

Dr. Werner Richter
Präsident des Oberlandesgerichts Düsseldorf

Landtag Nordrhein-Westfalen
Rechtsausschuss
Herrn Vorsitzenden
Dr. Werner Pfeil MdL



Düsseldorf, 22. März 2022

Stellungnahme zum Gesetzentwurf: „Gesetz zur Umsetzung des Rechtssatzvorbehalts bei dienstlichen Beurteilungen in der Justiz“

LT-Drucksache 17/16487 vom 8. Februar 2022

Plenarprotokoll 17/161 vom 16. Februar 2022

I. Vorbemerkung

Der Gesetzentwurf der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP geht zutreffend davon aus, dass im Landesrichter- und Staatsanwältegesetz (LRiStaG) sowie in der Laufbahnverordnung (LVO NRW) notwendige Anpassungen vorzunehmen sind, die sich aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zum Rechtssatzvorbehalt bei dienstlichen Beurteilungen ergeben. Auch in anderen Bundesländern wurde die Notwendigkeit für ein gesetzgeberisches Tätigwerden bereits erkannt.¹ So werden derzeit etwa in Berlin² und Brandenburg³ vergleichbare Initiativen zur Änderung der Landesrichtergesetze ergriffen. Auch in Nordrhein-Westfalen besteht – wie sich aus den in der Plenarsitzung vom 16. Februar 2022 zu Protokoll gereichten Reden ergibt – ein politischer Konsens über die Notwendigkeit, eine sichere gesetzliche Grundlage für dienstliche Beurteilungen der Richterinnen und Richter sowie der Beamtinnen und Beamten in der Justiz zu schaffen.

¹ Vgl. auch Stuttmann, NVwZ 2021, 1614 (1615): „Es steht zu erwarten, dass die Länder den konkretisierten Anforderungen des BVerwG folgen, soweit sie das Beurteilungswesen bislang lediglich rudimentär gesetzlich regeln...“.

² **Entwurf für ein Gesetz zur Änderung von § 9 des Richtergesetzes des Landes Berlin**, vgl. hierzu etwa die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes - Landesverband Berlin - vom 08.02.2022, abrufbar unter <https://www.dr-b-berlin.de/themen-und-positionen/justizthemen/justizthema/news/unsere-stellungnahme-zu-dem-entwurf-der-av-rechtsschutz-1>.

³ **Gesetzentwurf für ein Zweites Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Richtergesetzes**, vgl. hierzu etwa die Stellungnahme der Vereinigung der Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter des Landes Brandenburg vom 14.02.2022, abrufbar unter <http://www.bbg-rrv.de/wp-content/uploads/2022/02/Stellungnahme-Entwurf-2.BbgRiGAendG.pdf>.

Ich stelle zur Verdeutlichung des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs zunächst die neue Rechtsprechung des BVerwG dar (II.), bevor ich auf die einzelnen Regelungen in dem vorliegenden Gesetzentwurf eingehe (III.). Sodann gebe ich einen kurzen Ausblick darauf, welche wichtigen Schritte im Zuge der Gesetzesanwendung erforderlich werden, wenn die Änderungen entsprechend dem vorliegenden Gesetzentwurf vom Landtag beschlossen werden (IV.).

II. Zum Hintergrund: Die neue Rechtsprechung des BVerwG zum Rechtssatzvorbehalt bei dienstlichen Beurteilungen

1. Das BVerwG hat seine Rechtsprechung zu den normativen Anforderungen für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen in den letzten Jahren fortentwickelt. Während früher in der Rechtsprechung anerkannt war, dass der Dienstherr die Vorgaben für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen in Verwaltungsvorschriften regeln und auf diese Weise die Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) konkretisieren kann, geht das BVerwG inzwischen davon aus, dass aus dem Wesentlichkeitsgebot auch im Bereich der Erstellung von dienstlichen Beurteilungen die Forderung folge, der Gesetzgeber müsse die für die Verwirklichung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG wesentlichen Regelungen selbst treffen und dürfe sie nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive überlassen.⁴ Damit bewegt sich das BVerwG auf einer insoweit konsequenten Rechtsprechungslinie, die sich seit einigen Jahren abzeichnet: Der Wesentlichkeitsgrundsatz gilt auch und gerade im Bereich des Dienstrechts. Die für die Grundrechte der Beamtinnen und Beamten sowie der Richterinnen und Richter relevanten Vorgaben müssen danach durch den Gesetzgeber selbst geregelt werden.⁵ Die Parlamente haben bei zentralen Grundentscheidungen im dienstlichen Beurteilungswesen somit eine legislative Steuerungsfunktion wahrzunehmen.

2. Für den vorliegenden Kontext von Bedeutung ist zunächst das Urteil des BVerwG vom **17. September 2020 – 2 C 2.20 –**. In dieser Entscheidung, in der sich das BVerwG mit den nordrhein-westfälischen Beurteilungsrichtlinien für den Bereich der Polizei befasst, hat das BVerwG in dieser Deutlichkeit erstmals den Wesentlichkeitsgrundsatz auch auf das Beurteilungswesen erstreckt:

„Die für die Verwirklichung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG wesentlichen Regelungen muss der Gesetzgeber selbst treffen und darf sie nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive überlassen (BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322, 1989/12 - BVerfGE 139, 19 Rn. 52). Hat

⁴ Vgl. hierzu auch Bodanowitz, in: Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, Teil B II 1, Rn 137a mit weiteren Nachw.

⁵ Vgl. nur beispielhaft BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2008 – 2 C 24.07 –, juris Rn 10 (Beihilferecht); BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 – 2 BvR 1322/12 –, juris Rn. 52 (Einstellungshöchstaltersgrenze); BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 – 2 C 25.17 –, juris Rn. 42 (Regelung der Erscheinungsbildes/Tätowierung).

der Vergleich der Bewerber im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG regelmäßig vor allem anhand dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen, müssen die wesentlichen Vorgaben für die Erstellung dieser Beurteilungen vom Gesetzgeber bestimmt werden.“

In jener Entscheidung hat das BVerwG ausgeführt, dass die für die Erstellung dienstlicher Beurteilungen maßgeblichen allgemeinen beamtenrechtlichen Regelungen des Landes Nordrhein-Westfalen diesen Anforderungen des Wesentlichkeitsgebots genügten. Denn § 92 Abs. 1 des Landesbeamtengesetzes (LBG NRW) schreibe u.a. unmittelbar ein System von Regelbeurteilungen und die Bildung eines abschließenden Gesamturteils vor. Der auch für Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte maßgebliche § 8 LVO NRW gebe ferner den regelmäßigen Rhythmus für die Regelbeurteilungen vor (3 Jahre), regele die Bildung von Vergleichsgruppen und lege die Quoten für die Vergabe der besten und der zweitbesten Note fest. Die für die Beschäftigten der Justiz maßgeblichen Regelungen – namentlich zu § 14 LRiStaG und § 52 LVO NRW – waren nicht Gegenstand dieser Entscheidung.

3. In einem weiteren **Beschluss vom 21. Dezember 2020 – 2 B 63.20** – beanstandete das BVerwG auf der Grundlage seiner neuen Rechtsprechung die Rechtslage im Land Brandenburg.

„In Art. 54 ff. des Leistungslaufbahngesetzes vom 5. August 2010 (GVBl. S. 410, 571) hat der bayerische Gesetzgeber die wesentlichen Vorgaben für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen bestimmt. Demgegenüber hat der Gesetzgeber des Landes Brandenburg für den Bereich der Beamten auf jegliche eigene Regelung verzichtet und die Gestaltung von dienstlichen Beurteilungen - unzureichend - allein der Exekutive in Gestalt von Verwaltungsvorschriften überlassen. Denn § 19 BrbgBG vom 3. April 2009, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 5. Juni 2019 (GVBl. I/19), benennt als Gegenstand der dienstlichen Beurteilung Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Beamten und bestimmt lediglich noch, dass das Nähere Verwaltungsvorschriften regeln.

Auch die im Land Brandenburg für die dienstlichen Beurteilungen von Richtern maßgebliche Vorschrift erscheint defizitär. § 9 Abs. 3 BrbgRiG (...) überlässt die Regelung der dienstlichen Beurteilung von Richtern in Gestalt einer Blankettermächtigung der obersten Dienstbehörde in Form von Beurteilungsrichtlinien, d.h. bloßen, dem Wesentlichkeitsgebot nicht genügenden Verwaltungsvorschriften. Das Richtergesetz des Landes Brandenburg vom 12. Juli 2011 (GVBl. I/11 Nr. 18) selbst bestimmt in § 9 Abs. 1 und 2 unmittelbar nur wenige inhaltliche Vorgaben. Es regelt lediglich die Arten der Beurteilungen, den Vorrang der Regelbeurteilung und den Anspruch des betroffenen Richters auf Beteiligung des Richterrats und der Schwerbehindertenvertretung an der Besprechung der dienstlichen Beurteilung.“

Von Bedeutung für Nordrhein-Westfalen ist hierbei vor allem der Hinweis des BVerwG darauf, dass die in § 9 Abs. 3 BrbgRiG enthaltene Ermächtigung zum Erlass bloßer Verwaltungsvorschriften „defizitär“ erscheine. Denn auch § 14 Abs. 5 LRiStaG enthält

nur eine Ermächtigung zum Erlass von Beurteilungsrichtlinien in Gestalt von Verwaltungsvorschriften.

4. Obwohl mehrere Instanzgerichte skeptisch auf diese neue Rechtsprechung reagierten, hält das BVerwG an seiner Rechtsprechung fest (vgl. **Urteil vom 7. Juli 2021 – 2 C 2.21 –**).

„Die Anwendung des verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes auf die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen von Beamten wegen ihrer Bedeutung für die Verwirklichung ihres Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG (...) hält der Senat auch im Hinblick auf die hieran geäußerte Kritik (OVG Magdeburg, Beschluss vom 19. Januar 2021 - 1 M 143/20 - Rn. 12 ff.; VGH Kassel, Beschluss vom 25. Februar 2021 - 1 B 376/20 - Rn. 43 ff. <die Frage aber offenlassend> und OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. Mai 2021 - 4 S 15/21 - Rn. 6 ff.) aufrecht.“

Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 7. Juli 2021, in der es die beamtenrechtlichen Regelungen in Rheinland-Pfalz mit Blick auf den Wesentlichkeitsgrundsatz als unzureichend bewertet, näher ausgeführt, welche Regelungen der Gesetzgeber selbst zu treffen habe und welche Vorgaben er gegebenenfalls der Exekutive in welcher Art und Weise überlassen könne:

„Für eine dienstliche Beurteilung wesentlich in diesem Sinne sind die Entscheidung über das Beurteilungssystem (Regelbeurteilungen oder bloße Anlassbeurteilungen, ggf. Letztere als Ausnahme der Erstgenannten) und die Vorgabe der Bildung des abschließenden Gesamturteils unter Würdigung aller Einzelmerkmale (...). Dieses abschließende Gesamturteil ist Ausgangspunkt des Vergleichs der Bewerber nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG (...).“ [Unterstreichung durch den Verfasser]

„Der Gesetzgeber ist selbstverständlich nicht gehindert, im Gesetz unmittelbar mehr zu regeln als die genannten wesentlichen Aspekte (vgl. z.B. Art. 54 ff. BayLibG). (...) Allerdings ist der Gesetzgeber zu einer solch weitreichenden Regelung nicht gezwungen. Denn es besteht im Hinblick auf die Erstellung dienstlicher Beurteilungen kein umfassender Parlamentsvorbehalt. Der Gesetzgeber darf die Exekutive ermächtigen, durch Rechtsverordnung weitere Vorgaben zu regeln. (...). Dagegen wäre es mit den Anforderungen des allgemeinen Rechtssatzvorbehalts unvereinbar, nur wenige Entscheidungen im Gesetz selbst zu treffen und die Bestimmungen für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen im Übrigen der Exekutive in Gestalt von bloßen Verwaltungsvorschriften zu überlassen. (...)“ [Unterstreichung durch den Verfasser]

Welche Vorgaben danach im Rang einer Rechtsverordnung geregelt werden können, lässt sich den weiteren nachfolgenden Ausführungen in jenem Urteil anschaulich entnehmen:

„Wie bereits erwähnt, genügt der Gesetzgeber den genannten Anforderungen auch dadurch, dass er die wesentlichen Aspekte im Gesetz regelt und die weiteren

Vorgaben für die Erstellung dienstlicher Beurteilungen einer Rechtsverordnung aufgrund einer ausreichend bestimmten Ermächtigung überlässt (vgl. z.B. § 49 ThürLaufbG). Das betrifft z.B. den Rhythmus von Regelbeurteilungen, den Inhalt der zu beurteilenden Einzelmerkmale von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, die Festlegung der Funktionen derjenigen Personen, die an der Erstellung der dienstlichen Beurteilung mitzuwirken haben, den Beurteilungsmaßstab und die Vorgaben für die Vergabe der höchsten sowie der zweithöchsten Note (Richtwerte).“ [Unterstreichung durch den Verfasser]

Welche Vorgaben mindestens im Rang einer Rechtsverordnung geregelt werden müssen, lässt sich indes weder diesem Urteil noch den anderen Entscheidungen des BVerwG mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen. Da das BVerwG – was auch in dieser Entscheidung im Übrigen nochmals bekräftigt wurde – eine Vereinbarkeit des § 92 Abs. 1 LBG NRW i.V.m. § 8 LVO NRW mit dem Wesentlichkeitsgrundsatz annimmt, dürfte davon auszugehen sein, dass der Rhythmus von Regelbeurteilungen (§ 8 Abs. 1 LVO NRW) und die Vorgaben für Richtwerte einschließlich der Vorgaben für die insoweit erforderliche Vergleichsgruppenbildung (§ 8 Abs. 2 und 3 LVO NRW) sachgerecht im Rang einer Rechtsverordnung zu regeln sind. Dass jedenfalls eine grundlegende Umgestaltung eines Beurteilungssystems durch das Einführen von Richtwerten einer normativen, „zumindest verordnungsrechtlichen Grundlage“ bedarf, hatte das BVerwG im Übrigen für den Bereich der Bundeswehr schon in seinem Beschluss vom 26. Mai 2009 – 1 WB 48.07 – ausgeführt.

5. Die vierte bedeutende Entscheidung des BVerwG (**Urteil vom 9. September 2021 – 2 A 3.20 –**) erging schließlich zu § 21 des Bundesbeamtengesetzes (BBG).

„Diesen Anforderungen genügt § 21 BBG in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes vom 5. Februar 2009 nicht. (...). Zwischenzeitlich hat der Gesetzgeber § 21 BBG durch das Gesetz zur Regelung des Erscheinungsbildes von Beamtinnen und Beamten sowie zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 28. Juni 2021 (BGBl. I S. 2250) geändert. Das Gesetz bestimmt, dass Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Beamtinnen und Beamten regelmäßig, mindestens jedoch alle drei Jahre, zu beurteilen sind. Sie sind zusätzlich zu beurteilen, wenn es die dienstlichen oder persönlichen Verhältnisse erfordern. Damit hat der Gesetzgeber das Beurteilungssystem (Regelbeurteilungen) vorgegeben. Defizitär bleibt allerdings, dass sich der Gesetzgeber nicht zur Vorgabe der Bildung des abschließenden Gesamturteils äußert.“

6. Inzwischen haben sich auch mehrere Instanzgerichte der Rechtsprechung des BVerwG ausdrücklich angeschlossen, so zuletzt auch das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes (vgl. Urteile vom 13. Januar 2022 – 1 A 58/20, 1 A 74/21 und 1 A 75/21 – , juris). Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) hat die Rechtsprechung des BVerwG ebenfalls bereits übernommen.⁶

⁶ Vgl. OVG NRW, Urteil vom 24. November 2021 – 6 A 2717/19 –, juris Rn. 39 (zum Polizeibereich).

Das BVerwG und mehrheitlich⁷ die Instanzgerichte – darunter auch das OVG NRW⁸ – billigen den Landesgesetzgebern einen **Übergangszeitraum** zu, um eine verfassungsgemäße Rechtslage zu schaffen. Beurteilungen, die in der Zwischenzeit noch auf der Grundlage der ungenügenden Rechtslage erstellt werden, seien hinzunehmen, also nicht allein wegen dieses Mangels aufzuheben. Zur konkreten Länge des Übergangszeitraums hat das BVerwG bisher keine Vorgaben gemacht. Das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes (Urteile vom 13. Januar 2022 – 1 A 58/20, 1 A 74/21 und 1 A 75/21 –, juris) geht unter Würdigung des Umstands, dass sich die gegenwärtige Legislaturperiode im Saarland angesichts anstehender Neuwahlen gerade im Auslaufen befindet, davon aus, dass eine Begrenzung des dem Landesgesetzgeber zuzubilligenden Übergangszeitraums auf den regulären Ablauf der nächsten – im Jahr 2022 beginnenden – Legislaturperiode angemessen und zur Fehlerbehebung ausreichend sein dürfte. Ob tatsächlich ein so lang bemessener Übergangszeitraum auch vom BVerwG akzeptiert wird, ist allerdings alles andere als gewiss.⁹

III. Zu den einzelnen Regelungen des Gesetzentwurfs

Vor dem Hintergrund dieser aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung nimmt der Gesetzentwurf der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP die erforderlichen Änderungen in § 14 LRiStaG und § 52 LVO NRW vor.

1. Neufassung des § 14 Abs. 5 LRiStaG

§ 14 LRiStaG enthält zwar bereits die „wesentlichen“ Vorgaben, die der parlamentarische Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerwG selbst regeln muss. Absatz 1 enthält eine Systementscheidung zugunsten eines „Mischsystems“ (Regel- und ergänzend auch Anlassbeurteilungen). Absatz 2 ordnet an, dass die Beurteilungen mit einem Gesamturteil abschließen müssen. Aus einem systematischen Abgleich mit Absatz 1 ergibt sich dabei, dass sich das Gesamturteil – wie vom BVerwG gefordert – auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung bezieht. Die Absätze 3 und 4 betreffen das Beurteilungsverfahren; insoweit geht § 14 LRiStaG in seiner Regelungsdichte sogar über das hinaus, was das BVerwG vom parlamentarischen Gesetzgeber verlangt.

⁷ Kritisch hierzu etwa VG Cottbus, Urteil vom 17. Dezember 2021 – 4 K 448/21 –, juris Rn. 36 ff.: keine Kompetenz der Verwaltungsgerichte für eine „Fortgeltungsanordnung“ von verfassungswidrigen Zuständen.

⁸ OVG NRW, Beschluss vom 25. Januar 2022 – 6 B 1352/21 –, juris Rn. 41 (Ermächtigungsgrundlage für den Erlass prüfungsrechtlicher Regelungen im Bachelor-Studiengang Polizeivollzugsdienst); siehe auch OVG NRW, Beschluss vom 15. November 2021 – 6 B 1356/21 –, juris Rn. 8.

⁹ Vgl. hierzu auch VG Cottbus, Urteil vom 17. Dezember 2021 – 4 K 448/21 –, juris Rn. 40: „Diese Entscheidung ist nun fast 1 Jahr alt, ohne dass der brandenburgische Gesetzgeber auch nur von außen erkennbare Ansätze gezeigt hätte, § 19 LBG zu ändern.“

Defizitär erscheint die gegenwärtige Rechtslage allerdings insoweit, als **§ 14 Abs. 5 LRiStaG** für weitere wichtige Vorgaben nur eine Ermächtigung der Exekutive zum Erlass von Verwaltungsvorschriften enthält.¹⁰ Daher ist es konsequent und richtig, dass der Gesetzentwurf an dieser Stelle nunmehr eine Verordnungsermächtigung einführen will („Das Nähere regelt das für Justiz zuständige Ministerium durch Rechtsverordnung, insbesondere die Zeitabstände der Beurteilungen und die Beurteilungsanlässe.“). Die hier vorgeschlagene Regelung ist sprachlich angelehnt an die entsprechende Verordnungsermächtigung in § 92 Abs. 1 Satz 7 LBG NRW („Das Nähere regeln die Laufbahnverordnungen.“). Dass § 92 Abs. 1 LBG NRW und der auf § 92 Abs. 1 Satz 7 LBG NRW gestützte § 8 LVO NRW verfassungsrechtlich eine taugliche Grundlage für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen für die Beamtinnen und Beamten ist, hat das BVerwG – wie aufgezeigt – immerhin bereits bestätigt.¹¹ Auch mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 70 Satz 2 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen bestehen damit keine Bedenken, zumal die vorgeschlagene Neufassung des § 14 Abs. 5 LRiStaG aufgrund der beiden exemplarisch benannten Regelungsinhalte („insbesondere die Zeitabstände der Beurteilungen und die Beurteilungsanlässe“) nochmals deutlich präziser gefasst werden soll als § 92 Abs. 1 Satz 7 LBG NRW. Im Übrigen genügt die Formulierung „Das Nähere wird durch Rechtsverordnung bestimmt“ jedenfalls dann, wenn wie hier der normative Regelungskontext überschaubar ist, im Wege einer den Gesetzeszusammenhang beachtenden systematischen Auslegung den rechtsstaatlichen Anforderungen an eine gesetzliche Verordnungsermächtigung.

2. Normierung des Erprobungserfordernisses

Der Entwurf sieht vor, das Erfordernis einer Erprobung vor der Übertragung eines höherwertigen Amtes nunmehr gesetzlich zu regeln (**§ 14 Abs. 6 LRiStaG-E**). Das befürworte ich ausdrücklich. Für die Beamtinnen und Beamten ist das Erfordernis einer „Erprobungszeit“ schon längst gesetzlich verankert (vgl. § 19 Abs. 3 Satz 1 LBG NRW). Zwar fordert die Rechtsprechung bislang noch keine gesetzliche Verankerung des Erprobungserfordernisses auch für Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte. Das Erprobungserfordernis kommt allerdings letztendlich einem konstitutiven Anforderungsmerkmal gleich. Wer nicht erprobt ist, wird von vornherein nicht in die engere Auswahl für die Besetzung einer höherwertigen Stelle einbezogen. Auch das Erprobungserfordernis ist daher „wesentlich“ für die Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 33 Abs. 2 GG. Wenngleich in der Rechtsprechung bislang noch keine gesetzliche Normierung des Erprobungserfordernisses ausdrücklich verlangt wurde, so liegt es im Lichte der aktuellen höchstrichterlichen Entscheidungen nicht fern, dass sich die Rechtsprechung in diese Richtung entwickelt. Schon im Jahr 2012 hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Urteil vom 21. Juni 2012 – 6 A 1991/11 –, juris Rn. 65) ausgeführt:

¹⁰ So jedenfalls zur insoweit vergleichbaren Rechtslage in Brandenburg: BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2020 – 2 B 63.20 –, juris; siehe hierzu bereits oben II.

¹¹ BVerwG, Urteil vom 17. September 2020 – 2 C 2.20 –, juris; siehe hierzu bereits oben II.

„Einer normativen Grundlage bedarf es mit Blick auf den Wesentlichkeitsgrundsatz, wenn der durch Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Leistungsgrundsatz eingeschränkt wird.“

Auch das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 22. Februar 2022 – OVG 4 S 55/21 –, juris) führt inzwischen aus:

„Nach der bislang einhelligen Auffassung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und im Schrifttum darf der Dienstherr, ohne vom Gesetzgeber dazu ausdrücklich aufgefordert bzw. durch dessen Gesetz genauer angeleitet worden zu sein, eine (Ersatz-)Erprobung von Richtern vor einer Beförderung fordern und einrichten (...). Sollte angesichts der Rechtsfortbildung des Bundesverwaltungsgerichts zur parlamentsgesetzlichen Grundierung von dienstlichen Beurteilungen auch in Bezug auf das Erprobungserfordernis eine hinreichende parlamentsgesetzliche Regelung zu verlangen sein, würde eine solche Rechtsprechungsänderung sich aus dem ‘im Lauf der Zeit gewandelten verfassungsrechtlichen Blickwinkel’ (BVerwG, Urteil vom 7. Juli 2021 – 2 C 2.21 – juris Rn. 33) ergeben. Dem Gesetzgeber wäre eine angemessene Zeit einzuräumen, um eine geänderte Sichtweise der Gerichte nachzuvollziehen.“

Die konkrete Ausgestaltung des § 14 Abs. 6 LRiStaG-E gewährleistet durch die vorgesehene Verordnungsermächtigung die notwendige Flexibilität, die Einzelheiten zur Erprobung unterhalb der Ebene des Parlamentsgesetzes regeln zu können. Dies ist ein praxisgerechter und damit vernünftiger Lösungsansatz.

Ebenso praxisgerecht ist es, dass - wie bisher - die Übertragung des Amts als Richterin oder Richter am Finanzgericht von dem Erprobungserfordernis ausgenommen bleiben soll. Soweit der Entwurf vorsieht, dass durch Rechtsverordnung weitere Ämter von dem Erfordernis einer Erprobung ausgenommen werden können, entspricht auch dies der bisherigen Verwaltungspraxis in der nordrhein-westfälischen Justiz. Hierzu heißt es in der Begründung zutreffend:

„Zu den weiteren Ämtern, die - wie bisher - von dem Erfordernis einer Erprobung ausgenommen werden können, zählen vor allem die Ämter der Direktorinnen und Direktoren sowie deren ständige Vertreterinnen und ständige Vertreter, die Ämter der weiteren Aufsicht führenden Richterinnen und Richtern und die Ämter der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte als Gruppenleitung.“

Hierbei handelt es sich um die Ämter, die typischerweise gewisse Verwaltungserfahrungen voraussetzen, nicht aber zwingend auch eine besondere „Erprobung“. Das Ministerium der Justiz dürfte daher in der Rechtsverordnung schon aus Gründen der Verwaltungskontinuität genau diese Ämter auch weiterhin von dem Erprobungserfordernis ausnehmen; m.E. sogar aus Gründen des Vertrauensschutzes für eine längere Übergangszeit ausnehmen müssen. Auf der Grundlage der gegenwärtigen Rege-

lungslage sind nämlich viele Personalentwicklungen bereits langjährig angelegt worden. Das ist bei einer Änderung der Vorschriften zum Erfordernis einer Erprobung sorgfältig zu berücksichtigen.

3. Übergangsregelung (§ 104a LRiStaG-E)

Die Übergangsregelung in § 104a LRiStaG-E ist angemessen. Sie belässt dem Ministerium für Justiz ausreichend Zeit, um die bislang noch bestehenden Verwaltungsvorschriften durch entsprechende Rechtsverordnungen abzulösen.

4. Änderung des § 52 LVO NRW

§ 52 LVO wird für die Beamtinnen und Beamten im Geschäftsbereich des Ministeriums der Justiz in Absatz 3 um eine Regelung zum Beurteilungsrhythmus, wie sie in § 8 Abs. 1 LVO bereits enthalten ist, ergänzt. Danach wird der – bisher schon maßgebliche – 3-Jahres-Zeitraum nun, wie vom BVerwG gefordert, im Rang mindestens einer Rechtsverordnung festgelegt. Diese Änderung ist im Lichte der eingangs aufgezeigten Rechtsprechung notwendig, aber auch ausreichend. Insbesondere bedarf es keiner Ergänzung des § 52 LVO um weitere Regelungen, wie sie in § 8 Abs. 2 und 3 LVO enthalten sind. Sog. Quotenvorgaben für die Vergabe von Spitzennoten sind für die Beamtinnen und Beamten im Geschäftsbereich des Ministeriums der Justiz nicht erforderlich, da das hiesige Beurteilungssystem mit 18 Punkten hinlänglich ausdifferenziert und eine Notenverdichtung im Bereich der Spitzennote schon deshalb nicht zu besorgen ist.

IV. Fazit und Ausblick

Den vorliegenden Gesetzentwurf kann und sollte der Landtag noch in dieser Legislaturperiode verabschieden. Er setzt hinsichtlich des **Beurteilungswesens** die Vorgaben um, die sich aus der Rechtsprechung des BVerwG ergeben. Zwar hat sich das BVerwG bislang noch nicht konkret mit § 14 LRiStaG befassen müssen. Angesichts der inzwischen vorliegenden zahlreichen Entscheidungen des BVerwG zum „Rechtsatzvorbehalt bei dienstlichen Beurteilungen“ lässt sich aber absehen, dass § 14 LRiStaG - jedenfalls dessen Absatz 5 - vor den Verwaltungsgerichten keinen Bestand haben dürfte. Spätestens nach Ablauf einer bislang noch zugebilligten Übergangszeit könnten Verwaltungsgerichte die auf den bisherigen Rechtsgrundlagen fußenden Beurteilungen als rechtswidrig bewerten. Damit bestünde zugleich die Gefahr einer Blockade zahlreicher Stellenbesetzungsverfahren. Es ist deshalb geboten, die Regelungen für die dienstlichen Beurteilungen im Geschäftsbereich des Ministeriums der Justiz schnellstmöglich - und zwar noch in dieser Legislaturperiode - an die Anforderungen des BVerwG anzupassen.

Nichts anderes gilt letztendlich auch für das **Erprobungserfordernis**. Auch hier ist damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung es – solange dieses Erfordernis nicht gesetzlich verankert ist – als rechtswidrig erachten wird, wenn Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, die sich nicht erprobt haben, von Beförderungsverfahren ausgeschlossen bleiben. Auch hier ist es daher erforderlich, sehr zeitnah – noch in dieser Legislaturperiode – **Rechtssicherheit** zu schaffen.

Der danach insgesamt zu begrüßende Gesetzentwurf beseitigt rechtsstaatliche Defizite im gegenwärtigen System dienstlicher Beurteilungen. Er sollte aber zugleich als Impuls für den bereits angestoßenen Prozess zur Reform des richterlichen Beurteilungswesens verstanden werden. Die Bedeutung dienstlicher Beurteilungen für die Verwirklichung des Leistungsprinzips gemäß Art. 33 Abs. 2 GG und damit die Grundrechtsrelevanz des Beurteilungssystems liegen – ausgeschärft durch die jüngeren Entscheidungen des BVerwG – auf der Hand. Ziel des Reformprozesses müssen vor allem eine höhere Transparenz und rechtssichere Auswahlentscheidungen bei Beförderungen sein.

Wie bei der Vorbereitung des Landesrichter- und Staatsanwältegesetzes vom 8. Dezember 2015 (GV. NRW. S. 812) sollten in diesen Reformprozess neben dem Geschäftsbereich der Justiz die Interessenvertretungen der Richterschaft und Staatsanwaltschaft umfassend eingebunden werden. Im Kern lebt jedes Beurteilungssystem von seiner Akzeptanz bei den Beurteilenden und den Beurteilten. Daran zu erinnern ist auch deshalb wichtig, weil mit der beabsichtigten gesetzlichen Verankerung wesentlicher Leitlinien zwar die gebotene demokratische Legitimation des Beurteilungssystems gestärkt wird, mit zunehmenden parlaments- und untergesetzlichen Vorgaben zugleich aber die Reichweite der Mitbestimmung bei Beurteilungsrichtlinien sinkt.¹²



(Dr. Werner Richter)

¹² So auch schon Stuttmann, NVwZ 2021, 1614 (1615).