

nommen werden und infolgedessen auch dort bleiben.<sup>25</sup> Andernfalls könnten die Personalakten ihren Zweck, ein möglichst lückenloses Bild der Entstehung und Entwicklung des Dienstverhältnisses als historischen Geschehensablauf zu geben, nicht erfüllen.<sup>26</sup>

Die Vorstellung, dass Beurteilungsbeiträge nicht in die Personalakten aufzunehmen wären, passt daher nicht in die Gesamtstruktur des Personalaktenrechts. Sie trägt dem Gewicht, das Beurteilungsbeiträge in der Rechtsprechung zwischenzeitlich erhalten haben, nicht angemessene Rechnung. In der Literatur werden dementsprechend etwa Aufzeichnungen über Assessment-Center, strukturierte Interviews oder Protokolle von Gremienentscheidungen unter den materiellen Personalaktenbegriff gefasst.<sup>27</sup> Auch insoweit handelt es sich aber nur um vorbereitende Schritte.

### 3. Alternativen?

Die Ausnahme vom Personalaktenbegriff wirft im Übrigen die Frage auf, in welcher Form Beurteilungsbeiträge sonst aufbewahrt werden sollten. Denn andere Unterlagen dürfen in die Personalakte nicht aufgenommen werden (§ 106 Abs. 1 Satz 5 BBG). Die in der Praxis wohl nicht selten anzutreffende Führung als „untechnische“ Nebenakte ist daher unzulässig (§ 106 Abs. 2 Satz 3 BBG).<sup>28</sup>

Damit müssten die personenbezogenen Beurteilungsbeiträge ausschließlich in einer Sachakte geführt werden – etwa für eine Regelbeurteilungsrunde oder für einen Bewerbungsvorgang. Hierdurch wird indes der Zusammenhang zu der Person, die von den Aktenvorgängen betroffen ist, gelöst. Derartige Nebenakten will das Personalaktenrecht mit dem Grundsatz der Vollständigkeit der Personalakte gerade vermeiden. Im Übrigen dienen Beurteilungsbeiträge auch nicht zu „besonderen, von der Person und dem Dienstverhältnis zu trennenden Zwecken“, wie dies für die Aufnahme in eine Sachakte erforderlich wäre.<sup>29</sup> Beurteilungsbeiträge gehören demnach in die Personalakte.<sup>30</sup>

### 4. Vollständigkeit der Personalakten

Der besprochene Anlassfall der Beurteilungsbeiträge gibt überdies Gelegenheit zu einem Plädoyer für die Vollständigkeit der Personalakte. Aus der disziplinarrechtlichen Praxis ist die „Flucht in die Entlassung“ bekannt. Beamte, die sich schwerwiegenden Disziplinarvorwürfen ausgesetzt sehen (regelmäßig geht es um Lehrer, die im Besitz kinderpornographischer Bilder waren), „bieten“ ihrem Dienstherrn die Entlassung auf Verlangen an. Dadurch wird diesem das Disziplinarverfahren erspart. Im Gegenzug soll aber nicht nur das Disziplinarverfahren unterbleiben, sondern auch ein entsprechender Eintrag in die Personalakte. Angesichts der Mangelsituation für Lehrkräfte gelingt den Betroffenen so regelmäßig eine Neueinstellung bei einem anderen Dienstherrn. Dass die geschilderten Vorwürfe aber das Dienstverhältnis des betroffenen Beamten betreffen und zur sachgerechten Information anderer Dienstherrn im Rahmen einer Bewerbung von erheblicher Bedeutung wären, liegt auf der Hand. Ihre Erfassung in der Personalakte darf daher – auch aus Rechtsgründen – nicht unterbleiben. In manchen Landesdisziplinargesetzen<sup>31</sup> ist hierfür sogar die Feststellung vorgesehen, dass der Beamte ohne die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis entfernt worden wäre.

In die Personalakte gehört daher nicht weniger, sondern mehr!

- 25) BVerwG, Urteil vom 30.8.1962 – 2 C 16.60 – BVerwGE 15, 3 (12).  
 26) BVerwG, Urteil vom 31.1.1980 – 2 C 5.78 – BVerwGE 59, 355 (356).  
 27) Vgl. etwa *Schnellenbach/Bodanowitz*, *Beamtenrecht in der Praxis*, 9. Aufl. 2017, S. 344, Rn. 21.  
 28) Vgl. zum Verbot der Führung weiterer Personalakten auch BT-Drs. 12/544, S. 15.  
 29) Vgl. BT-Drs. 12/544, S. 11.  
 30) Ebenso *Lorse*, *Die dienstliche Beurteilung*, 6. Aufl. 2016, Rn. 203 ff., mit weiteren datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten; hierzu auch *Wolff*, ZBR 2019, S. 325 (329).  
 31) Vgl. etwa Art. 33 Abs. 2 S. 2 des Bayerischen Disziplinargesetzes.

## Gerechte Beurteilung von Beamten- und insbesondere Richterarbeit

Prof. Dr. Jan Bergmann\*

*Die dienstrechtliche Beurteilung ist keine mathematische Wissenschaft, sondern ein tatsachenbasierter Akt wertender Erkenntnis. Verfahrensvorgaben hierzu sind meist klar. Materiell aber scheint der ZPO bisweilen ihr BGB zu fehlen. Auch im Dienstrecht sollten Äpfel nicht an Birnen gemessen werden, weshalb vielfältig zu differenzieren ist. Gleichwohl folgen aus Grundgesetz und Rechtsprechung bereichsübergreifende Beurteilungsvorgaben, die zuletzt ausgeschärft wurden. Grundstürzender Neuerungen bedarf es nicht, weder bezüglich der Beurteilung von Beamten noch von Richtern. Allerdings darf der Richter auf Grenzen pochen. Auch wenn ihm Art. 97 GG kein Grundrecht zur Seite stellt, ist zumindest dessen Kernbereich auszuleuchten und zu wahren. Verwaltungsrichter scheuen sich nicht, den definierten Beurteilungsspielraum der Vollkontrolle zu unterwerfen. Beurteilungen sollten dabei aber nicht als Maßnahmen der Dienstaufsicht fehlinterpretiert werden. Geschieht dies dennoch, folgen aus der Spezialkompetenz der Richterdienstgerichte keine wesentlichen Prüfgren-*

*zen. Selbst in Zeiten der Asylberge darf „schnell – viel – billig“ nicht zum neuen BGB werden. „Langsam – wenig – teuer“ kann der Dienstherr hingegen regelmäßig rügen. Reflektieren wir dieses Spannungsverhältnis, treffen wir auf Überlegungen zum „Good Judging“.*

\* Vortrag zum Arbeitskreis Beamtenrecht auf dem 19. Verwaltungsgesichtstag 2019 in Darmstadt. Ausschließlich zur leichteren Vortrag- und Lesbarkeit wird die kürzere männliche Form verwendet. Der Autor ist Vorsitzender des Dienstrechtssenats des VGH Mannheim sowie ständiges Mitglied des DGH für Richter beim OLG Stuttgart. Herzlicher Dank gebührt der stv. Senatsvorsitzenden Dr. Cornelia Paehlke-Gärtner sowie der wissenschaftlichen Mitarbeit von cand.iur. Zelda Bamberger LL.M., die wesentliche Denkanstöße gaben.

## I. Zu den Grundsätzen des Beurteilungswesens

**These 1: Auch im Dienstrecht sollten Äpfel nicht an Birnen gemessen werden, sondern es ist plausibel begründet zu differenzieren und dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung zu tragen.**

a) Wesentlicher Grundsatz einer gerechten Beurteilung ist die Differenzierung. Dies beginnt damit, dass der grundrechtsartige Art. 33 Abs. 2 GG wegen der Garantie des gleichen Zugangs zu jedem öffentlichen Amte zur gesonderten Bewertung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zwingt<sup>1</sup>. Deshalb bestimmt § 21 Satz 1 BBG für Bundesbeamte, dass Eignung, Befähigung und fachliche Leistung regelmäßig zu beurteilen sind. Schon bei dem eigentlich die gesamte Persönlichkeit umfassenden Qualifikationsmerkmal der „Eignung“ muss unterdifferenziert werden im weiten Sinne, d. h. hinsichtlich der allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen, sowie im engen Sinne, also auch prognostisch bezüglich anlage- und entwicklungsbedingter Merkmale sowie physischer und psychischer Kräfte hinsichtlich berechtigter Dienstpflichterwartungen. Hier stehen die körperliche Leistungsfähigkeit, Gesundheit, Intelligenz und Willensstärke, aber auch die charakterliche Zuverlässigkeit, Arbeitsfreude, physische und psychische Belastbarkeit, Flexibilität, Kooperationsbereitschaft sowie gegebenenfalls die Führungskompetenz im Zentrum. Die „Befähigung“ zielt primär auf die dienstliche Verwendung sowie hierzu erforderliche wesentliche Fähigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten. Hier geht es um Wissen, Erfahrung und Können, weswegen eine entsprechende Vorbildung sowie die bisherige Berufspraxis, d. h. auch Aus- und Fortbildungen sowie ihre Erfolge gesondert zu beleuchten sind. Die „fachliche Leistung“ zielt schließlich auf diejenigen Beschäftigungsergebnisse, die den dienstlichen Anforderungen entsprechen. Hier geht es um den „Output“, um die Bewertung der tatsächlich geleisteten Arbeit, d. h. um ein Werturteil darüber, mit welcher Quantität, Qualität und Konstanz der Leistung den dienstlichen Anforderungen praktisch entsprochen wurde.

b) Bei dienstlichen Beurteilungen ist auch formal zu differenzieren, denn sie ergehen als Regel- oder Anlassbeurteilungen<sup>2</sup>.

Gesetzlich vorgesehen sind beide Beurteilungsarten für Bundesbeamte in § 48 Abs. 1 BLV. Für die Beamten der Länder und Kommunen hingegen fehlt es an einer entsprechenden Regelung. Es gibt bis heute Länder<sup>3</sup>, die für bestimmte Gruppen<sup>4</sup> keine Regelbeurteilung vorsehen. Sie begnügen sich mit Anlassbeurteilungen. Bei Beurteilungen muss jedenfalls differenziert gearbeitet werden, je nachdem, ob eine Probezeit, eine gewöhnliche Zeit im innegehabten Statusamt oder eine höherqualifizierende Erprobungszeit zu bewerten ist. Bei Probezeitbeurteilungen ist Maßstab das zur Erprobung innegehabte Statusamt und es soll primär bewertet werden, ob der Kandidat nicht geeignet, noch nicht geeignet oder geeignet bzw. genauer, in welchem Umfang er für dieses geeignet ist. Bei Regelbeurteilungen ist Maßstab das ausgeübte Statusamt, hinsichtlich dessen Eignung, Befähigung und fachliche Leistung differenziert im Sinne eines Rückblickes zu bewerten sind. Bei Anlassbeurteilungen soll hingegen der Blick nach vorne gerichtet werden im Sinne einer Eignungs- und Befähigungsprognose hinsichtlich des angestrebten Statusamtes. Dies geschieht aber nicht im luftleeren Raum, sondern hat – sofern vorhanden bzw. vorgesehen – auf der letzten Regelbeurteilung aufzusetzen. Die Anlassbeurteilung soll also aus der vorangegangenen Regelbeurteilung fortentwickelt werden. Im Schwerpunkt zeigt sie neben der Prognose deshalb auch eventuelle Veränderungen auf. Je kürzer der Beurteilungszeitraum zwischen Regel- und Anlassbeurteilung ist, desto bedeutsamer bleibt die Regelbeurteilung. Im Hinblick hierauf überraschende Auf- oder Abwertungen sind plausibel zu erläutern.

c) Gerechtigkeit hat immer auch mit Gleichheit und Gleichbehandlung zu tun. Um gerecht zu bewerten, muss der Beurteiler neben den skizzierten Differenzierungen penibel darauf achten, unparteiisch, sachlich, einfühlend, pflichtbewusst und verantwortungsfreudig zu sein und so auch vom Beurteilten wahrgenommen zu werden. Ein übertrieben großzügiger Beurteilungsmaßstab schadet ebenso wie ein allzu strenger. Denn es geht im Ergebnis darum, alle Bediensteten zutreffend zueinander ins Verhältnis zu setzen und so dem Leistungsgrundsatz sowie der Bestenauslese gerecht zu werden. Kein Dienstherr hat nur gleich sehr gute oder gleich sehr schlechte Mitarbeiter. Zur gerechteren Ausdifferenzierung können deshalb auch Richtwerte bzw. Quoten hilfreich sein. Dies allerdings nur, soweit sie tatsächlich „weich“ sind und so gehandhabt werden sowie im Sinne der Gaußschen Normalverteilung eine ausreichend große<sup>5</sup>, dennoch überschaubare und homogene Gruppe gegeben sowie zudem gewährleistet ist, dass sämtliche Beurteilungen vom gleichen Begriffsinhalt der einzelnen Notenstufen ausgehen<sup>6</sup>. Nicht hinzunehmen ist eine Praxis, in der (oft lebensältere) Beurteilte, nur, weil sie „nichts mehr werden wollen“, oder auch Teilzeitbeschäftigte in die unteren Quotenbereiche einsortiert werden. Nicht hinzunehmen ist selbstredend weiter, wenn Frauen, auf deren Einsatz im Übrigen jede Dienststelle heute mehr denn je angewiesen ist, gerade im karriereentscheidenden Beurteilungsbereich faktisch bzw. strukturell diskriminiert werden<sup>7</sup>, wofür ihr schwacher Anteil an Beförderungssämtern ein Indiz sein kann<sup>8</sup>. Dem ist entgegenzuwirken. Hierzu könnte insbesondere das anwendungsvorrangige Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union fruchtbar gemacht werden, das nach der Rechtsprechung des EuGH maßgeblich auf die soziale Wirklichkeit abzielt<sup>9</sup>.

d) Gleichheit und Gleichbehandlung bedeuten schließlich, dass einschlägige Sonderregelungen einheitlich beachtet und angewendet werden. Und hiervon gibt es viele. Zu beachtende Vorgaben des Beurteilungswesens ergeben sich aus Grundgesetz<sup>10</sup>, Bundesgesetzen<sup>11</sup>, der Bundeslaufbahnverordnung<sup>12</sup>, Landes-

- 1) Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.9.2016 – 2 BvR 2453/15 – juris m. w. N.
- 2) Zum Verhältnis Anlass- und Regelbeurteilung s. BVerfG, Urteil vom 9.5.2019 – 2 C 1.18 – juris.
- 3) Z.B. Hessen.
- 4) Z.B. Lehrer und Richter.
- 5) *Künzler* geht von 30 Richtern aus, vgl. SächsVBl 2008, 80, dort auch zum Problem der „Jubelbeurteilung“.
- 6) VGH BW, Urteil vom 25.9.2006 – 4 S 2087/13 – juris.
- 7) Einem „Anfangsverdacht“ zugunsten von Männern bzw. Vollzeitbeschäftigten geht *Kathke* nach, RiA 2019, S. 56.
- 8) Ausführlich hierzu *Lorse*, DÖV 2017, S. 455.
- 9) Vgl. nur Art. 19, 157 IV AEUV und Art. 23, 25 GRCh; hierzu schon *Maurer*, in: Bergmann/Kenntner, Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 2002, S. 351.
- 10) Insbesondere Art. 33 Abs. 2 und 19 Abs. 4 GG.
- 11) § 21 BBG: Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Beamtinnen und Beamten sind regelmäßig zu beurteilen. Ausnahmen von der Beurteilungspflicht kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung regeln. S. auch § 9 BeamStG: Ernennungen sind nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen.
- 12) Dort §§ 48-50 BLV, § 33 Abs. 1 BLV.