

nungsgemäß und unverzögert zu erledigen, grundsätzlich noch keine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit darstellen. Eine solche Beeinträchtigung liege erst dann vor, wenn das diesbezügliche dienstaufsichtliche Eingreifen und der mit dem Vorhalt verbundene Erledigungsdruck dem Richter indirekt ein Pensum abverlange, welches sich allgemein, also auch von anderen Richtern sachgerecht nicht mehr bewältigen lasse. Könne festgestellt werden, dass deren Erledigungen sachgerecht erreicht werden, dürften die tatsächlichen Erledigungszahlen anderer Richter als ein Anhalt für das allgemein zu bewältigende Arbeitspensum genutzt werden⁸¹. Auf die Verfassungsbeschwerde hiergegen wollte sich das BVerfG trotz bevorstehender Pensionierung des Kollegen inhaltlich nicht äußern, weil aufgrund der Rückverweisung des BGH an den DGH zur weiteren Verifizierung des konkret maßgebenden Arbeitspensums der Rechtsweg „im Ergebnis“ noch nicht erschöpft sei⁸².

These 9: Eine gerechte Richterbeurteilung knüpft an Maßstäbe des „Good Judging“ an.

a) Wer sich an Notwehr-Rechtsprechung gewöhnt hat, wird nie mehr ein guter Verwaltungsrichter. Wie aber misst und bewertet man „gut“? Quantitativ ist nunmehr klar, dass wer das Durchschnittspensum bei durchschnittlich schweren Fällen in durchschnittlicher Erledigungszeit bewältigt, jedenfalls dienstaufsichtsrechtlich nicht gerügt werden kann. Durchschnittlich kann die goldene Mitte sein und in jeder Hinsicht geschätzt und befriedigend. Jedenfalls für Spitzenbeurteilungen wird quantitativ aber gegebenenfalls mehr als nur durchschnittliches

Engagement verlangt werden dürfen, wobei der Blick auch hier im Wesentlichen nur auf qualitativ hochwertige Erledigungen gerichtet ist.

b) Zur Kardinalfrage, wann ein Richter wirklich qualitativ „gut“ ist⁸³, kann zunächst auf Sokrates Grundanforderungsprofil verwiesen werden: Er muss „höflich anhören, weise antworten, vernünftig erwägen und unparteiisch entscheiden“. Luther hat dies nach dem Bauernkrieg weiter ausdifferenziert: Der Richter „muss Sieger sein über alle Leidenschaften, Furcht, Liebe, Gunst, Mitleid, Habsucht, Hoffnung, Ruhm, Leben und Tod. Er muss die ganz schlichte Wahrheit lieben und das gerechte Urteil.“⁸⁴ Ergänzendes lässt sich aus den über Jahrzehnte hinweg entwickelten einschlägigen Beurteilungsrichtlinien skizzieren⁸⁵. Hier wird in Variationen als „Apollon oder Athene des Richteramtes“ eine mit ausgeprägter Fachkompetenz begabte, ausgewogene und gefestigte souveräne Persönlichkeit beschrieben mit innerer Unabhängigkeit, Kommunikationsstärke und Kreativität, die sowohl leistungsbereit, belastbar, flexibel und teamfähig als auch emphatisch, offen, kritik- und konfliktfähig ist und sich bei hoher Sozial- und Führungskompetenz positiv mit ihrem Dienstauftrag identifiziert.⁸⁶

c) Dies alles im Spannungsverhältnis der richterlichen Unabhängigkeit des Art. 97 Abs. 1 GG, dem Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG und der Justizgewährleistungspflicht gemäß Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG „gerecht“ zu bewerten, ist natürlich ein weites Feld und eine verantwortungsvolle Aufgabe. Verwaltungsgerichtspräsident *Udo Schneider* hat diesbezüglich beeindruckend zielführende Grundlagenforschung betrieben⁸⁷. Mit seinen Feldern richterethischer Bewährung formuliert er zugleich Maßstäbe für „Good Judging“. Im Einzelnen in den Blick genommen werden können hiernach: (1) Die Haltung des Richters gegenüber Prozessbeteiligten⁸⁸ im Sinne der Leittugend Fairness. (2) Die Haltung des Richters in und gegenüber der Öffentlichkeit⁸⁹ im Sinne der Leittugend der inneren Unabhängigkeit. (3) Seine Haltung als Richter im politischen Meinungskampf⁹⁰. (4) Seine Haltung gegenüber Kollegen⁹¹ und Mitarbeitern wiederum im Sinne der Leittugenden Fairness und innere Unabhängigkeit. (5) Die Wahrung der Rechtsidee nach den Leittugenden der Rechtstreue und der Fairness. (6) Schließlich die Haltung des Richters zu sich selbst, d. h. sein persönliches Richterbild als „Mensch in Robe“⁹² und entsprechend selbstreflektiertes Verhalten. Anknüpfend hieran dürfte es möglich sein, einer wirklich „gerechten“ dienstlichen Beurteilung, zumindest näher zu kommen, auch wenn letztlich unabänderbar bleibt, dass ein guter Richter nicht notwendig gut beurteilt wird und ein gut beurteilter Richter nicht notwendig ein guter Richter ist.

81) Vgl. BGH, Urteil vom 7.9.2017 – RiZ (R) 2/15 – juris.

82) BVerfG, NA-Beschluss vom 9.3.2018 – 2 BvR 174/18 – juris.

83) „... und auch sonst von mäßigem Verstande“, zu Ludwig *Thoma* vgl. *Künzler*, SächsVBl 2008, S. 77.

84) Zitiert nach DRiZ 2003, 232.

85) Hierzu im Einzelnen *Lorse*, Die dienstliche Beurteilung, 6. Aufl. 2016, Rn. 350 ff. m. w. N.

86) Vgl. hierzu *Eckertz-Höfer*, DÖV 2009, S. 729, sowie *Rennert*, DRiZ 2013, S. 214.

87) *Schneider*, Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung, 2017; zusammengefasst in BDVR-Rundschreiben 2/2018, S. 8 ff.

88) Vgl. hierzu auch *Vultejus*, DRiZ 2002, S. 311, der sich gegen den Griff zum Kommentar bei der Begegnung mit verwundeten Seelen wendet.

89) S. hierzu die DRB-Grundsätze „Äußerungen von Richtern und Staatsanwälten in der Öffentlichkeit“, abgedruckt in DRiZ 1984, 116.

90) Vgl. *Hager*, NJW 1988, S. 1694.

91) Hierzu instruktiv *Heydemann*, BDVR-Rundschreiben 4/2017, S. 10.

92) Vgl. auch die „Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des BVerfG 2017“, EuGRZ 2018, 231.

Pflichten des Dienstherrn vor Begründung des Beamtenverhältnisses*

Mirko Hecklinger, Prof. Dr. Jochen Hartmannshenn und Nils Hornickel

Im Arbeitsrecht entsteht während der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses ein gesetzliches Schuldverhältnis nach den Grundsätzen der c.i.c. Dieses Rechtsinstitut ist im Beamtenrecht nicht kodifiziert, so dass auf den ersten Blick im Beamtenrecht keine Regelung bereitsteht, die den Schutz im Rahmen der Anbahnung einer Ernennung regelt. Dabei können auch vor der Begründung

eines Beamtenverhältnisses Konstellationen entstehen, in denen Pflichtverstöße des Dienstherrn und deren Folgen betrachtet werden müssen. Zu denken wäre beispielsweise an den Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis aufgrund der Zusage der Berufung ins Beamtenverhältnis kündigt, die Ernennung jedoch nicht zustande kommt.

I. Grundlagen des Beamtentums

Das Beamtenverhältnis wird durch einen öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt, die Ernennung, begründet.¹ Die Ernennung wird grundsätzlich mit dem Tag der Aushändigung der Ernennungsurkunde wirksam, solange in der Urkunde nicht ein späterer Zeitpunkt festgelegt wurde (Wirkungsurkunde). Mit der Begründung des Beamtenverhältnisses entstehen für den Beamten und den Dienstherrn² Rechte und Pflichten aus dem gegenseitigen Dienst- und Treueverhältnis. Diese besondere Bindung wird durch die Treuepflicht des Beamten einerseits und die Fürsorgepflicht des Dienstherrn andererseits charakterisiert, wobei zwischen beiden ein synallagmatisches Verhältnis besteht.³ Wesentlich für die Begründung von Rechten und Pflichten sind neben dem gegenseitigen Treueverhältnis die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aus denen sich auch die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten ergibt.⁴ Neben der Pflicht zur Fürsorge ergibt sich aus § 45 S. 2 BeamtStG die Pflicht zum Schutz. Hierdurch werden z. B. Arbeitsschutz⁵, Mutterschutz, Teilzeitarbeit, Erholungsurlaub genauso sichergestellt wie das Alimentsprinzip, welches den angemessenen Lebensunterhalt des Beamten garantieren soll gewährleistet.⁶ Diese Fürsorgepflicht des Dienstherrn bezieht sich jedoch nur auf das bestehende Beamtenverhältnis. Pflichten vor Begründung des Beamtenverhältnisses sind nicht in dieser Form gesetzlich geregelt. Obwohl das Beamtenverhältnis als Sonderrechtsverhältnis den Beteiligten einen höheren Schutz bei Bestehen des Verhältnisses zubilligt, sind Arbeitnehmer bereits zu einem früheren Zeitpunkt durch die Regelungen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses (§ 311 Abs. 2 BGB) geschützt.

II. Anbahnungsverhältnis im Privatrecht

Das vorvertragliche Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht bei Vorliegen einer der Fälle aus § 311 Abs. 2 BGB⁷. Die Aufnahme von Vertragsverhandlungen umfasst rechtsgeschäftliche Kontakte, die den Abschluss eines Vertrags unmittelbar zum Ziel haben.⁸ Hierbei stellt die Vertragsanbahnung den Grundtatbestand dar⁹ und ist entsprechend weit auszulegen.¹⁰ Neben der Möglichkeit eines Vertragsabschlusses bedarf es bei der Vertragsanbahnung noch der Einwirkungsmöglichkeit in die Rechte des Anderen. Unter den Auffangtatbestand der ähnlichen geschäftlichen Kontakte sind insbesondere geschäftliche Kontakte zu verstehen, die noch nicht unmittelbar auf die Anbahnung des Vertrags abzielen, sondern diesen beispielsweise vorbereiten.¹¹

Das Anbahnungsverhältnis im Arbeitsrecht fällt zweifellos unter den Tatbestand des § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹² Folglich entsteht bereits bei den Vorverhandlungen ein gesetzliches Schuldverhältnis, das zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) verpflichtet. Das Schuldverhältnis entsteht dabei erst mit der konkreten Anbahnung des Vertrags, nicht bereits mit der Stellenausschreibung.¹³ Den Arbeitgeber treffen in der Anbahnungsphase zahlreiche Aufklärungs-, Mitwirkungs-, und Schutzpflichten, wie z. B. die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Auskunft.¹⁴

Verletzt der Arbeitgeber eine dieser Nebenpflichten, kann für den Bewerber ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB entstehen. Hinsichtlich des Umfangs kann der Bewerber regelmäßig nur den Vertrauensschaden verlangen.¹⁵ Das heißt, dass der Bewerber nicht so gestellt wird, als wäre das Arbeitsverhältnis zustande gekommen.¹⁶ Der Vertrauensschaden ist jedoch nicht auf das Erfüllungsinteresse begrenzt.¹⁷ Vielmehr kann der Bewerber Schadensersatz in der Höhe seiner bisherigen Einnahmen bis zum Ablauf der ordentlichen Kündi-

gungsfrist verlangen.¹⁸ Es stellt sich die Frage, ob der angehende Beamte ähnliche Rechte besitzt.

1. Anspruch aus Verletzung der Fürsorgepflicht vor Begründung des Beamtenverhältnisses

Der BGH hat im Falle einer verzögerten Aushändigung der Ernennungsurkunde eine Verletzung der Fürsorgepflicht gesehen.¹⁹ Durch die Anerkennung eines Anspruchs aus Verletzung der Fürsorgepflicht wurde damit eine Ausweitung der Fürsorgepflicht auf die Zeit vor Begründung des Beamtenverhältnisses vorgenommen. Auch das BAG lehnte bereits eine Umdeutung eines nichtigen Beamtenverhältnisses in ein Arbeitsverhältnis ab und verwies auf einen Anspruch aus Verletzung der Fürsorgepflicht oder aus „vorbeamtlicher“ Pflichten.²⁰ Das BVerwG lässt diese Frage ausdrücklich offen.²¹

Auch in der Literatur finden sich Stimmen, die eine Ausweitung des Fürsorgeanspruchs für denkbar halten. So meint v. Roettken bei Berufungen in ein nicht wirksames Beamtenverhältnis, dass die Fürsorgepflicht „insoweit schon auf die Verhandlungen zur Begründung des Beamtenverhältnisses ausstrahlt“²². Hoffmann wehrt

- 1) Werres, in: BeckOK BeamtenR Bund, BeamtStG, Stand: 1.6.2017, § 3, Rn. 8.
- 2) Der Dienstherrnegriff ergibt sich aus § 2 BeamtStG bzw. § 2 HBG.
- 3) Werres, in: BeckOK BeamtenR Bund (Fn. 1), § 3, Rn. 4.
- 4) Kohde, in: v. Roettken/Rothländer, BeamtStG, Stand: 11/2017, § 45, Rn. 6.
- 5) Kohde, in: v. Roetteken/Rothländer (Fn. 4), § 45, Rn. 45.
- 6) Badura, in: Maunz/Düring, GG, Stand: 9/2017, Art. 33, Rn. 72. Zur Beurteilung, ob eine verfassungswidrige Alimentation vorliegt, hat das BVerfG ein zweistufiges Prüfungsschema mit verschiedenen Parametern entwickelt; hierzu BVerfG, Beschluss vom 5.5.2015 – 2 BvL 17/09 – juris, Rn. 97 ff.
- 7) Mit dieser Regelung wurde im Rahmen der Schuldrechtsreform das in der Lehre entwickelte Rechtsinstitut der c.i.c. in den Gesetzesrahmen übernommen. Kernaussage der c.i.c. war, dass bereits vor Vertragsschluss eine ausreichend enge Beziehung zwischen den Vertragspartnern entstehen kann, die es nötig macht, die Vertragspartner einer vertragsähnlichen Haftung zu unterwerfen (zur Geschichte der c.i.c.: Emmerich, in: MüKoBGB, BGB, § 311, Rn. 35 ff.). Fälle des § 311 Abs. 2 BGB sind: Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1), die Vertragsanbahnung (Nr. 2) und ähnliche geschäftliche Kontakte (Nr. 3).
- 8) Kindl, in: Erman, BGB, Stand: 2017, § 311, Rn. 20.
- 9) Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 311, Rn. 23.
- 10) Emmerich, in: MüKoBGB (Fn. 7), § 311, Rn. 45.
- 11) BT-Drs. 14/6040, S. 163.
- 12) Edenfeld, in: Erman (Fn. 8), § 611 BGB, Rn. 261.
- 13) Die Stellenausschreibung ist insoweit nur als invitatio ad offerendum zu betrachten. Hierzu Jousen, in: BeckOK ArbR, BGB, Stand: 1.12.2017, § 611, Rn. 4.
- 14) Nähere Ausführungen hierzu Grüneberg, in: Palandt (Fn. 9), § 311, Rn. 52; Jousen, in: BeckOK ArbR (Fn. 13), § 611, Rn. 11 ff.
- 15) Jousen, in: BeckOK ArbR (Fn. 13), § 611, Rn. 15; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 9), § 311, Rn. 55.
- 16) Nur in vereinzelten Fällen kann ein Zwang zum Vertragsabschluss bestehen. Beispielsweise bei der später nicht eingehaltenen Zusage der Umwandlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in ein unbefristetes gleicher Art, hierzu Preis, in: ErfK, Stand: 2018, § 611a, Rn. 268.
- 17) Emmerich, in: MüKoBGB (Fn. 7), § 311, Rn. 186.
- 18) Jousen, in: BeckOK ArbR (Fn. 13), § 611, Rn. 16.
- 19) BGH, Urteil vom 7.7.1983 – III ZR 182/82 – juris, Rn. 28 ff. Hierbei handelte es sich bei den Geschädigten nicht um Beamte, die bereits einen grundsätzlichen Anspruch auf Einhaltung der Fürsorgepflicht haben.
- 20) BAG, Urteil vom 8.12.1959 – 3 AZR 323/56 – juris, Rn. 25.
- 21) BVerwG, Urteil vom 19.1.1967 – VI C 73/64 – juris, Rn. 53.
- 22) v. Roetteken/Rothländer (Fn. 4), § 8 BeamtStG, Rn. 137.