

Parkinson nachgewiesen hat. So fällt auf, dass bei Anhörungen in Innenausschüssen grundsätzliche Zustimmung von polizeikritischen Gremien und NGOs kommt, während Landtag-, Städte- und Gemeindetage, aber auch Juristen eher distanzierter argumentieren und auf die Gefahr eines zunehmenden Beauftragtenwesens neben den an sich zuständigen Stellen sowie auf den erhöhten Verwaltungsaufwand und unnötige Parallelzuständigkeiten hinweisen.<sup>35</sup> Ohnehin können die Kontrolleinrichtungen keine dienstrechtlichen Entscheidungen treffen, die das zwischen dem Dienstherrn und dem Beamten bestehende grundsätzliche Dienst- und Treueverhältnis berühren. Die bisher vorliegenden Ergebnisse lassen eher eine Überschätzung der bisherigen Kontrolleinrichtungen vermuten, da die Datenbasis immer noch schmal ist und seriöse wissenschaftliche Abhandlungen zur Wirkung von Kontrollmechanismen immer noch fehlen.

Weitgehend ungeklärt ist die Rechtsfrage, ob etwaige Beschwerdeverfahren irgendwelche dienstrechtlichen Folgen für betroffene Polizeibeamte haben, da z. B. die im Wege der gegenseitigen polizeilichen Unterstützung in andere Bundesländer entsandte Polizeibeamten unverändert dem Dienstrecht und damit der Disziplinarbefugnis der jeweiligen Dienstherrn unterstehen. Nach § 71 Abs. BDG hat der Dienstvorgesetzte die Dienstpflicht, ein Disziplinarverfahren einzuleiten, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen. Nach § 22 Abs. 3 BDG kann ein Disziplinarverfahren ausgesetzt werden, wenn in einem anderen gesetzlich geordneten Verfahren über eine Frage zu entscheiden ist, deren Beurteilung für die Entscheidung im Disziplinarverfahren von wesentlicher Bedeutung ist. Nach § 23 BDG können die in einem anderen gesetzlich geordneten Verfahren getroffenen Feststellungen einer Entscheidung im Disziplinarverfahren ohne nochmalige Prüfung zugrunde gelegt werden. Nach § 24 Abs. 2 BDG können Aussagen von anderen Personen, die schon in einem anderen gesetzlich geordneten Verfahren vernommen worden sind, ohne erneute Beweiserhebung verwendet werden.

Innerhalb der Berufsvertretungen der Polizeien ist das Meinungsbild zur externen Kontrolle uneinheitlich. Während die uniformierten Standesvertretungen die Erforderlichkeit einer Kontrolle jenseits der Möglichkeiten des Rechtsstaates bezweifeln, sieht die kriminalpolizeiliche Interessenorganisation eher die Vorteile derartiger Einrichtungen und plädiert sogar für ein spezielles Whistleblower-System, das bereits jetzt schon in der Wirtschaft als erfolgreiches Instrument von Compliance-

Organisationen eingeführt ist und die Möglichkeit niedrigschwelliger Zugangs bei umfassendem Identitätsschutz bietet. Damit könnte die Mauer des Schweigens – der Code of Silence – aufgebrochen werden, durch die sich Beamte aus falsch verstandenem Korpsgeist veranlasst sehen, keine Informationen über Fehlverhalten von Kollegen zu offenbaren. Allerdings sollte die Gefahr denunziatorischen Missbrauchs in einer auf gegenseitiges Vertrauen und Teamwork verpflichteten Organisation wie die Polizei nicht unterschätzt werden. Positiv ist festzustellen, dass eine Klimaveränderung bei Kritikern von Kontrolleinrichtungen dort eingetreten ist, wo im Vorfeld Überzeugungsart geleistet wurde, sowie bei den Einrichtungen, in denen Polizeibeamte gleichberechtigt neben sich beschwert fühlenden Bürgern ihr Anliegen vorbringen können. Auch wird zunehmend deutlicher, dass unabhängige Kontrollinstanzen sich als Firewall gegen unzutreffende und unqualifizierte Vorwürfe eignen, da ihre Tätigkeit als Korrektiv prospektiv verhindern kann, dass die Medien verzerrt oder einseitig auf Grundlage fragwürdiger Sekundärquellen berichten.

Abgesehen von wenigen Sonderwegen ist der Prozess der Einrichtung von Konstrukten zur Kontrolle polizeilichen Handelns irreversibel, da die öffentliche Verwaltung neben der Förderung, von Transparenz als Ausdruck von Legitimität zunehmend mehr Initiativen zur Kultivierung von Rechenschaftspflichten<sup>36</sup> entwickelt, bei denen der politische Akteur im Rahmen der Rechtfertigungskette bei Erlass einengender Regeln verpflichtet ist, das eigene Verhalten zu erklären und zu rechtfertigen. Mithin wird mit Kontrolleinrichtungen ein nicht zu unterschätzender Beitrag zur Erhöhung der Akzeptanz staatlicher Maßnahmen geleistet, zumal ein Frühwarnsystem zur frühzeitigen Identifizierung von strukturellen Mängeln und Fehlverhalten als Beitrag zur Konfliktlösung im Interesse des Dienstherrn ist. Kontrolleinrichtungen müssen dann aber personell und materiell auch in die Lage versetzt werden, vertiefend die Ursachen für Fehlentwicklungen zu analysieren und auszuwerten. Ein derartiges analytisches Controlling wird nur dann Früchte tragen, wenn die Analyseergebnisse konsequent in der Aus- und Fortbildung sowie gegebenenfalls durch Strukturveränderungen in der Organisation umgesetzt oder erforderlichenfalls einer wissenschaftlichen Überprüfung zugeführt werden.

35) Vgl. beispielhaft Stellungnahmen zur Drs. 6/13040, LT Sachsen.

36) Englisch: Public Accountability.

## Die dienstliche Beurteilung schwerbehinderter Beamtinnen und Beamter unter Beachtung des Leistungsprinzips

Michael Conrad

*Die rechtssichere Beurteilung von schwerbehinderten<sup>1</sup> Beamtinnen und Beamten stellt gerade in der Praxis den Anwender immer wieder vor die große Herausforderung, wie der Umstand der Schwerbehinderung im Rahmen des Bewertens zu berücksichtigen ist. Der folgende Beitrag zeigt die rechtlichen Rahmenbedingungen, Überlegungen und Vorgehensweisen auf. Der Verfasser orientiert sich an der Rechtslage in Bayern. Dabei kann auch eine kritische Betrachtung der Bayerischen Inklusionsrichtlinien vom 29.4.2019 (BayMBl. Nr. 165) nicht ausbleiben.*

1) Der Autor verwendet durchgängig die Bezeichnung der „Schwerbehinderung“ in der jeweils gebotenen sprachlichen Variante. Auch wenn § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX und Art. 118a S. 1 der Bayerischen Verfassung (BV) die Bezeichnung „Menschen mit Behinderung“ nahelegen, orientiert sich die Begrifflichkeit an der in der Verwaltung gängigen Praxis. Damit ist keinerlei Wertung verbunden. Der Autor ist selbst schwerbehindert.

## I. Ausgangslage

Grundsätzlich stehen Schwerbehinderte<sup>2</sup> unter besonderem staatlichem Schutz. So verbieten schon der besondere Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, ebenso wie Art 118a Satz 1 der Bayerischen Verfassung (BV) die Benachteiligung Schwerbehinderter. Diese verfassungsrechtlichen Gebote werden durch eine Vielzahl von Vorschriften weiter konkretisiert. Gem. § 164 Abs. 2 SGB IX dürfen Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Übrigen verweist die Vorschrift auf die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). § 24 Nr. 1 AGG bestimmt insoweit, dass die Regelungen des AGG, freilich unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung, für Beamtinnen und Beamte des Bundes der Länder, der kommunalen Gebietskörperschaften und der unter staatlicher Aufsicht stehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts entsprechend gelten. Somit dürfen auch Beamtinnen und Beamte wegen ihrer Behinderung nicht benachteiligt werden (Art. 1 i. V. m. Art. 7 AGG), soweit dies mit der besonderen Ausgestaltung eines öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses<sup>3</sup> vereinbar ist. In Art. 99 Abs. 1 Satz 2 des Bayerischen Beamtengesetzes (BayBG) findet sich eine Ermächtigung für das Bayerische Staatsministerium der Finanzen und für Heimat, zur Ausgestaltung der Vorschriften des SGB IX auf schwerbehinderte und gleichgestellte Beamte, Beamtinnen, Bewerber und Bewerberinnen im öffentlichen Dienst entsprechende Verwaltungsvorschriften zu erlassen.<sup>4</sup> Weitere Regelungen enthält das bayerische Laufbahnrecht. Gem. Art 21 Abs. 2 des Gesetzes über die Leistungslaufbahn

- 2) Schwerbehindert sind gem. § 2 Abs. 2 SGB IX Menschen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 oder solche, bei denen ein Grad der Behinderung von mindestens 30 vorliegt, wenn sie Schwerbehinderten gleichgestellt sind, vgl. § 2 Abs. 3 SGB IX.
- 3) Art. 33 Abs. 4 GG, § 3 Abs. 1 BeamtStG.
- 4) Beispiel hierfür sind die Richtlinien über die Inklusion behinderter Angehöriger des Öffentlichen Dienstes in Bayern (Bayerische Inklusionsrichtlinien – BayInkIR) vom 29.4.2019 (BayMBl.Nr.165), die im Folgenden noch einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.
- 5) Leistungslaufbahngesetz – LlbG vom 5.8.2010 (GVBl. S 410, 571).
- 6) Dort Ziffer 9.
- 7) Vgl. hierzu *Baßlsperger*, in: Weiss, Niedermaier u. a., Beamtenrecht in Bayern, § 1 BeamtStG, Rn. 44.
- 8) *Baßlsperger* (Fn. 7), § 1 BeamtStG, Rn. 69.
- 9) BVerfG vom 7.7.1982 – 2 BvL 14/78 – BVerfGE 61, 43/47 = DVBl. 1983, 78; BVerfG vom 10.12.1985 – 2 BvL 18/83 – BVerfGE 71, 255/268 = BayVBl. 1986, 493 = ZBR 1986, 242; BVerfG vom 28.5.2008 – 2 BvL 11/07 – BVerfGE 121, 205/226 = NVwZ 2008, 873 = ZBR 2008, 310 = ZTR 2008, 459; BVerfG vom 14.2.2012 – 2 BvL 4/10 – IÖD 2012, 71.
- 10) Zur europarechtskonformen Auslegung vgl. § 7 Abs.1 Nr. 1 BeamtStG.
- 11) Mit § 9 BeamtStG ist dieser verfassungsrechtliche Grundsatz in formelles Bundesrecht umgesetzt.
- 12) Die berufliche Förderung ist Bestandteil der Fürsorgepflicht aus § 45 BeamtStG, vgl. *Conrad*, in: Weiss/Niedermaier u. a., Beamtenrecht in Bayern, § 45 BeamtStG, Rn. 167 ff.
- 13) BVerfG vom 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11 – ZBR 2012, 252 = BayVBl. 2012, 336 = DVBl. 2012, 900 = NVwZ 2012, 368.
- 14) z. B. BVerwG vom 18.7.2001, Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 22 = ZBR 2001, 211; BVerwG vom 19. 12 2014 – 2 VR 1/14 – Buchholz 11 Art 33 Abs 2 GG Nr 65 = IÖD 2015, 38.
- 15) Vgl. Art. 21 Abs. 2 LlbG.
- 16) BVerwG vom 25.2.1988 – 2 C 72/85 – ZBR 1988, 219 = DÖD 1988, 168, im Zusammenhang mit der Beurteilung Schwerbehinderter spricht man vom „behinderungsbedingten Nachteilsausgleich“.
- 17) BVerwG vom 25.2.1988 (Fn. 16); *Conrad*, in: Weiss/Niedermaier u. a. (Fn. 12), § 59 LlbG, Rn. 19.

und die Fachlaufbahnen der bayerischen Beamten und Beamtinnen<sup>5</sup> ist bei der Beurteilung der Leistung schwerbehinderter Beamter und Beamtinnen eine eventuelle Minderung der Arbeits- und Verwendungsfähigkeit durch ihre Behinderung zu berücksichtigen. Letztlich finden sich zur Beurteilung schwerbehinderter Beamtinnen und Beamter auch Regelungen in Nr. 9 der Richtlinien über die Inklusion behinderter Angehöriger des Öffentlichen Dienstes in Bayern (Bayerische Inklusionsrichtlinien – BayInkIR)<sup>6</sup> vom 29.4.2019, auf die die Allgemeinen Beurteilungsrichtlinien des Freistaates Bayern (VV-BeamtR, Abschnitt 3, Ziffer 5) verweisen.

Die Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Rahmen dienstlicher Beurteilung muss aber immer der besonderen Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses Rechnung tragen. Dieses ist geprägt von den, in Art. 33 Abs. 5 GG manifestierten, hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums<sup>7</sup> Zu diesen gehört auch das Leistungsprinzip<sup>8,9</sup>, das in Art. 33 Abs. 2 GG eine eigenständige Ausgestaltung findet und im Kontext dienstlicher Beurteilung besondere Beachtung beansprucht.

## II. Leistungsprinzip, Art. 33 Abs. 2 GG

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche<sup>10</sup> nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt<sup>11</sup>. Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen<sup>12</sup> dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet<sup>13</sup>. Die Beachtung des Leistungsprinzips gem. Art. 33 Abs. 2 GG ist also, wie der Begriff „Zugang“ auf den ersten Blick nahelegen mag, nicht (nur) auf die erstmalige Einstellung beschränkt, sondern erfasst auch die Übertragung höherer Ämter insbesondere im Wege der Beförderung und der Übertragung höherbewerteter Dienstposten. Dazu hat die Rechtsprechung durchgängig immer wieder herausgearbeitet und klargestellt, dass die dienstliche Beurteilung das vorrangige beamtenrechtliche Instrument ist, mit dem das aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Verfassungsgebot umzusetzen ist.<sup>14</sup>

## III. Berücksichtigung der Behinderung bei dienstlicher Beurteilung

Soweit im Rahmen dienstlicher Beurteilung schwerbehinderter Beamtinnen und Beamten eine eventuelle Minderung der Arbeits- und Verwendungsfähigkeit nach gesetzlichen Vorschriften zu berücksichtigen ist<sup>15</sup>, gibt dies dem Dienstherrn die Möglichkeit, freilich nur, soweit mit dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar, einen Ausgleich der durch die Behinderung bedingten Nachteile zu schaffen<sup>16</sup>. Schutzbestimmungen des Schwerbehindertenrechts dienen aber nicht dazu, sonstige, mit der Behinderung nicht in Zusammenhang stehende Mängel und berufliche Nachteile auszugleichen. Daraus folgt, dass bei der Beurteilung Schwerbehinderter nur eine durch die Behinderung bedingte quantitative Minderleistung zu berücksichtigen ist. In qualitativer Hinsicht sind dagegen die für alle Beamten geltenden allgemeinen Beurteilungsmaßstäbe anzulegen.<sup>17</sup> Eine Berücksichtigung behinderungsbedingter qualitativer Leistungsmängel würde zu einer fiktiven Leistungsbewertung und damit letztlich zu einer weder vom Gesetz ge-