
Datum: 19.01.2004
Gericht: Dienstgerichtshof NRW
Spruchkörper: Dienstgerichtshof für Richter
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 1 DGH 2/03
ECLI: ECLI:DE:DGHNRW:2004:0119.1DGH2.03.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, DG - 4/02

Tenor:

Die Berufung des Antragstellers gegen das am 12. November 2002 verkündete Urteil des Dienstgerichts für Richter bei dem Landgericht Düsseldorf - DG-4/02 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Antragsteller.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

- I. 2
- Der im Jahre 1949 geborene Antragsteller steht seit dem 04.12.1980 im richterlichen Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Am 14.04.1986 wurde er unter Verleihung der Eigenschaft eines Richters auf Lebenszeit zum Richter am Landgericht ernannt. Zugleich wurde ihm ein entsprechendes Amt beim Landgericht Münster übertragen. Einer Erprobung gemäß der AV des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 19. Januar 1972 (2010-1 B. 61, JMBL. Seite 37) hat sich der Antragsteller bisher nicht unterzogen. 3
- Mit Schreiben vom 15.12.2001 bewarb sich der Antragsteller um eine im Justizministerialblatt NW vom 01.12.2001 ausgeschriebene Stelle eines Richters am Oberlandesgericht Hamm. Seiner Bewerbung fügte er hinsichtlich der Erprobung eine Ausarbeitung "Zur (Un-) Vereinbarkeit des sog. Dritten Staatsexamens mit dem Grundgesetz und der Europäischen 4

Menschenrechtskonvention - ein Beitrag zur Inhaltsbestimmung des richterlichen Amtsrechts auf persönliche Unabhängigkeit -" bei.

Mit der Personal- und Befähigungsnachweisung vom 25.02.2002 beurteilte der Präsident des Landgerichts Münster die Leistungen und Fähigkeiten des Antragstellers mit "erheblich überdurchschnittlich". Er führte weiter aus, dass unbeschadet der Tatsache, dass sich der Antragsteller bisher einer Erprobung beim Oberlandesgericht nicht unterzogen habe, er davon ausgehe, dass der Antragsteller in der Lage wäre, auch beim Oberlandesgericht Leistungen auf gleich hohem Niveau wie beim Landgericht zu erbringen; unter dieser Prämisse halte er den Antragsteller für das Amt eines Richters am Oberlandesgericht für besonders geeignet. 5

Der Präsident des Oberlandesgerichts Hamm teilte dem Antragsteller unter dem 09.04.2002 mit, er habe die Absicht, die folgende Überbeurteilung zu der Personal- und Befähigungsnachweisung des Präsidenten des Landgerichts Münster zu den Personalakten des Antragstellers zu nehmen: 6

"Soweit der Präsident des Landgerichts Münster die Fähigkeiten und Leistungen von Herrn L im Anschluss an frühere Beurteilungen mit "erheblich über dem Durchschnitt" beurteilt hat, stimme ich dem zu. Soweit es dagegen um die Eignung für das angestrebte Amt eines Richters am Oberlandesgericht geht, kann ich mich der Beurteilung mit "besonders geeignet" nicht anschließen, da Herr L sich bislang der gemäß der AV des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 19. Januar 1972 (2010-1 B. 61, JMBL. Seite 37) vorgeschriebenen Erprobung bei einem Oberlandesgericht nicht unterzogen hat. Da Herr L somit die zwingenden Voraussetzungen für die Beförderung zum Richter am Oberlandesgericht nicht erfüllt, kann ich seine Eignung für das angestrebte Amt nicht feststellen". 7

Der Antragsteller legte mit Schreiben vom 23.04.2002 "Widerspruch oder den sonst zulässigen Rechtsbehelf" gegen die Überbeurteilung und die hierin zum Ausdruck kommende Versagung einer Eignungsbeurteilung ein. Zur Begründung führte er im Wesentlichen an, dass eine Rechtsgrundlage für eine Erprobung aufgrund der AV vom 19. Januar 1972 weder in der Verfassung noch einfachgesetzlich vorhanden sei; seine Zustimmung zu einer Erprobung sei als Verstoß gegen Artikel 6 I 1 EMRK zu werten; die angeblich zwingende Voraussetzung einer Erprobung für bestimmte Beförderungsämtler führe schließlich zu einer unzulässigen Einschränkung seines Amtsrechts auf persönliche Unabhängigkeit und zugleich zu einer Einschränkung seines durch Artikel 33 Abs. 2 GG geschützten Rechts auf Fortkommen im Beruf. Der Präsident des Oberlandesgerichts Hamm wertete die Eingabe als Gegenäußerung und teilte mit Schreiben vom 07.06.2002 dem Antragsteller mit, dass er keine Veranlassung zu einer Abänderung der Beurteilung sehe. 8

Mit der am 24.06.2002 beim Dienstgericht für Richter eingegangenen Antragsschrift vom 21.06.2002 hat sich der Antragsteller unter Berufung auf die Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit gemäß § 26 Abs. 3 DRiG gegen die in der Überbeurteilung enthaltenen Ausführungen zu seiner Eignung gewandt, die er als unberechtigte Verweigerung der Feststellung der Eignung wertet. Er sieht sich hierdurch in seinem Amtsrecht auf persönliche Unabhängigkeit beeinträchtigt, weil eine Rechtsgrundlage für eine Erprobung nicht vorhanden sei, eine solche als Beförderungsvoraussetzung auch nicht mit höherrangigem Recht in Einklang stehe. Das Erfordernis der Erprobung, das eine Abordnung bedinge, sei mit einem Verzicht auf die Ausübung des Rechts auf persönliche Unabhängigkeit verbunden; das berufliche Fortkommen müsse letztlich durch diesen Verzicht "erkauft" werden. Zudem bleibe bei der Erprobung, die nicht in allen Bundesländern 9

praktiziert und nicht für alle Beförderungsstellen vorausgesetzt werde, unberücksichtigt, dass der Richter Vorschriften, die die Unabhängigkeit der Gerichte zum Schutz der Parteien garantieren sollen, nicht missachten dürfe.

Mit seinem zunächst gegen den Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm gerichteten Antrag hat der Antragsteller ursprünglich begehrt, die Überbeurteilung des Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm vom 09.04.2002 insoweit zur Neubescheidung an den Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm zurückzuverweisen, als es dort heißt: 10

"Da Herr L sich bislang der gemäß der AV des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 19.01.1972 vorgeschriebenen Erprobung bei einem Oberlandesgericht nicht unterzogen hat und somit die zwingenden Voraussetzungen für die Beförderung zum Richter am Oberlandesgericht nicht erfüllt, kann ich seine Eignung für das angestrebte Amt nicht feststellen."

Nach einem Hinweis des Dienstgerichts hat der Antragsteller unter dem 04.07.2002 sein Antragsbegehren berichtigt, den Antrag gegen das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm, gerichtet und nunmehr beantragt, 12

1. die Überbeurteilung des Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm vom 09.04.2002 in dem mit Antrag vom 21.06.02 angegriffenen Umfang für unzulässig zu erklären bzw. die Unzulässigkeit in diesem Umfang festzustellen.

Der Präsident des Oberlandesgerichts Hamm als Vertreter des Antragsgegners hat beantragt, 14

den Antrag zurückzuweisen. 15

Er hat ausgeführt, dass die beanstandete Passage der Überbeurteilung die richterliche Unabhängigkeit des Antragstellers nicht beeinträchtige. Diese betreffe, wie Artikel 97 Abs. 2 GG zeige, die Ausübung des konkret zugewiesenen Amtes als Planrichter, also die Tätigkeit an dem Gericht, an dem der Richter über eine Planstelle verfüge. Damit werde der Antragsteller durch die Forderung nach einer Erprobung nicht beeinträchtigt. Eine Beförderung nur auf der besonders aussagekräftigen Beurteilungsgrundlage nach einer Erprobung vorzunehmen, liege im Rahmen des Auswahlermessens des Dienstherrn und sei nicht zu beanstanden. Diese Verwirklichung des Leistungsprinzips habe mit der richterlichen Unabhängigkeit nichts zu tun. 16

Im Rahmen des Beförderungsverfahrens teilte das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen dem Antragsteller unter dem 21.06.2002 mit, es sei beabsichtigt, die ausgeschriebenen Stellen Mitbewerbern zu übertragen. Der Antragsteller erhob "gegen den Fortgang des Besetzungsverfahrens" unter dem 27.06.2002 Widerspruch und verwies darauf, dass seine Klage vor dem Dienstgericht aufschiebende Wirkung haben dürfte, außerdem dürfte im Zusammenhang mit der Vergabe der Stellen nicht die Überbeurteilung vom 09.04.2002 zugrunde gelegt werden. Das Justizministerium des Landes NW wies mit Widerspruchsbescheid vom 16.07.2002 den Widerspruch gegen den Fortgang des Besetzungsverfahrens im Wesentlichen mit der Begründung zurück, dass der Antragsteller nicht entsprechend der AV des Justizministeriums vom 19. Januar 1972 erprobt worden sei und er deshalb schon aus diesem formalen Grund nicht berücksichtigt werden könne. Die ausgeschriebenen Beförderungsstellen sind im weiteren Verlauf des Verfahrens Mitbewerbern übertragen worden. 17

Mit dem am 25.07.2002 beim Dienstgericht eingegangenen Schriftsatz vom 22.07.2002 hat der Antragsteller die Klage gegen das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch das Justizministerium, erweitert und insoweit beantragt,

festzustellen, 19

2. dass seine Nichtberücksichtigung bei der Vergabe der im JMBL NRW 12/01
ausgeschriebenen Stellen eines Richters am Oberlandesgericht Hamm wegen mangelnder
Erprobung bei einem Oberlandesgericht unzulässig ist, 20

3. dass seine Nichtberücksichtigung bei weiteren Beförderungsstellenvergaben wegen
mangelnder Erprobung bei einem Oberlandesgericht unzulässig ist, 21

hilfsweise 22

4. dass die AV des Justizministers vom 19.01.1972 (2010-1 B. 61) insoweit rechtlich
unzulässig ist, als sie die Beförderung eines Richters von dem Erfordernis einer Erprobung
beim Oberlandesgericht abhängig macht. 23

Das Justizministerium als Vertreter des Antragsgegners hat beantragt, 24

die Anträge zurückzuweisen. 25

Das Justizministerium sieht in dem Erfordernis der Erprobung, das dem Leistungsprinzip
Rechnung trage und seine Rechtfertigung in Artikel 33 Abs. 2 GG habe, ebenfalls keinen
unzulässigen Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit und bezieht sich im übrigen auf die
Ausführungen des Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm zum Antrag zu 1. 26

Das Dienstgericht für Richter hat aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil vom 12.
November 2002 die Anträge zurückgewiesen. Hierbei hat es keine abschließende
Entscheidung getroffen, ob die Anträge im Prüfungsverfahren nach § 26 Abs. 3 DRiG, 37 Nr.
4 e) LRiG zulässig sind. Das Dienstgericht hatte Bedenken, ob die Anträge sich auf Vorgänge
beziehen, die Maßnahmen der Dienstaufsicht sind, als solche überhaupt einen konkreten
Bezug zur Tätigkeit eines bestimmten Richters haben und es sich um einen konkreten
Konfliktsfall zwischen Justizverwaltung und Richter handelt, bei dem auf der Grundlage der
Behauptung des Antragstellers die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt werden kann.
Die Bedenken führen nach Auffassung des Dienstgerichts jedenfalls zu der Wertung, dass
die Anträge unbegründet sind. Zu dem Antrag zu 1. hat das Dienstgericht darauf abgestellt,
dass sich die Überbeurteilung des Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm vom
09.04.2002 nicht wertend mit dem dienstlichen oder außerdienstlichen Verhalten des
Antragstellers befasse, auf ihn auch kein Einfluss genommen werde, sich künftig in einer
bestimmten Weise zu verhalten; vielmehr werde lediglich an einen rein formalen Aspekt
angeknüpft und hieraus eine Rechtsfolge abgeleitet. Aus den gleichen Gründen seien die
Anträge zu 2. bis 4. nicht begründet, da sich die Vorgänge nicht als Maßnahmen der
Dienstaufsicht darstellten; es fehle an dem erforderlichen konkreten Bezug zur richterlichen
Tätigkeit des Antragstellers. Wegen der weiteren Einzelheiten der tatsächlichen
Feststellungen und der Begründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (Bl.
156 ff GA). 27

Der Antragsteller hat gegen das ihm am 14.12.2002 zugestellte Urteil bei dem Dienstgericht
für Richter am 13.01.2003 Berufung eingelegt und diese zugleich mit der Berufungsschrift
vom 10.01.2003 begründet; sein Vorbringen hat er mit weiteren Schriftsätzen vom 28

11.03.2003 und 20.05.2003 ergänzt. Er wiederholt und vertieft sein Vorbringen aus erster Instanz. Das Dienstgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass er die Verletzung seiner persönlichen Unabhängigkeit rüge, was für das Verständnis des konkreten Konfliktsfalls bedeutsam sei. Sowohl die angegriffene Beurteilung als auch die AV des Justizministers vom 19.01.1972 beeinträchtigte ihn in seiner persönlichen Unabhängigkeit und damit auch in seiner sachlichen Unabhängigkeit, wobei auch psychologische Einflussnahmen einzubeziehen seien. Ihm werde zugemutet, mit einer Erprobung, ohne die ein berufliches Fortkommen nicht möglich sei, auf seine persönliche Unabhängigkeit zu verzichten, die ein Hilfsrichter nicht habe. Für diese. Beeinträchtigung fehle es auch an einer Rechtsgrundlage, wobei der Einsatz von Hilfsrichtern ohnehin nur als Ausnahme und nur aus zwingenden Gründen zugelassen sei. Die Erprobungspraxis lasse sich mit dem Grundgesetz und der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht vereinbaren.

Im übrigen habe das Dienstgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus den Rechtsstreit gemäß 17 a Abs. 2 GVG von Amts wegen an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges verweisen müssen. 29

Der Antragsteller beantragt, 30

unter Abänderung des Urteils des Dienstgerichts für Richter bei dem Landgericht Düsseldorf vom 12.11.2002 (DG-4/2002) 31

1. die Überbeurteilung des Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm vom 09.04.2002 insoweit für unzulässig zu erklären bzw. die Unzulässigkeit festzustellen, als es dort heißt:

"Soweit es dagegen um die Eignung für das angestrebte Amt eines Richters am Oberlandesgericht geht, kann ich mich der Beurteilung mit erneut "besonders geeignet" nicht anschließen, da Herr L sich bislang der gemäß der AV des Justizministeriums des Landes NRW vom 19.01.1972 (2010-1 B. 61, JMBL. Seite 37) vorgeschriebenen Erprobung bei einem Oberlandesgericht nicht unterzogen hat. Da Herr L somit die zwingenden Voraussetzungen für die Beförderung zum Richter am Oberlandesgericht nicht erfüllt, kann ich seine Eignung für das angestrebte Amt nicht feststellen". 33

2. festzustellen, dass seine Nichtberücksichtigung bei weiteren Beförderungsstellenaufgaben wegen mangelnder Erprobung beim Oberlandesgericht unzulässig ist. 34

hilfsweise, 35

den Rechtsstreit unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung an das Verwaltungsgericht Münster, weiterhin hilfsweise an das zuständige Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verweisen. 36

Der Präsident des Oberlandesgerichts Hamm sowie das Justizministerium als Vertreter des Antragsgegners beantragen, 37

die Berufung zurückzuweisen. 38

Sie treten der Auffassung des Antragstellers entgegen und nehmen im wesentlichen Bezug auf ihren bisherigen Vortrag. 39

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen, die Personalakte des Antragstellers sowie auf den Besetzungsvorgang 3240 Hamm - I A. 1122 Bezug genommen. 40

II.	41
Die Berufung des Antragstellers ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 124 a Abs. 2, Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 79 Abs. 1 DRiG, 56 Satz 1 LRiG), hat jedoch keinen Erfolg. Das Dienstgericht für Richter hat die mit der Berufung weiter verfolgten erstinstanzlichen Anträge zu 1. und 3. im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen (§ 63 Abs.4 LRiG). Hierbei beinhaltet der um eine Textpassage ergänzte Antrag zu 1. gegenüber dem erstinstanzlichen Antrag keine sachliche Erweiterung. Abweichend von der Auffassung des Dienstgerichts sind die mit dem Rechtsmittel verfolgten Berufungsanträge zu 1. und 2. als Prüfungsanträge im Verfahren nach § 59 Satz 1 LRiG i.V.m. § 37 Nr. 4 e) LRiG jedoch bereits unzulässig.	42
1.	43
Zu Recht hat das Dienstgericht die Zulässigkeit der Anträge nicht wegen eines fehlenden Vorverfahrens verneint. Vor Durchführung eines Prüfungsverfahrens über die Vereinbarkeit einer Maßnahme der Dienstaufsicht mit der richterlichen Unabhängigkeit hat zwar nach §§ 59 Satz 2, 56 LRiG i.V.m. §§ 68 ff VwGO ein Vorverfahren stattzufinden. Ein förmliches Widerspruchsverfahren zu den Anträgen, die Gegenstand der Berufungsanträge zu 1. und 2. sind, hat nicht stattgefunden. Es ist indes für den Dienstgerichtsweg anerkannt, dass das Fehlen eines förmlichen Vorverfahrens der Zulässigkeit der Anträge dann nicht entgegen steht, wenn dem Zweck des Vorverfahrens hinreichend Rechnung getragen ist. Dies ist der Fall, wenn der die Dienstaufsicht über den Richter führende Minister als Vertreter des Antragsgegners sich im Prüfungsverfahren sachlich auf die Anträge eingelassen und deren Zurückweisung beantragt hat (BVerwG NJW 1989,1438; BGH NJW 2002, 359). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.	44
Die Prüfungsanträge sind jedoch deshalb unzulässig, weil sie der beschränkten Sachentscheidungsbefugnis der Richterdienstgerichte gemäß §§ 78 Nr. 4 e) DRiG, 37 Nr. 4 e) LRiG nicht unterfallen. Nach § 71 Abs. 3 DRiG i.V.m. § 126 Abs. 1 BRRG ist der Rechtsweg zu den Dienstgerichten nur soweit gegeben, als die Richtergesetze (§§ 62, 78 ff DRiG, 37 LRiG) dies bestimmen. Der Dienstgerichtsbarkeit sind, soweit hier relevant, Streitigkeiten über eine Maßnahme der Dienstaufsicht aus den Gründen des § 26 Abs. 3 DRiG zugewiesen (§ 78 Nr. 4 e) DRiG, § 37 Nr. 4 e) LRiG). Der für die richterliche Unabhängigkeit betreffende Streit wird bei den Richterdienstgerichten nur in dem Umfang anhängig, der sich aus dem Anfechtungsgrund des §26 Abs. 3 DRiG und der darauf beschränkten Sachentscheidungsbefugnis des Gerichts ergibt. Die allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle obliegt nicht den Dienstgerichten, vielmehr den Verwaltungsgerichten (ständige Rechtsprechung seit BGHZ 90, 41, 48 ff.; BGH Dienstgericht des Bundes, Urteil vom 27.01.1995 - RiZ (R) 3/94 -, auszugsweise in DRiZ 1995, 352, 353; NJW 2002, 359, 360). Die Zulässigkeit eines Prüfungsantrags setzt zum einen voraus, dass eine Maßnahme der Dienstaufsicht im Sinne des § 26 Abs. 3 DRiG vorliegt; darüber hinaus muss nachvollziehbar dargelegt werden, dass diese Maßnahme die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt	45
(BGH aaO). Die Vorgänge, die der Antragsteller zum Gegenstand des Prüfungsverfahrens macht, erfüllen diese Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht.	46
Das Prüfungsverfahren nach §§ 78 Nr. 4 e) DRiG, 37 Nr. 4 e) LRiG will dem Richter gegen Eingriffe in die richterliche Unabhängigkeit durch Maßnahmen der Dienstaufsicht umfassenden Rechtsschutz gewährleisten. Von daher ist der Begriff "Maßnahmen der Dienstaufsicht" von jeher weit gefasst (vgl. BGHZ 51, 363,367). Dem Schutz unterliegen die	47

sachliche Unabhängigkeit und - unbeschadet der in §§ 78 DRiG, 37 LRiG speziell genannten Gegenstände - die persönliche Unabhängigkeit. Unter "Maßnahmen der Dienstaufsicht" sind alle Verhaltensweisen einer dienstaufsichtführenden Stelle zu verstehen, die sich irgendwie, wenn auch nur mittelbar oder als psychologische Einflussnahme, auf die rechtsprechende Tätigkeit des Richters auswirken. Erforderlich ist aber stets, dass sich das Verhalten bei objektiver Betrachtung gegen einen bestimmten Richter oder eine bestimmte Gruppe von Richtern richtet, es also zu einem konkreten Konfliktfall zwischen der Verwaltung und dem Richter gekommen ist. Maßgebend ist, ob es sich bei der zur Prüfung gestellten Maßnahme aufgrund vernünftiger Betrachtung nach den Umständen des Einzelfalles objektiv um, ein gegen einen bestimmten Richter bzw. gegen eine Gruppe bestimmter Richter gerichtetes Verhalten der Behörde handelt. Das Prüfungsverfahren gibt dem Richter kein Mittel an die Hand, sich losgelöst von einem ihn selbst betreffenden Konfliktfall vor dem Richterdienstgericht mit Vorgängen und Verlautbarungen im Bereich der Justizverwaltung auseinander zu setzen (vgl. zum Vorstehenden BGH NJW 1984, 2471, 2472; DRiZ 1984, 239; BGH Urteil vom 27.01.1995). Zu einer "Maßnahme der Dienstaufsicht" hinzukommen muss, dass der Antragsteller nachvollziehbar dartut, wie durch eine Verhaltensweise der Dienstaufsicht seine richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt sein könnte.

a)

48

Der Antragsteller wendet sich mit seinem Antrag zu 1. gegen die Überbeurteilung des Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm vom 09.04.2002. Die dienstliche Beurteilung eines Richters ist eine Maßnahme der Dienstaufsicht, unabhängig davon, ob sie eine positive oder negative Aussage trifft. Der Beurteilung wird der Charakter einer Maßnahme der Dienstaufsicht auch nicht dadurch genommen, dass die Beurteilung nach ihrem vorrangigen Zweck bei der Besetzung einer Beförderungsstelle der Bestenauslese dient und nicht auf eine Beeinflussung der rechtsprechenden Tätigkeit abzielt (BGH Urteil vom 27.01.1995, Ziffer 2 b). Der Antrag ist aber deshalb unzulässig, weil der Antragsteller im Rahmen der ihn treffenden Behauptungslast nicht nachvollziehbar dargelegt hat, wie durch die beanstandete Passage der Überbeurteilung die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt sein könnte.

49

Die Ausführungen des Präsidenten des Oberlandesgerichts zur Eignung für das angestrebte Amt eines Richters am Oberlandesgericht beschränken sich darauf, dass sich der Präsident des Oberlandesgerichts nicht der Eignungsbewertung des Präsidenten des Landgerichts anschließt, er vielmehr die Eignung des Antragstellers für das angestrebte Amt nicht feststellen könne, da dieser die zwingenden Voraussetzungen für die Beförderungsstelle nicht erfülle; die Begründung knüpft daran an, dass der Antragsteller sich bislang der gemäß der AV des Justizministeriums des Landes NW vom 19.01.1972 vorgeschriebenen Erprobung bei einem Oberlandesgericht nicht unterzogen hat. Diese Ausführungen enthalten, wovon auch das Dienstgericht ausgegangen ist, keine Elemente, die auf eine direkte oder indirekte Weisung hinauslaufen. Richterliche Unabhängigkeit bedeutet in erster Linie Weisungsfreiheit. Eine dienstliche Beurteilung kann die Unabhängigkeit eines Richters nur dann tangieren, wenn sie auf eine auch nur mittelbare Weisung hinausläuft, wie der Richter in Zukunft verfahren oder entscheiden soll; die Beurteilung muss sich auch jeder psychologischen Einflussnahme enthalten (BGH DRiZ 1984, 239). Die Aussage zur Eignung und zur fehlenden Erprobung enthält keine Kritik an der Verhaltensweise des Antragstellers; ihr kann auch keine Anregung, erst recht keine psychologische Beeinflussung, sich anders zu verhalten, entnommen werden. Dass überhaupt eine Aussage zur Eignung und zu den Voraussetzungen ihrer Feststellung getroffen wird, ist notwendiger Bestandteil einer aus Anlass einer Bewerbung erstellten dienstlichen Beurteilung. Diese Umstände lassen für sich die richterliche Amtsführung und seine persönliche Unabhängigkeit unberührt. Soweit der

50

Antragsteller darauf abstellt, der Präsident des Oberlandesgerichts hätte eine Eignungsfeststellung nicht verweigern dürfen, zielt dies auf eine Rüge der beurteilungsrechtlichen Rechtswidrigkeit ab, die nicht Gegenstand des Prüfungsverfahrens sein kann; insoweit sind die Verwaltungsgerichte zuständig. Das Prüfungsverfahren ist auf den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit beschränkt. Wie diese durch die Formulierung oder den Aussagegehalt der Überbeurteilung berührt sein kann, ist bereits im Ansatz nicht ersichtlich. Es entspricht wohl auch der Auffassung des Antragstellers, dass sich der Überbeurteilung keine Einflussnahme entnehmen lässt, eine Verfahrens- oder Sachentscheidung künftig in einem anderen Sinne als ohne die angegriffene Beurteilungspassage zu treffen. Er stellt darauf ab, dass ihm für sein berufliches Fortkommen, nämlich die Übertragung eines besoldungsrechtlich höher dotierten Amtes eines Vorsitzenden Richters am Landgericht oder eines Richters am Oberlandesgericht, mittelbar abverlangt werde, sich zuvor einer Erprobung zu unterziehen und zeitweise auf seine persönliche Unabhängigkeit zu verzichten; hierin liege eine psychologische Einflussnahme. Mit dieser Zielrichtung geht es dem Antragsteller letztlich darum, dass er die in der AV des Justizministeriums NW vom 19.01.1972 vorgesehene Erprobung und die Anwendung dieser Grundsätze auf seine Person als mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar wertet. Diese Zielrichtung verdeutlicht auch sein Berufungsantrag zu 2). Die AV vom 19.01.1972, die lediglich Beurteilungsrichtlinien und eine Konkretisierung des Auswahlermessens enthält (vgl. hierzu BGH NJW 2002, 359, 360), ist als solche keine Maßnahme der Dienstaufsicht im Sinne des § 26 Abs. 3 DRiG, da die Regelung für sich allein keinen Konfliktfall zwischen Justizverwaltung und bestimmten Richtern betrifft (vgl. hierzu BGH NJW 1984, 2471, 2472). Ihre Heranziehung in der dienstlichen Beurteilung oder im Bewerbungsverfahren mag sich zwar zu einer konkreten Einwirkung auf den Antragsteller verdichten und durch deren Anwendung zu einer Maßnahme der Dienstaufsicht werden. Indes ist unter keinem Gesichtspunkt nachvollziehbar, wie die vom Dienstherrn zur Übertragung bestimmter Beförderungsämters vorausgesetzte Erprobung bei einem Oberlandesgericht in die richterliche Unabhängigkeit des Antragstellers eingreifen kann.

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass die Übertragung von Beförderungsämters im Richterdienst von einer Erprobung abhängig gemacht werden kann und eine dahingehende Verwaltungspraxis mit dem Leistungsprinzip und dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf gleichen Zugang zu allen öffentlichen Ämtern (Artikel 33 Abs. 2 GG) vereinbar ist. Die AV vom 19.01.1972 stellt eine Konkretisierung der allgemeinen Ermessenserwägungen der zuständigen obersten Dienstbehörde in Nordrhein-Westfalen dar, die in die Auswahlentscheidung einfließen. Als ermessenslenkende allgemeine Verwaltungsvorschrift bedarf es hierzu keiner besonderen gesetzlichen Grundlage (BVerwG DRiZ 1977, 117; DRiZ 1978, 315; OVG NW DRiZ 1998, 377, 378; zu Beurteilungsrichtlinien der obersten Landesbehörde vgl. auch BGH NJW 2002, 359, 360). Der in diesem Zusammenhang gebrachte Hinweis des Antragstellers, Art. 97 Abs. 2 GG erfordere eine gesetzliche Grundlage, geht fehl. Das dem Auswahlermessen zuzurechnende Prinzip der Erprobung ist zu trennen von den Grundlagen der Umsetzung. Diese finden sich in § 37 DRiG.

51

Die in Artikel 97 GG garantierte richterliche Unabhängigkeit ist kein Grundrecht oder Privileg der Richter. Dem rechtsuchenden Bürger soll gewährleistet werden, dass sein Rechtsstreit neutral und ohne eine andere Bindung als die an Gesetz und Recht entschieden wird; hierzu wird auch die persönliche Unabhängigkeit gewährleistet (BGH NJW 2002, 359, 360). Artikel 97 Abs. 2 GG schützt den Berufsrichter vor ungewollter Entfernung aus seinem Amt. Der hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellte Richter kann wider seinen Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter Formen, welche die Gesetze

52

bestimmen, u. a. vor Ablauf seiner Amtszeit versetzt werden. Gesetzliche Bestimmungen hierzu finden sich im deutschen Richtergesetz, unter anderem in § 37 DRiG, nach der ein Richter auf Lebenszeit für länger als drei Monate nur mit seiner Zustimmung und auf eine bestimmte Zeit abgeordnet werden kann. Bereits aus der Fassung des Grundgesetzes ("gegen den Willen") folgt, dass der Richter in Bezug auf sein Amtsrecht nur gegen ungewollte Veränderungen im ausgeübten Amt abgesichert sein soll, was auch § 37 DRiG zugrunde legt. Versetzungen, Beförderungen und Abordnungen auf Antrag oder mit Einverständnis des Betroffenen, sei es an ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde, können seine persönliche Unabhängigkeit nicht tangieren und liegen für den betreffenden Richter jenseits des Schutzbereichs des Artikel 97 Abs. 2 GG (vgl. Classen in MangoldUKlein/Starck, GG 111 2001, Art. 97 Rnr. 39). Soweit der Antragsteller meint, die AV vom 19.01.1972 zwingt letztlich bei einem Wunsch nach beruflichem Fortkommen den Richter dazu, dies mit einem vorübergehenden Verzicht auf seine persönliche Unabhängigkeit zu "erkaufen", überzeugt auch dies im Ansatz nicht. Zutreffend ist, dass die an ein Oberlandesgericht zur Erprobung abgeordneten Richter, die Richter auf Lebenszeit sein müssen (§ 117 GVG), in der aktuellen Verwendung nicht die persönliche Unabhängigkeit der bei diesem Gericht hauptamtlich und planmäßig angestellten Richter haben (BGHZ 95, 22, 25 f.). Dies besagt aber nichts darüber, dass der Antragsteller in der ihm nach Artikel 97 Abs. 2 garantierten Unabhängigkeit seines bisherigen Amtes berührt wird. Für eine Zustimmung zur Erprobungsabordnung werden ihm keine Vorgaben gemacht, es bleibt seiner persönlichen Entschließungsfreiheit überlassen. Dass die oberste Dienstbehörde im Rahmen des Leistungsprinzips und des ihr zustehenden Auswahlermessens bestimmte Kriterien voraussetzt, lässt jegliche Zielrichtung gegen die richterliche Unabhängigkeit vermissen und berührt den Schutzbereich des Artikel 97 GG nicht.

Der Antragsteller knüpft ferner daran an, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs Hilfsrichter nur aus zwingenden Gründen zur Mitwirkung an der Rechtsprechung zuzulassen sind, es ansonsten an der ordnungsgemäßen Besetzung des Gerichts fehle (BVerfGE 14, 156, 162 ff; BGHZ 22, 142, 144; 95, 22, 25; 130, 304, 308); auch Artikel 6 Abs. 1 EMRK verlange unabhängige Gerichte. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist ein Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit des Antragstellers nicht erkennbar. Die vorgenannten Entscheidungen befassen sich mit der Frage der ordnungsgemäßen Besetzung des Gerichts und damit auch mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des gesetzlichen Richters nach Artikel 101 GG. Hiernach bestehen keine verfassungsrechtlichen oder gerichtsverfassungsrechtlichen Bedenken, planmäßige Richter unterer Gerichte an obere Gerichte abzuordnen, um ihre Eignung zu erproben. Es ist eine Frage des Einzelfalles, ob die Mitwirkung eines Richters an Entscheidungen mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen und den diese absichernden gesetzlichen Bestimmungen, wie zum Beispiel zur Besetzung der Gerichte mit abgeordneten Richtern gemäß § 29 DRiG, im Einklang steht. Hinsichtlich des Antragstellers ergeben sich aus dieser Rechtsprechung keine Berührungspunkte, insbesondere wird ihm nicht angesonnen, an verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich bedenklichen Maßnahmen mitzuwirken. Soweit der Antragsteller in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass nicht in allen Bundesländern und nicht für alle Beförderungsämt eine Erprobung vorausgesetzt wird, lässt sich hieraus im Rückschluss nicht herleiten, dass das Erprobungssystem die richterliche Unabhängigkeit des Antragstellers tangiert. Im Rahmen der Bestenauslese ist es eine Frage des Auswahlermessens der jeweils obersten Dienstbehörde, ob sie durch eine Erprobung eine zusätzliche Erkenntnisquelle für die Eignung und Befähigung von Richtern für bestimmte Ämter gewinnen will. Dies betrifft die Frage, ob die Erprobung als Auswahlkriterium sachlich gerechtfertigt ist, hat aber keinen Bezug zur richterlichen Unabhängigkeit. Ob die Verwaltungsübung die einzig richtige, die beste oder zweckmäßigste

ist, ist weder für die allgemeine Rechtmäßigkeit (vgl. BVerwG DRiZ 77, 117; DRiZ 78, 315) noch für die richterliche Unabhängigkeit von Bedeutung. Dass für die Übertragung eines Richteramtes am Bundesgerichtshof eine Erprobung als Auswahlkriterium von vornherein ausscheidet, folgt aus dem Gesetz; Hilfsrichter können, anders als bei einem Oberlandesgericht, am Bundesgerichtshof nicht tätig werden (§ 124 GVG); dies beruht auf rechtspolitischen Erwägungen; für Oberlandesgerichte hat der Gesetzgeber anderes geregelt.

Soweit der Antragsteller darauf abzielt, das Erprobungsprinzip in Frage zu stellen, ist dies 54
kein im Prüfungsverfahren zulässiges Antragsbegehren. Gegenstand des Prüfungsverfahrens nach §§ 78 Nr. 4 e) DRiG, 37 Nr. 4 e) LRiG ist nicht die Übereinstimmung einer Maßnahme mit dem Gesetz, sondern ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit des betroffenen Richters. Hierauf ist die Sachentscheidungsbefugnis des Dienstgerichts beschränkt. Der Richter soll geschützt werden, sobald sich die Justizverwaltung mit seinem dienstlichen oder außerdienstlichen Verhalten kritisch befasst oder ihn durch eine auf ihn bezogene Maßnahme für die Zukunft zu beeinflussen versucht. Das Verfahren eröffnet dem

Richter keine Möglichkeit, sich losgelöst von einem ihn selbst betreffenden Konfliktfall vor 55
dem Richterdienstgericht mit Vorgängen im Bereich der Justizverwaltung auseinander zu setzen.

b) 56

Mit seinem Berufungsantrag zu 2. begehrt der Antragsteller festzustellen, dass seine 57
Nichtberücksichtigung bei weiterer Beförderungstellenvergabe wegen mangelnder Erprobung beim Oberlandesgericht unzulässig ist. Ziel dieses Antrags ist es zu erreichen, dass der Antragsteller trotz fehlender Erprobung bei der Vergabe entsprechender Richterämter in künftigen Bewerbungsverfahren berücksichtigt wird. Gegen die Zulässigkeit eines derartigen Begehrens ergeben sich bereits insoweit Bedenken, als losgelöst von einem konkreten Bewerbungs- und Besetzungsverfahren eine in der Sache vorbeugende Feststellung begehrt wird, wobei ungewiss ist und auch vom Verhalten des Antragstellers abhängt, ob und wann ein konkreter Konfliktfall auftritt. Für einen derartigen Antrag fehlt bereits das Rechtsschutzinteresse. In einem künftigen Bewerbungsverfahren steht dem Antragsteller ausreichender Rechtsschutz zur Verfügung, falls er sich durch eine Maßnahme des Antragsgegners beeinträchtigt sieht. Es fehlt ein berechtigtes Interesse, die vom Antragsteller aufgeworfene Frage losgelöst vom Einzelfall und seinen konkreten Umständen zur Entscheidung zu stellen.

Unbeschadet dessen ist der Antrag auch deshalb im Prüfungsverfahren nicht zulässig, weil 58
die Sachentscheidungsbefugnis des Dienstgerichts nicht gegeben ist. Das Dienstgericht kann nur die Rechtmäßigkeit einzelner Maßnahmen im Rahmen des § 26 Abs. 3 DRiG prüfen, dem nur mögliche künftige Konfliktfälle nicht unterfallen. Darüber hinaus ist aus den vorstehend ausgeführten Gründen nicht nachvollziehbar dargelegt, wie das Erprobungsprinzip nach der AV des Justizministeriums NW vom 19.01.1972 die richterliche Unabhängigkeit beeinflussen kann.

Soweit sich der Antragsteller durch das Erprobungsprinzip in seinem beruflichen Fortkommen 59
benachteiligt sieht und wegen besonderer Umstände eine Ausnahme für gerechtfertigt hält, obliegt es grundsätzlich der Entscheidung des Dienstherrn, ob und unter welchen Voraussetzungen Abweichungen von der allgemeinen Verwaltungsübung gemacht werden können. Insoweit hat der Präsident des Oberlandesgerichts Hamm bereits gegenüber dem

Antragsteller klargestellt, dass die in der AV vorgesehene Regelaltersgrenze von 45 Jahren ihm nicht entgegengehalten werden soll. Diese Fragen liegen jedoch außerhalb der Sachentscheidungsbefugnis des Dienstgerichts und fallen in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

c) 60

Dem Antragsbegehren müsste auch dann der Erfolg versagt werden, wenn man von der Zulässigkeit der Anträge ausginge und hierbei eine nachvollziehbare Behauptung bejahen würde, dass eine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit in Betracht kommen könnte. Dann wären die Anträge jedenfalls unbegründet, da, wie vorstehend ausgeführt, ein Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit nicht vorliegt. 61

2. 62

Der Antragsteller beantragt hilfsweise, den Rechtsstreit an ein Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verweisen, falls das Dienstgericht für die vorliegende Fallgestaltung seine Zuständigkeit verneint. Diesem Antrag kann nicht entsprochen werden, da hierfür eine gesetzliche Grundlage fehlt. § 17 a GVG ist auf die vorliegende Fallkonstellation nicht anwendbar. 63

Im Prüfungsverfahren haben die Richterdienstgerichte ausschließlich zu prüfen, ob Maßnahmen der Dienstaufsicht den jeweiligen Antragsteller in seiner richterlichen Unabhängigkeit beeinträchtigen. Nur insoweit wird der Rechtsweg zu den Dienstgerichten nach § 71 Abs. 3 DRiG LV.m. § 126 Abs. 1 BRRG eröffnet. Die Sachentscheidungsbefugnis des angerufenen Dienstgerichts ist demgemäß beschränkt. Ob eine Maßnahme im Übrigen mit den Gesetzen und Rechtsvorschriften in Einklang steht, haben die Verwaltungsgerichte nachzuprüfen. Das Nebeneinander verschiedener Rechtswege dient der Durchsetzung unterschiedlicher Rechtsschutzziele. Es handelt sich um zwei verschiedene Streitgegenstände. Nach der auch vom Senat geteilten ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts (BGHZ 90,41, 51 ff = NJW 1984, 2531 = DRiZ 1984, 239, 241; BGH-Urteil vom 27.01.1995 - RiZ (R) 3/94 -; BGH NJW 2002, 359, 360; BVerwG NJW 1983, 2589) findet § 17 Abs. 2 GVG, der die Prüfungsbefugnis bei dem zuerst angerufenen Gericht konzentrieren will, keine Anwendung. Hieraus folgt zugleich, dass der Rechtsstreit einer Verweisung nach § 17 a GVG nicht zugänglich ist, wenn das Dienstgericht dem Antrag wegen Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit nicht entspricht und der Antragsteller die Vereinbarkeit mit anderen Rechtsvorschriften geprüft sehen möchte. § 17 a GVG verfolgt den Zweck, möglichst frühzeitig die Zulässigkeit des Rechtsweges festzulegen. Hierum geht es bei der vorliegenden Fallkonstellation nicht. Beim Dienstgericht wird im Prüfungsverfahren nur der hiervon erfasste Streitgegenstand rechtshängig, kein weitergehender, der verwiesen werden könnte. Soll eine Maßnahme aus anderen Gründen als wegen Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit überprüft werden, handelt es sich um einen anderweitigen, in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fallenden Klagegrund, der beim Richterdienstgericht nicht angefallen ist und deshalb auch nicht als prozessualer Anspruch im Ganzen verwiesen werden kann (BGHZ 90, 41, 51; BGH DRiZ 1986, 57, 59). 64

3. 65

Über die Berufung entscheidet der Senat gemäß §§ 130 a, 125 Abs. 2 Satz 2 VwGO LV.m. § 56 Satz 1 LRiG durch Beschluss, da er sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Die Parteien sind gemäß § 125 Abs. 2 Satz 3 VwGO 66

angehört worden. Der Antragsgegner hat auf eine mündliche Verhandlung verzichtet, der Antragsteller nicht. Eine erneute mündliche Verhandlung vor dem Dienstgerichtshof, die in erster Instanz durchgeführt worden ist, ist indes nicht erforderlich. Die tatsächlichen Umstände stehen fest, weiterer Klärungsbedarf besteht nicht. Zur Prüfung stehen allein Rechtsfragen an, deren Entscheidung keiner mündlichen Verhandlung bedarf.

4. 67

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. 68

Die Revision ist nach §§ 79 Abs.2, 80 Abs. 2 DRiG L V. m. §§ 130 a S. 2, 125 Abs. 2 S.4 VwGO zugelassen. 69

Rechtsmittelbelehrung 70

Gegen den vorstehenden Beschluss steht den Beteiligten das Rechtsmittel der Revision an das Dienstgericht des Bundes beim Bundesgerichtshof zu (§§ 125 Abs. 2 Satz 4, 139 VwGO). Die Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses bei dem Dienstgerichtshof für Richter bei dem Oberlandesgericht Hamm, Heßlerstraße 53, 59061 Hamm, schriftlich einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist beim Bundesgerichtshof - Dienstgericht des Bundes - eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen. 71

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses zu begründen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass der Beschluss auf der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm beruht. 72