

# Von Menschen und Hirschen – Spieltheorie und Beurteilungsrecht

Sabine Leppek und Harald Kania<sup>1</sup>

*Das Beurteilungsrecht ist ein für die Verwaltungspraxis besonders relevanter Teil des Laufbahnrechts. In diesem Beitrag soll einmal nicht die richterliche Spruchpraxis und ihre Auswirkungen im Vordergrund stehen. Vielmehr geht es hier um eine verhaltensökonomische Betrachtung, auf deren Grundlage die Kernprobleme, die die Verwaltungspraxis in jeder Regelbeurteilungsrunde erneut lösen muss, sichtbar werden sollen. Mit Hilfe der „Hirschjadparabel“ von Jean-Jacques Rousseau werden spieltheoretische Modelle angeführt und auf das Beurteilungswesen bezogen. Das Fazit in aller Kürze: Eine ausschließlich rechtsprechungsorientierte Betrachtungsweise zu Einzelfragen des Beurteilungsrechts wird die Schwachstellen des derzeitigen Beurteilungssystems nicht abstellen können. Verbesserungen werden darüber hinaus nur auf der Grundlage empirischer Forschung und unter Einbeziehung verhaltensökonomischer und psychologischer Aspekte möglich sein. Ein längerer Weg, der sich aber – gerade aus der Sicht leidgeprüfter Verwaltungspraktiker in den Personalabteilungen von Bund, Ländern und Gemeinden – durchaus lohnen könnte.*

## I. Zu Beginn

Die dienstliche Beurteilung wird auf vielen rechtswissenschaftlichen Tagungen und in den meisten Veröffentlichungen in der Regel behandelt, indem die aktuellen rechtlichen Entwicklungen in diesem Bereich rezipiert, kritisiert und kommentiert werden.

Der Gesetzgeber hat durch Artikel 1 des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamten sowie zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 28. Juni 2021<sup>2</sup> dem bestehenden Gesetzesvorbehalt Rechnung getragen<sup>3</sup> und die wesentlichen Entscheidungen über die dienstliche Beurteilung in § 21 BBG konkretisiert sowie eine Verordnungsermächtigung aufgenommen. Dadurch werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG (Leistungsgrundsatz, Prinzip der Bestenauslese) auf einfache gesetzlicher Ebene weiter konkretisiert. Auf Verordnungsebene finden sich in den §§ 48–50 BLV wesentliche Vorgaben für die Erstellung der Beurteilung und das Beurteilungsverfahren. Aufgrund der Ermächtigung in § 50 Abs. 1 Satz 2 und 3 BLV werden weitere Einzelheiten auf der Ebene von Beurteilungsrichtlinien getroffen, die für die gleichmäßige Rechtsanwendung in den obersten Dienstbehörden und ihren Geschäftsbereichen sorgen.<sup>4</sup> Die dienstliche Beurteilung ist nach alledem das Instrument, das bei allen Konkurrenzentscheidungen im Beamtenverhältnis von zentraler Bedeutung ist.

Eine wesentliche Rolle kommt im Beurteilungsrecht der ausufernden und wendungsreichen *Rechtsprechung* der Instanz- und Obergerichte sowie des Bundesverwaltungsgerichts zu. Die Flut der laufend auszuwertenden Entscheidungen betrifft eine ganze Reihe von Problemfeldern: Von den Anforderungen an ein Vier-Augen-Prinzip<sup>5</sup> über die fiktive Fortzeichnung der Beurteilung<sup>6</sup> hin zu Besonderheiten bei der Beurteilung schwerbehinderter Menschen<sup>7</sup> gibt es viele praxisrelevante Probleme zu besprechen, die Aufzählung ist nicht abschließend. In den

letzten etwa 10 Jahren hat sich das Bundesverwaltungsgericht neben anderen Aspekten insbesondere mit den Anforderungen an die Begründung des Gesamturteils einer Beurteilung im Ankreuzverfahren<sup>8</sup> beschäftigt und hier durch eine weitere Entscheidung inzwischen für eine gewisse Verunsicherung gesorgt.<sup>9</sup> Seit 2012 scheint daneben auch die Anlassbeurteilung in den Fokus gerückt und – etwas überspitzt formuliert – zum Abschluss freigegeben zu sein.<sup>10</sup> Auch die Rechtsprechung zum Verhältnis der Feststellungen zu Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung im Gesamturteil ist wendungsreich.<sup>11</sup>

Auf der Ebene der *Exekutive* sehen sich die Mitarbeitenden in den Personalreferaten der Behörden mit der Aufgabe konfrontiert, die rechtlichen Vorgaben, die sich aus Regelungen auf Gesetzes-, Verordnungs- und Richtlinienebene sowie dem Richterrecht ergeben, umzusetzen. Ziel ist dabei vor allem ein rechtsbeständiges Beurteilungsverfahren – und auf dessen Grundlage rechtsbeständige Auswahlentscheidungen – zu garantieren. Die Verwaltung ist hier wegen der Lückenhaftigkeit, teilweisen Widersprüchlichkeit und Komplexität der zu berücksichtigenden Vorgaben auf unterschiedlichen Ebenen vor eine nahezu unlösbare Aufgabe gestellt. Der sich daraus ergebende Kollateralschaden besteht für die Behörden immer häufiger in den sich anschließenden Klageverfahren gegen eine dienstliche Beurteilung selbst sowie Konkurrentenstreitigkeiten im einstweiligen Rechtsschutz gegen Auswahlentscheidungen, die in der Regel auf dienstlichen Beurteilungen basieren (müssen). Dabei ist es in einem Rechtsstaat wichtig und richtig, dass solche

- 1) Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verfasserin und der Verfasser am 19. Mai 2022 auf dem 1. Mannheimer Dienstrechtsforum des Mannheimer Instituts für das Personalmanagement der Bundeswehr (MIP) gehalten haben.
- 2) BGBI. I S. 2250; die Darstellung orientiert sich im Folgenden am Bundesrecht, ist aber auf landes- und kommunalrechtliche Verhältnisse übertragbar.
- 3) BVerwG, Urteil vom 7.7.2021 – 2 C 2.21.
- 4) Bei den Beurteilungsrichtlinien handelt es sich um Innenrecht, auch der Abschluss von Dienstvereinbarungen zwischen Dienststelle und Personalvertretung ist zulässig. Vgl. hinsichtlich der Mitbestimmung des Personalrats auch § 80 Abs. 1 Nr. 11 BPersVG.
- 5) BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 2 C 21.16 nach uneinheitlicher Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg und OVG NRW zu dieser Frage beim Auswärtigen Amt und bei der Bundesnetzagentur.
- 6) BVerwG, Urteil vom 16.12.2010 – 2 C 11.09.
- 7) S. insbesondere zu Leistungsmängeln bei Schwerbehinderung BVerwG, Urteil vom 25.2.1988 – 2 C 72.85.
- 8) BVerwG, Urteil vom 17.9.2015 – 2 C 5.15: Begründung des Gesamturteils bei Ankreuzbeurteilungen zwecks Plausibilisierung der Gewichtung inhomogen bewerteter Einzelmerkmale notwendig.
- 9) BVerwG, Urteil vom 9.5.2019 – 2 C 1.18: Beurteilung unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne Begründung rechtmäßig.
- 10) BVerwG, Urteil vom 9.5.2019 – 2 C 1.18; im Anschluss Beschluss vom 2.7.2020 – 2 A 6.19.
- 11) BVerwG, Urteil vom 19.3.2015 – 2 C 12.14: Befähigungsbeurteilung entzieht sich einer (...) Gesamtbewertung, dann BVerwG, Urteil vom 7.7.2021 – 2 C 2.21 – sowie vom 9.9.2021 – 2 A 3.20: In das Gesamturteil sind sämtliche vom Dienstherrn bewerteten Einzelmerkmale zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung einzubeziehen, daneben ist eine zusammenfassende gesonderte Bewertung der Befähigung nicht geboten.