkung angesichts der Neuregelung des Verjährungsrechts?

Bis zur Reform des Verjährungsrechts war diese Frage praktisch bedeutungslos, da der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses jedenfalls lange vor Ablauf der Frist von 30 Jahren verwirkt wird. Die Feststellung, durch die nunmehr kurzen Verjährungsfristen seien die Anwendungsfälle der Verwirkung deutlich zurückgedrängt worden¹⁵, ist für den Bereich des Arbeitszeugnisses sicherlich zutreffend. Soweit es hingegen Dienstzeugnisse betrifft, ist aber zu berücksichtigen, dass dem Anspruch auf deren Erteilung Vorschriften des öffentlichen Rechts zugrunde liegen. Da dieser öffentlich-rechtliche Anspruch nicht vermögensrechtlicher Natur ist, unterliegt er keiner Verjährung¹⁶.

3. Übertragbarkeit der verwaltungs-/ arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Obwohl sich keine einschlägigen Entscheidungen zur Erteilung von Dienstzeugnissen finden, kann sowohl die oben unter Ziffer 1 angesprochene verwaltungsgerichtliche als auch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung herangezogen werden, da sich die dort erörterten Sachverhalte (dienstliche Beurteilung bzw. Arbeitszeugnis einerseits, Dienstzeugnis andererseits) – gemessen an den zum Rechtsgewinnungsverfahren der Analogie entwickelten Grundsätzen – hinreichend ähnlich sind. Denn die von den jeweiligen Zwecken geprägten Interessenlagen stimmen in einem Maße überein, dass die Gleichbehandlung (hier im Sinne einer Heranziehung der oben dargestellten Rechtsprechung) durch das Gerechtigkeitsgebot, nach dem