

Herrn
Dr. Werner Pfeil MdL
Vorsitzender des Rechtsausschusses

Landtag Nordrhein-Westfalen

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
17/4968**

A14

**Stellungnahme im Rahmen der Anhörung von Sachverständigen durch den
Rechtsausschuss des Landtags Nordrhein-Westfalen**

„Gesetz zur Umsetzung des Rechtssatzvorbehaltes bei dienstlichen Beurteilungen in der Justiz“

Gesetzentwurf der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP, Drucksache
17/16487

Anlage: 1

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

anliegend übersende ich meine schriftliche Stellungnahme im Rahmen der oben
genannten Anhörung. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme bedanke ich mich.

Mit freundlichen Grüßen

Stellungnahme im Rahmen der Anhörung von Sachverständigen durch den Rechtsausschuss des Landtags Nordrhein-Westfalen

„Gesetz zur Umsetzung des Rechtssatzvorbehaltes bei dienstlichen Beurteilungen in der Justiz“

Gesetzentwurf der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP, Drucksache 17/16487

A. Vorbemerkung und Zusammenfassung des Ergebnisses

Der Gesetzentwurf hat den Zweck, durch die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) notwendig gewordene Anpassungen im LRiStaG NRW und in der LVO NRW vorzunehmen. Der in den Gründen des Entwurfs geltend gemachte Zeitdruck für eine Anpassung sollte allerdings nicht dazu führen, dass eine vertiefte Diskussion um den Umfang der Anpassungen zu kurz kommt. Zum einen hat der Gesetzgeber auch in Bezug auf die Regelung dienstlicher Beurteilungen einen gewissen Gestaltungsspielraum. Welche Beurteilungsaspekte der Gesetzgeber im Dienstrecht gerade für den Bereich der Justiz gesetzlich regeln möchte, ist nicht nur angesichts der Bedeutung der Vorschriften für den verfassungsrechtlichen Schutz des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern, sondern auch für die Qualität der Arbeit der dritten Staatsgewalt von hoher Bedeutung. Zum anderen hat die beabsichtigte Verlagerung der bisher überwiegend durch Verwaltungsvorschriften getroffenen Regelungen auf die Ebene der Rechtsverordnung den Verlust von Beteiligungsrechten zur Folge, die schon wegen der notwendigen Akzeptanz der Regelungen in der Richter- und Staatsanwaltschaft zu bedenken sind.

Zusammengefasst komme ich zu folgender Einschätzung:

- Eine Anpassung der gesetzlichen Vorschriften ist notwendig.
- Die von dem Gesetzesentwurf unberührt gebliebenen Regelungen in § 14 Abs. 1 bis 4 LRiStG, sind unter dem Blickwinkel des Parlamentsvorbehalts nicht zu beanstanden. Sie bieten allerdings Anknüpfungspunkte für Ergänzungen (dazu unter B. II. 1.).

- Die vorgesehene Schaffung einer Verordnungsermächtigung zur Regelung bestimmter Aspekte dienstlicher Beurteilungen in § 14 Abs. 5 LRiStaG ist grundsätzlich zu befürworten. Da eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Verwaltungsvorschriften fehlt, bleibt allerdings der Umfang der im Entwurf vorgeschlagenen Ermächtigung im Verhältnis zu der Befugnis, Verwaltungsvorschriften zu erlassen, unklar. Eine Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften für gewisse Bereiche sollte aufgenommen werden (siehe dazu unter B. II. 2.).
- Die gesetzliche Regelung der Erprobung ist zu befürworten. Der Klarheit halber sollte der Begriff der Erprobung allerdings gesetzlich konkretisiert werden, indem hinzugefügt wird, dass die Erprobung – wie bereits derzeit – grundsätzlich bei den Obergerichten und den Generalstaatsanwaltschaften durchzuführen ist. Auch hier sollte eine Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften aufgenommen werden (dazu unter B. II. 3.).
- Gegen die in § 104a LRiStG vorgesehene vorübergehende weitere Geltung der Allgemeinen Verfügungen zur Beurteilung und Erprobung bis zum Erlass der Rechtsverordnungen nach § 14 Abs. 5 und 6 sowie die Ergänzung des § 52 LVO durch eine Regelung zum Zeitraum von Regelbeurteilungen in Abs. 3 habe ich keine Bedenken (dazu unter B. II. 4. und 5.).

B. Begründung

I. Die Rechtsprechung des BVerwG

1. Beachtung des Parlamentsvorbehalts und der Normenhierarchie

a) In mehreren Entscheidungen der vergangenen zwei Jahre hat das BVerwG festgestellt, dass die Vorgaben für dienstliche Beurteilungen angesichts ihrer zentralen Bedeutung für die allein nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffenden Auswahlentscheidungen nicht nur der Entscheidungsbefugnis der Exekutive überlassen werden dürfen. Wesentliche Regelungen, d.h. solche, die für die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Leistung und fachlicher Befähigung erhebliche Bedeutung haben und sie besonders intensiv betreffen, sind durch ein Gesetz

festzulegen. „Wesentlich“ in diesem Sinne sind die Entscheidung über das Beurteilungssystem (Regelbeurteilungen und/oder Anlassbeurteilungen) und die Vorgabe der Bildung des abschließenden Gesamturteils unter Würdigung aller Einzelmerkmale (BVerwG, Urt. v. 7.7.2021 – 2 C 2/21 –, juris Rn. 31 ff. im Anschluss an ein Urt. des OVG Rheinland-Pfalz; Urt. v. 17.9.2020 – 2 C 2/20 –, juris Rn. 16 zu einem Urt. des OVG NRW; Beschl. v. 21.12.2020 – 2 B 63/20 –, juris 21 ff. zu einem Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg). Weitere Vorgaben für die Erstellung dienstlicher Beurteilungen kann der Gesetzgeber einer Rechtsverordnung aufgrund einer ausreichend bestimmten Ermächtigung überlassen. Das BVerwG nennt in diesem Zusammenhang den Rhythmus von Regelbeurteilungen, den Inhalt der zu beurteilenden Einzelmerkmale von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, die Festlegung der mit der dienstlichen Beurteilung zu betrauenden Verantwortlichen und den Beurteilungsmaßstab (Urt. v. 7.7.2021, a.a.O., juris Rn. 37). Raum für Verwaltungsvorschriften – etwa in Form von Beurteilungsrichtlinien – besteht daneben insoweit, als der Normgeber vorsieht, dass bestimmte Einzelheiten durch Verwaltungsvorschriften geregelt werden. Ausgeschlossen ist lediglich ein genereller und pauschaler normativer Verweis auf Verwaltungsvorschriften (BVerwG, Urt. v. 7.7.2021, a.a.O., juris Rn. 36; v. 21.12.2020, a.a.O., juris Rn. 24; vgl. auch der Weiden, jurisPR-BVerwG 22/2021 Anm. 5 B I.). Nimmt der Gesetzgeber eine Delegation an den Verordnungsgeber vor, ist eine weitere Delegation des Verordnungsgebers zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ausgeschlossen (vgl. insgesamt insbes. Urt. v. 7.7.21, a.a.O., juris Rn. 32 ff.).

Der Gesetzgeber hat also einen gewissen Gestaltungsspielraum, welche Aspekte der dienstlichen Beurteilungen er – über das genannte Mindestmaß hinaus – durch Gesetz festlegt, dem Verordnungsgeber zur Regelung überlässt oder für welche konkreten einzelnen Punkte er (wegen der geringeren inhaltlichen Bedeutung) eine Regelung durch Verwaltungsvorschriften gestattet. So hat etwa der Bayrische Gesetzgeber in §§ 54 ff. BayLlbG sehr detaillierte Regelungen der dienstlichen Beurteilung durch Gesetz festgelegt (vgl. BVerwG, a.a.O., juris Rn. 35 ff., vgl. auch die Übersicht über die „Normendichte“ im Beamtenrecht der jeweiligen Bundesländer bei Lorse, ZBR 2022, 73, 76 f.)

b) Der Kritik mancher Verwaltungsgerichte an den Entscheidungen aus dem Jahre 2020 (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 19.1.2021 - 1 M 143/20 - juris Rn. 12 ff.; VGH Kassel, Beschl. v. 25.2.2021 - 1 B 376/20 - juris Rn. 43 ff.; OVG Berlin-Brandenburg,

Beschl. v. 19.5.2021 - 4 S 15/21, juris Rn. 5 ff.) ist das BVerwG in seinem Urteil vom 7.7.2021 entgegengetreten und hat an seiner Rechtsprechung festgehalten. Die Ansicht, die besondere Pflichtenstellung ihres öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses rechtfertige bei Beamten Abstriche von den allgemein geltenden rechtlichen Anforderungen, so dass sich die Vorgaben für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen allein aus Verwaltungsvorschriften ergeben könnten, ist überholt. Der Umfang des Parlamentsvorbehalts stellt sich unter dem im Lauf der Zeit gewandelten verfassungsrechtlichen Blickwinkel anders dar als noch vor einigen Jahren (a.a.O., juris Rn. 33; vgl. Anm. Lorse, ZBR 2022, 73, 78; Stuttmann, NVwZ 2021, 1614; von der Weiden, a.a.O., C I;).

2. Fortgeltung der bisherigen Regelungen für eine Übergangszeit

Sollten die derzeitigen normativen Vorgaben für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen nicht dem Parlamentsvorbehalt entsprechen, ist dies laut BVerwG für einen Übergangszeitraum bis zur Neuregelung hinzunehmen. So wird ein der verfassungsmäßigen Ordnung noch fernerer Zustand vermieden und die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung bzw. – wie hier – der Justiz erhalten (Urt. v. 7.7.2021, a.a.O., juris Rn. 40); von der Weiden, a.a.O., B. II.).

3. Die Rechtsprechung zur Rechtslage in NRW

Zu der Rechtslage in NRW hat das BVerwG in seinem Urteil vom 17.9.2020 (a.a.O., juris Rn. 17) entschieden, dass § 92 Abs. 1 LBG NRW dem Wesentlichkeitsgebot entspricht. Zu den Regelungen im LRiStaG NRW hat es sich bisher nicht geäußert.

II. Die Regelungen in §§ 14, 104a LRiStG und § 52 Abs. 3 LVO in den Fassungen des Gesetzesentwurfs

1. Keine Änderungen in § 14 Abs. 1 bis 4 LRiStaG

a) Der Gesetzesentwurf geht zu Recht davon aus, dass § 14 Abs. 1 bis 4 LRiStaG unter dem Blickwinkel des von dem BVerwG angesehenen unbedingt Notwendigen keiner Anpassungen bedarf. Die insoweit erforderliche Entscheidung über das Beurteilungssystem (Regelbeurteilungen und/oder Anlassbeurteilungen) und die Vorgabe der Bildung des abschließenden Gesamturteils unter Würdigung aller Einzelmerkmale sind bereits in § 14 Abs. 1 und 2 LRiStaG unmittelbar gesetzlich

geregelt. So wird als Gegenstand der Beurteilung in Abs. 1 Satz 1 Eignung, Leistung und fachliche Befähigung genannt; nach Abs. 2 schließen die Beurteilungen mit einem Gesamturteil ab. Abs. 1 Sätze 1 und 2 enthalten Regelungen zum Beurteilungssystem, das Beurteilungen in regelmäßigen Zeitabständen mit Anlassbeurteilungen kombiniert und für Beurteilungen von Richterinnen und Richter in der Probezeit besondere Zeiträume nennt.

Wenn das BVerwG die Regelung in § 92 Abs. 1 LBG NRW, der bis auf wenige hier nicht erhebliche Abweichungen ähnliche Vorgaben enthält, ausdrücklich nicht als defizitär eingestuft hat (vgl. oben B. I. 3.), dürfte dies – wie der Gesetzesentwurf in der Begründung ausführt – auch für § 14 Abs. 1 bis 4 LRiStaG gelten.

b) Schon nach der derzeitigen Rechtslage sind in § 14 Abs. 1 bis 4 LRiStaG allerdings weitere gesetzliche Vorgaben enthalten. Nach Abs. 1 wird die Beurteilung von der dienstvorgesetzten Stelle erstellt. Besondere Verfahrensregeln enthalten Abs. 3 in Bezug auf den Beurteilungsentwurf (Gelegenheit zur mündlichen Erörterung des Beurteilungsentwurfs und Gegenstand eines Beurteilungsgesprächs) und Abs. 4 im Hinblick auf die Beurteilung (Aufnahme der Beurteilung und einer evt. Gegenäußerung in die Personalakte, vorherige Gelegenheit zur Besprechung mit der dienstvorgesetzten Stelle). Sie sichern die Rechte des Beurteilten auf Gehör ab und fördern die Transparenz des Verfahrens. Hinzu kommt die Hervorhebung der Grenzen der Dienstaufsicht wegen des besonderen verfassungsrechtlichen Status der Richterschaft durch einen Hinweis auf § 26 Abs. 1 und 2 DRiG in § 14 Abs. 1 Satz 3 LRiStaG.

Der Gesetzgeber hat also bereits seinen Gestaltungsspielraum wahrgenommen und mehr als das von dem BVerwG (für den Beamtenbereich) ausdrücklich genannte Mindestmaß gesetzlich geregelt. Dies ist nicht nur zu befürworten, weil die Regelungen auch dem besonderen Schutz der zu Beurteilenden im Verfahren dienen. Hinzu kommt: Die Frage, welche Regelungen für die Verwirklichung der Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG „wesentlich“ sind, also erhebliche Bedeutung haben und sie besonders intensiv betreffen, kann durchaus nicht mit den bisher getroffenen Entscheidungen des BVerwG als abschließend beantwortet angesehen werden. Wesentlich könnten weitergehend alle Voraussetzungen sein, die für den Zugang zu einem Richteramt objektiv zwingend vorliegen müssen, also keinen Bewertungsspielraum eröffnen. Die Auseinandersetzung hierüber hat erst begonnen (vgl. Lorse, ZBR 2022, 73, 80 ff. der

für den Beamtenbereich bereits einen Katalog systemrelevanter Kriterien zusammengestellt hat); den „Stellschrauben“ des BVerwG für eine Regelung auf Gesetzes- oder Verordnungsebene wird zudem nicht ganz zu Unrecht eine „gewisse Willkürlichkeit“ vorgehalten (ders., a.a.O., 81).

c) Auf Grundlage der derzeitigen gesetzlichen Regelungen sind folgende weitere gesetzliche Regelungen sinnvoll:

- In Anknüpfung an die Nennung des (grundsätzlich) zuständigen Beurteilers in Abs. 1 Satz 1 wäre für die Festlegung der weiteren Verantwortlichkeiten zumindest die ausdrückliche Nennung für eine Regelung auf der Ebene der Rechtsverordnung naheliegend (siehe unter B. II. 2. b) aa)).
- Im Anschluss an die Regelungen für dienstliche Beurteilungen in der Probezeit, die objektiv notwendige Zugangsvoraussetzungen für das Eingangsamt enthalten und als „Nadelöhr“ für eine Verplanung auf Lebenszeit von weichenstellender Bedeutung sind (so für den Beamtenbereich Lorse, ZBR 2022, 73, 81), ist es konsequent, dass der Gesetzesentwurf in § 14 Abs. 6 LRiStaG eine entsprechende Regelung für die Beurteilung aus Anlass der Erprobung vorsieht. Die Erprobung eröffnet nämlich als objektiv zwingende Voraussetzung den Zugang zum Beförderungsamte. Aus gesetzes-systematischen Gründen sollte diese Regelung zum weiteren Beurteilungsanlass allerdings in Abs. 1 getroffen werden (siehe unter B. II. 3. c)).

2. Ersetzung der Befugnis des Ministeriums der Justiz zur Regelung des „Näheren“ durch Rechtsverordnung in § 14 Abs. 5 LRiStaG

Die vom Entwurf vorgesehene Änderung des Abs. 5, mit dem eine Verordnungsermächtigung geschaffen wird, ist grundsätzlich zu befürworten (dazu a). Bedenken bestehen allerdings im Hinblick auf den Umfang dieser Ermächtigung und ihre Abgrenzung zu der Befugnis des Ministeriums der Justiz, Verwaltungsvorschriften zu erlassen (dazu b).

a) Die gegenwärtige Regelung in § 14 Abs. 5 LRiStaG, die nur eine gesetzliche Grundlage zum Erlass von Verwaltungsvorschriften enthält, dürfte dem

Parlamentarvorbehalt nicht entsprechen. Anders als § 92 Abs. 1 letzter Satz LBG im Beamtenrecht, der die Ermächtigungsbefugnis für weitere Regelungen auf die Vorschriften der Laufbahnverordnungen, also auf den Erlass von Rechtsverordnungen, beschränkt, überlässt es § 14 Abs. 5 LRiStG dem Ministerium der Justiz, nicht nur das Beurteilungsverfahren, sondern auch die Zeitabstände der Beurteilungen und die Beurteilungsanlässe durch den Erlass von Verwaltungsvorschriften zu regeln – wie es in den „Dienstlichen Beurteilungen der Richterinnen und Richter sowie der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte“ vom 2.5.2005 (JMBl. NRW S. 121, zuletzt geändert durch AV d. JM vom 4.7.2016 – Beurteilungs-AV) auch geschehen ist. Die gegenwärtige Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsvorschriften dürfte angesichts des Gewichts des geregelten Gegenstands teilweise eine zu niedrige Normebene betreffen und auch zu pauschal die Exekutive mit Befugnissen ausstatten. Als eine durch Rechtsverordnung zu regelnde Materie nennt das BVerwG beispielhaft ausdrücklich den Rhythmus von Regelbeurteilungen; gleiches gilt für den Inhalt der zu beurteilenden Einzelmerkmale von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, die Festlegung der mit der dienstlichen Beurteilung zu betrauenden Verantwortlichen und den Beurteilungsmaßstab (Urt. v. 7.7.2021, a.a.O., juris Rn. 37). Die Schaffung einer Verordnungsermächtigung ist also grundsätzlich notwendig.

b) Nach dem Gesetzesentwurf soll die Regelung des „Näheren“ insgesamt durch eine Rechtsverordnung erfolgen; zwei Beispiele von Regelungsbereichen werden unter „insbesondere“ ausdrücklich genannt. Fraglich ist zum einen, ob weitere Regelungsgegenstände ausdrücklich angeführt werden sollten (dazu aa)). Da die gesetzliche Vorschrift zum Erlass von Verwaltungsvorschriften weggefallen ist, ist zum anderen unklar, ob und in welchem Umfang in Beurteilungsfragen noch Raum für Verwaltungsvorschriften bestehen würde (dazu bb).

aa) Es ist ratsam, neben den Zeitabständen der Beurteilungen und den (weiteren) Beurteilungsanlässen zumindest auch die mit der dienstlichen Beurteilung zu betrauenden Verantwortlichen als durch eine Rechtsverordnung zu regelnde Frage zu benennen. Angesichts der Bedeutung dieser Verantwortung für eine rechtliche Bewertung der dienstlichen Beurteilung, der durch die gesetzliche Regelung in Abs. 1 Satz 1 für den Regelfall einer Beurteilung bereits Rechnung getragen wird, hat das

BVerwG diesen Bereich für eine Vorgabe auf dieser Normebene ausdrücklich benannt. Seit dem 19.2.2022 wird die Verantwortlichkeit für Überbeurteilungen im Falle der Bewerbung um ein Spitzenamt in der Justiz – allerdings über eine auf § 2 Abs. 3 LBG NRW in Verbindung mit § 2 Abs. 2 LRiStaG gestützte Verordnungsermächtigung – in § 7 Abs. 2 Nr. 3 ZustVO JM geregelt. Im Übrigen werden die Verantwortlichen für dienstliche Beurteilungen lediglich in Abschnitt IV Nr. 1 der Beurteilungs-AV in Verbindung mit Verweisen auf die ZustVO JM festgelegt.

bb) Da eine gesetzliche Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften nicht mehr besteht, stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang in Beurteilungsfragen noch durch Verwaltungsvorschriften geregelt werden könnten. Da in Abs. 5 insgesamt das Nähere durch Rechtsverordnung geregelt werden soll und nur beispielhaft von einzelnen Bereichen gesprochen wird, könnte der Ordnungsgeber daraus den Auftrag ablesen, sämtliche bisher in Form von Verwaltungsvorschriften getroffene Regelungen auf die Ebene der Rechtsverordnung zu heben. Dies ist aus mehreren Gründen problematisch. Zum einen würde die Befugnis der Exekutive, grundsätzlich in ihrem Organisationsbereich ihre Angelegenheiten durch Verwaltungsvorschriften zu regeln, im Beurteilungsbereich entkernt. Zum anderen sinkt mit zunehmendem Detaillierungsgrad der parlaments- und untergesetzlichen Vorgaben die Reichweite der richterlichen Mitbestimmung, die für eine Akzeptanz der Regelungen auf Seiten der Richter- und Staatsanwaltschaft hohe Bedeutung hat. Auch geht das LRiStaG in § 41 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 LRiStaG davon aus, dass es Beurteilungsrichtlinien gibt. Danach werden Erlass, Änderung oder Aufhebung von Beurteilungsrichtlinien ausdrücklich als mitbestimmungspflichtige Angelegenheit geregelt (vgl. Stuttmann, VNwZ 2021, 1615 f.).

Deshalb ist die ausdrückliche gesetzliche Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften – allerdings mit anderen Regelungsbereichen – beibehalten werden. Die verschiedenen Regelungsebenen wären anhand der Bedeutung des Regelungsgegenstandes für die Grundrechtsverwirklichung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG abzuschichten. Da im Hinblick auf den von der Verordnungsermächtigung erfassten Bereich ein Erlass von Verwaltungsvorschriften ausgeschlossen ist, ist eine möglichst klare Abgrenzung der Regelungsebenen wünschenswert. Die ausdrücklich genannten Regelungsgegenstände der Rechtsverordnung könnten ggfs. erweitert

werden, die Regelung des „Näheren“ auf der Verordnungsebene sollte ausdrücklich auf Bereiche mit einem vergleichbaren Gewicht beschränkt werden. Im Übrigen sollte die Regelung des „Näheren“ Verwaltungsvorschriften vorbehalten bleiben. In Beurteilungsrichtlinien könnte außer dem Beurteilungsverfahren (soweit es nicht gesetzlich bereits geregelt ist) etwa auch festgelegt werden, welches Gewicht den einzelnen in der dienstlichen Beurteilung vorgesehenen Merkmalen beigemessen werden soll (BVerwG, Urt. v 2.3.2017 – 2 C 21/16, juris Rn. 69).

Wegen der verschiedenen Regelungsebenen drängt sich insbesondere die Frage nach der Einordnung der Anforderungsprofile für die einzelnen Ämter im richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Bereich auf, die nach der Beurteilungs-AV vom 2.5.2005 Bestandteil dieser AV sind und Grundlage für die Beurteilung der Befähigung und Leistung sein sollen (vgl. V. 1. Sätze 1 und 2 Beurteilungs-AV). Soweit es sich bei den einengenden Kriterien – wie etwa dem zwingenden Merkmal der richterlichen Bewährung – um sog. konstitutive Merkmale handelt, hat dies zur Folge, dass diejenigen Bewerber/innen, die diese Merkmale nicht erfüllen, ohne eine Bewertungsmöglichkeit des Dienstherrn unmittelbar aus dem Bewerberfeld ausscheiden (vgl. nur Beschluss des OVG v. 24.7.2018 – 1 B 612/18 – insbes. 35 ff., 71 ff.). Unter dem Gesichtspunkt des Parlamentsvorbehalts ist fraglich, ob solche Merkmale durch Verwaltungsvorschriften weiterhin geregelt werden können.

3. Einfügung einer Regelung zur richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Erprobung in § 14 Abs. 6 LRiStG

a) Der Entwurf sieht zu Recht in § 14 Abs. 6 Satz 1 die Notwendigkeit einer vorherigen Erprobung im Falle der erstmaligen Übertragung eines Amtes mit höherem Endgrundgehalt vor. Eine gesetzliche Regelung der Erprobung, die sich in der gegenwärtigen Form aus meiner Sicht wegen der zentralen Bedeutung für die Personalentwicklung und der Qualitätssicherung der richterlichen Arbeit bewährt hat, fehlt bisher. Die Bestimmungen zur Erprobung finden sich derzeit in der AV des JM „Erprobung von Richterinnen und Richtern sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälten“ vom 2.5.2005 (JMBl. NRW S. 136, geändert durch AV d. JM vom 9.7.2014 – Erprobungs-AV). Angesichts der zentralen Bedeutung der Erprobung samt der dienstlichen Beurteilung für die Besetzung der genannten Ämter darf diese

Vorgabe nicht allein der Entscheidungsbefugnis der Exekutive überlassen werden. Als eine für den Zugang zu einem Beförderungsamte zwingende wesentliche objektive Voraussetzung sollte sie unmittelbar im Gesetz geregelt werden.

b) Allerdings ist der Begriff der Erprobung nach dem gesetzlichen Wortlaut unbestimmt. Er sollte in dem bisher geregelten Sinne konkretisiert werden. Nach der Erprobungs-AV werden bei der Übertragung von Ämtern mit höherem Endgrundgehalt im Grundsatz nur Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt, die – wiederum grundsätzlich – bei den Obergerichten bzw. der Generalstaatsanwaltschaft erprobt worden sind. Möchte man an dieser Anbindung der Erprobung, die sich aus meiner Sicht bewährt hat, festhalten, so sollte die Erprobung in diesem Sinne im Gesetz vom Grundsatz her skizziert werden. Ausnahmen sowohl von der generellen Notwendigkeit der Erprobung als auch von der Erprobung bei den genannten Dienststellen blieben dann weiterhin systemimmanent. Die Erprobung sollte nämlich auch nicht auf den Kernbereich der Rechtsprechung an den Obergerichten und der Aufgaben der Generalstaatsanwaltschaft beschränkt werden. Wertvolles Wissen und wichtige berufliche Erfahrungen können auch etwa an den Bundesgerichten, bei den Ministerien oder an anderen Verwaltungsbehörden gewonnen werden.

c) Dass nach dem Abschluss der Erprobung eine dienstliche Beurteilung zu erteilen ist, ergibt sich im Entwurf nur mittelbar aus Abs. 6 Satz 2; es bietet sich an, den Abschluss der Erprobung als Beurteilungsanlass schon in Abs. 1 nach Satz 2 zu nennen (siehe schon oben B. II. 1. c).

d) Weil sich die Erprobung nicht auf den Kernbereich der Rechtsprechung an den Obergerichten und den Aufgaben der Generalstaatsanwaltschaft beschränken sollte und sich die Gerichtsbarkeiten in Bezug auf Aufbau, Anzahl der Richterinnen und Richter und Verteilung der Gerichte im Land wesentlich unterscheiden, sind Differenzierungen notwendig. Diese sollten sowohl in der Befreiung von dem Erfordernis der Erprobung (dazu aa) als auch in einem Einsatz an einer anderen Dienststelle als an einem Obergericht oder der Generalstaatsanwalt (dazu bb) bestehen.

aa) § 14 Abs. 6 Satz 3 des Entwurfs nimmt die Finanzgerichtsbarkeit wegen ihrer Besonderheiten – sachgerecht – von dem Erprobungserfordernis aus; nach Satz 4 können weitere Ämter in Form einer Rechtsverordnung ausgenommen werden. Dem Verordnungsgeber bleibt es also überlassen, ob er die weiteren bisher bewährten Ausnahmen von dem Erfordernis der Erprobung – wie etwa bezüglich der Ämter der weiteren Aufsicht führenden Richterinnen und Richter in der Sozialgerichtsbarkeit (vgl. Erprobungs-AV I. 1.) beibehält. Für eine „Kann-Regelung“ spricht, dass sich die Bedürfnisse der Praxis ändern können. Für eine Verpflichtung zur Regelung von Ausnahmen ist anzuführen, dass der Verordnungsgeber auch unabhängig von den Bedürfnissen der Praxis an ein Erprobungssystem gebunden würde, das neben der Regelerprobung angesichts von Art und Bedeutung der Ämter auch Ausnahmen enthält.

bb) Da nach Abs. 6 Satz 2 des Gesetzesentwurfs das zuständige Ministerium insbesondere die Anforderungen an eine Erprobung und die geeigneten Dienststellen durch Rechtsverordnung regelt, obliegt angesichts des gesetzlich nicht konkretisierten Begriffs der Erprobung die wesentliche Ausgestaltung der Erprobung nach der gegenwärtigen Fassung des Entwurfs allein dem Verordnungsgeber. Dies ist wegen der Bedeutung der Erprobung für den Schutz aus Art. 33 Abs. 2 GG problematisch. Würde der Begriff der Erprobung unmittelbar im Gesetz weiter skizziert, könnte weiter abgeschichtet werden. So könnte etwa dem Verordnungsgeber ausdrücklich aufgegeben werden, Ausnahmen von der Erprobung an den Obergerichten und den Generalstaatsanwaltschaften, also etwa an anderen Gerichten im Bund oder im Land oder an Verwaltungsbehörden (Ersatzerprobungen) festzulegen. Hierzu würde wohl auch die in der ordentlichen Gerichtsbarkeit praktizierte Verwaltungserprobung in der Justiz für gewisse Gerichtsverwaltungsämter gehören. Über diesen Bereich hinaus könnten weitere Anforderungen an die Erprobung dem Erlass von Verwaltungsvorschriften vorbehalten bleiben.

e) Nach dem Entwurf wird nach Satz 2 das „Nähere“ – insbesondere die Anforderungen an eine Erprobung, die geeigneten Dienststellen, der Inhalt der anschließenden Beurteilung – durch Rechtsverordnung geregelt. Wie schon in Abs. 5 fehlt eine Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften. Dies ist aus den schon oben genannten Gründen problematisch (siehe unter B. II. 2. b). Auch hier sollte die

Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ausdrücklich geregelt werden und die Regelungsebenen sollten nach dem Gewicht des geregelten Gegenstandes unterschieden werden.

4. Vorübergehende weitere Geltung der AV nach § 104a LRiStaG

Bis zum Erlass der Rechtsverordnungen nach § 14 Abs. 5 und 6 LRiStaG, längstens jedoch bis zum 31.12.2022, sollen nach dem neu in das LRiStaG eingefügten § 104a Abs. 1 und 2 die Beurteilungs- und die Erprobungs-AV des JM weiter anwendbar sein. Eine solche Regelung hat das BVerwG ausdrücklich für zulässig erachtet. Der Zeitraum für die vorübergehende Weitergeltung der AV dürfte angemessen sein.

5. Ergänzung des § 52 LVO durch eine Regelung zum Zeitraum von Regelbeurteilungen in Abs. 3

Der Entwurf schreibt durch die Anfügung des Abs. 3 in § 52 LVO den Regelbeurteilungszeitraum für die Beamtinnen und Beamten im Geschäftsbereich des MJ (Staatsanwältinnen und Staatsanwälte ausgenommen) auf drei Jahre auf der Ebene einer Rechtsverordnung fest. Dies ist angezeigt, da sich dieser bisher nur aus Ziffer 2.1 der Beurteilungsrichtlinien für die dienstlichen Beurteilungen der Beamtinnen und Beamten (Beurteilungs-AV) des Ministeriums der Justiz ergibt.