

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1462

Öffentliche Ämter im Spannungsfeld rechtlicher Anforderungen und politischer Erforderlichkeit

**Zur Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese
auf politische Beamte, kommunale Wahlbeamte und
Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes**

Von

Khawaja Asad Yasin



Duncker & Humblot · Berlin

KHAWAJA ASAD YASIN

Öffentliche Ämter im Spannungsfeld
rechtlicher Anforderungen und
politischer Erforderlichkeit

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1462

Öffentliche Ämter im Spannungsfeld rechtlicher Anforderungen und politischer Erforderlichkeit

Zur Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese
auf politische Beamte, kommunale Wahlbeamte und
Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes

Von

Khawaja Asad Yasin



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung durch
das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
hat diese Arbeit im Jahr 2020
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18367-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58367-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

A. Das Spannungsfeld	11
I. Bestimmungsfaktoren für Staatstätigkeit	12
II. Die Garantie des Berufsbeamtentums	16
1. Der Funktionsvorbehalt	16
2. Die hergebrachten Grundsätze	19
3. Keine Besitzstandswahrung	21
III. Gewaltenverschränkungen	23
1. Politik und Staatsverwaltung	23
2. Politik und Selbstverwaltung	25
3. Politik und Justizverwaltung	26
4. Politischer Amtszugang?	27
B. Im Amtszugang besonderer Öffentlicher Ämter	28
I. Politische Beamte	28
1. Merkmale	28
a) Besonderes Vertrauenserfordernis	29
b) Weites Ermessen bei Ruhestandsversetzung	31
c) Vorrecht zugunsten des Regierungschefs	33
d) Prüfungsrecht des Bundespräsidenten	36
e) Beamte und Führungsämter auf Probe	37
2. Geschichtliche Entwicklung	38
a) Vor 1900	38
b) Weimarer Republik und Nationalsozialismus	40
c) Bundesrepublik	41
3. Einzelne Ämter politischer Beamter	44
a) Auf Bundesebene	44
b) Auf Landesebene	46
4. Sonderweg Bayern	49
II. Kommunale Wahlbeamte	51
1. Merkmale	52
a) Bestellung durch Wahl	53
b) Limitierte Amtszeit	53
c) Vorzeitige Abwahlmöglichkeit	54
d) Laufbahnfreiheit	54
e) Herausgehobene Alimentation	56
f) Kein Dienstvorgesetzter	57

2.	Geschichtliche Entwicklung	57
a)	Stein'sche Städteordnung	58
b)	Revidierte Städteordnung	60
c)	Städteordnung von 1856	61
d)	Keimzellen der Demokratie	62
3.	Primärer Ämterbestand	62
4.	Landesrechtliche Sonderfälle	63
III.	Richter an obersten Bundesgerichten	65
1.	Besonderer Berufungsmodus	65
2.	Vorbereitung der Wahl	67
a)	Vorschlagsrecht	67
b)	Berichterstattung	69
c)	Prüfung der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen	71
3.	Wahl im Ausschuss und Zustimmung des Bundesministers	72
a)	Wahlentscheidung	72
b)	Zustimmungsentscheidung	73
4.	Ernennung durch den Bundespräsidenten	74
5.	Übersetzungspraxis	76
C.	Zwischen rechtlichen Anforderungen	79
I.	Leistungsgrundsatz	82
1.	Öffentliches Amt	83
2.	Statusänderung	85
3.	Gehalte	86
a)	Objektive Dimension	86
(1)	Professionalität und Unabhängigkeit	87
(2)	Personale Gewaltenteilung	87
(3)	Demokratische Egalität	89
b)	Subjektive Dimension	90
(1)	Personeller Anwendungsbereich	90
(2)	Bewerbungsverfahrensanspruch	91
(a)	Festlegung des Anforderungsprofils	94
(b)	Stellenausschreibung	95
(c)	Dokumentation der Eignungsfeststellung und Auswahl- erwägungen	99
(d)	Benachrichtigungs- und Wartepflicht	101
(3)	Verfahrensabhängigkeit	102
4.	Grenzen und Konkurrenzen	103
II.	Anwendungsbereich	104
1.	Politische Beamte	104
a)	Keine Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes	105
b)	Vertrauen als Teil der Eignung	106
c)	Vertrauen als eigenständiges Kriterium	107

2.	Kommunale Wahlbeamte	109
a)	Grundsätzliche Unvereinbarkeit von Wahl und Bestenauslese ..	109
b)	Hauptverwaltungsamt	111
c)	Zweite Leitungsebene	113
(1)	Keine Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes	113
(2)	Überlagerung der Bestenauslese	115
(3)	Einzelne Anforderungen	116
3.	Richter der obersten Bundesgerichte	119
a)	Vorbereitung der Wahl	120
(1)	Kandidatenvorschlagsrecht	120
(2)	Präsidialvotum	121
(3)	Prüfung der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen	127
b)	Wahl im Ausschuss und Zustimmung des Bundesministers ...	127
(1)	Wahlentscheidung	128
(2)	Zustimmungsentscheidung	130
(3)	Institutionelles Treueverhältnis	131
c)	Ernennung durch den Bundespräsidenten	134
III.	Negative Auswirkungen des modifizierten Leistungsgrundsatzes	137
1.	Politische Beamte	138
a)	Objektive Dimension	138
(1)	Formale Politisierung	138
(2)	Personalaustausch	141
(3)	Ämterpatronage	142
b)	Subjektive Dimension	144
(1)	Fehlende Ausschreibung	145
(2)	Keine Beteiligung der Personalvertretung	146
(3)	Fehlende Entscheidungsbegründung	146
(4)	Ruhestandsversetzung	147
(5)	Keine Regelbeurteilung	148
2.	Richter der obersten Bundesgerichte	149
a)	Objektive Dimension	149
(1)	Formale Politisierung	150
(2)	Einfluss der Parteimitgliedschaft auf Ernennung	151
(3)	Stellenblockaden	154
b)	Subjektive Dimension	154
(1)	Anspruchsträger	155
(2)	Fehlendes Anforderungsprofil	156
(3)	Fehlende Ausschreibung	156
(4)	Fehlende Leistungsorientierung	157
(5)	Fehlende Entscheidungsbegründung	158
IV.	Streuwirkung und Umfeldbetrachtung	159
1.	Unabhängigkeit der Amtsführung	159

a) Funktionale Politisierung	161
b) Komplementäraufgaben	167
c) Richterliche Unabhängigkeit	169
2. Legitimationsprobleme	172
a) Politische Beamte	173
b) Richterwahl	174
3. Auswirkungen auf das Berufsbeamtentum und dessen Wahrnehmung	176
a) Politische Beamte	176
b) Richterwahl	178
4. Diskriminierungsverbote	178
a) Politische Beamte	180
b) Richterwahl	180
5. Verbot der Sprungbeförderung	181
6. Haushaltsgrundsätze	182
D. Und politischer Erforderlichkeit	185
I. Allgemeine Rechtfertigungsanforderungen	186
1. Politische Beamte	186
a) Lebenszeitprinzip	186
b) Leistungsgrundsatz	188
c) Diskriminierungsverbot	189
2. Kommunale Wahlbeamte	191
3. Richter der obersten Bundesgerichte	191
II. Rechtfertigungsgründe	191
1. Politische Beamte	191
a) Mitwirkung der Parteien	192
b) Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums	193
c) Zuordnung zur Staatsleitung	193
(1) Begriff	193
(2) Grenzen und Schranken	196
(3) Funktionen politischer Beamter	197
2. Kommunale Wahlbeamte	199
a) Überlagerung durch Demokratieprinzip	199
b) Grenzen?	200
3. Richter der obersten Bundesgerichte	201
a) Rechtsfortbildung	201
b) Grenzen	204
III. Verfassungsrechtliche Bewertung im Einzelfall	205
1. Politische Beamte	205
a) Politische Beamte in obersten Bundes- und Landesbehörden ..	206
(1) Staatssekretäre in Bund und Ländern	206
(2) Ministerialdirektoren in Bund und Ländern	212

(3) Beamte im auswärtigen Dienst	214
b) Regierungssprecher und Regierungspräsidenten	215
c) Generalbundesanwalt	216
d) Höhere Beamte im Polizeidienst von Bund und Ländern	220
e) Politische Beamtinnen und Beamte im Sicherheitsapparat	222
f) Präsidenten der Bundesämter der Bundeswehr	224
g) Präsident der Generalzolldirektion	225
h) Direktor des Bundestages, Direktor des Bundesrates und Parlamentsdirektoren in den Ländern	228
i) Besondere politische Beamte in den Ländern	229
2. Kommunale Wahlbeamte	231
3. Richter an obersten Bundesgerichten	233
E. Entspannungsversuche	235
I. Politische Beamte	236
1. Umfang der Posten radikal verkleinern	236
2. Eigenes Rechtsregime für zulässige Ämter	237
3. Flexiblere Lösungen für zulässige Ämter	238
4. Bewerbungsverfahrensanspruch sichern	238
II. Kommunale Wahlbeamte	238
III. Richter der obersten Bundesgerichte	239
1. Stufenmodell	240
2. Anforderungsprofil	240
3. Öffentliche Ausschreibung	241
4. Erhöhung der demokratischen Legitimation	241
5. Persönliche Vorstellung	242
6. Beteiligungsanforderungen	242
7. Begründung der Entscheidungen	242
8. Zustimmung des Ministers	243
9. Ernennung durch Bundespräsidenten	243
10. Rechtsschutzkonzentration	243
11. Eckpfeiler der Richterwahl ins Grundgesetz	244
IV. Präsident und Vizepräsident des Landesrechnungshofs Schleswig- Holstein	244
1. Amtsanforderungen	244
2. Besetzungsverfahren	245
3. Konsequenzen	246
Literaturverzeichnis	250

A. Das Spannungsfeld

Der Zugang zu den öffentlichen Ämtern der Republik wird nicht nur im allgemeinen öffentlichen, sondern auch im individuellen Interesse rechtsgebunden grundsätzlich nur den bestqualifiziertesten Bewerberinnen und Bewerbern¹ gewährt. Zugleich bestehen nachvollziehbare Erwägungen, die dem Dienstherrn Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten über den in die Position gesetzten Bewerber zusprechen. Diese beiden Wertungen können nicht immer in Einklang gebracht werden.

Diese Arbeit möchte dabei helfen, das Spannungsfeld bei der Besetzung bestimmter Ämter zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben aufzulösen, das besteht zwischen rechtlichen Anforderungen, insbesondere grundrechtlichen Gewährleistungen, einerseits und legitimen politischen Steuerungs- und Einwirkungserwägungen auf den Aufgabenerfüllenden andererseits.

Gelegentlich sind Entladungen dieser Spannungen spürbar. So wie im Fall der Wahl des Vizepräsidenten des Landesrechnungshofes Schleswig-Holstein durch den Schleswig-Holsteinischen Landtag. Dieser wird, wie auch der Präsident des Rechnungshofes, auf Vorschlag der Landesregierung vom Landtag mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder auf die Dauer von zwölf Jahren gewählt und sodann vom Ministerpräsidenten zum Beamten auf Zeit ernannt (vgl. Art. 65 Abs. 2 LV SH²; § 4 Abs. 1 und 2 LRHG SH³). In Erklärung seines Abstimmungsverhaltens sprach ein mutiger Landtagsabgeordneter vor dem Plenum einen besonderen Umstand aus:

Er erklärte, seine Fraktion stimmte gegen die Wahl des Vorgeschlagenen, weil sie weder überzeugt sei, dass dieser für diese Position am besten qualifiziert sei, noch habe man auch nur versucht, die Person mit der besten Qualifikation zu finden. Vielmehr sei, wie auch medial bekannt wurde, bereits im Vorfeld der Wahlentscheidung durch die Vorsitzenden von SPD und CDU ein Personalpaket geschnürt worden, das u.a. vorsehe, ein FDP-Mitglied zum Abteilungsleiter im Landesrechnungshof zu wählen, dem von

¹ Die Arbeit verwendet im Folgenden zumeist nur die männliche Form. Die weibliche Form ist dabei nicht lediglich mitgemeint, sondern jeweils ausdrücklich angesprochen.

² Verfassung des Landes Schleswig-Holstein vom 02.12.2014 (GVObI. S. 344).

³ Gesetz über den Landesrechnungshof Schleswig-Holstein v. 02.01.1991 (GVObI. S. 3).

SPD-Seite zuvor noch mangelnde Kompetenz vorgeworfen worden sei. Der nun vorgeschlagene Kandidat werde als langjähriges SPD-Mitglied und persönlicher Freund der Parteispitze aus dem Finanzministerium direkt an die Spitze des Landesrechnungshofs zum Vizepräsidenten gewählt. Im Gegenzug dürfe die CDU den Vorschlag zum nächsten Präsidenten des Landesverfassungsgerichts unterbreiten.

Der Abgeordnete wurde daraufhin durch den Parlamentspräsidenten zur Ordnung gerufen. Das hier durch den Abgeordneten genutzte Rederecht zur Erklärung seines Abstimmungsverhaltens umfasse keine Bewertung der zur Abstimmung stehenden Person. Der Ordnungsruf rechtfertige sich zudem aus dem Parlamentsbrauch, nach dem es in personalia keine Erörterung ad personam gebe.⁴

Unabhängig von der Frage der Recht- oder auch Verfassungsmäßigkeit des Ordnungsrufes zeigt der dargestellte Fall die bipolare Struktur im Konstrukt des Wahlbeamten auf: Auf den strukturell auf Sachwissen und Professionalität gegründeten Beamtentypus wird der politische Berufungsmodus der Wahl angewendet, was nicht nur im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Position nicht immer zu angemessenen Ergebnissen führt, sondern auch wesentliche Strukturmerkmale des öffentlichen Dienstrechts unterläuft. Das Problem betrifft die Anwendbarkeit und Reichweite des grundrechtsgleichen Rechts auf chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu öffentlichen Ämtern.

I. Bestimmungsfaktoren für Staatstätigkeit

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist die Suche nach den maßgeblichen Bestimmungsfaktoren für gute Staatstätigkeit. Die Frage ist, was gutes Staatshandeln ausmacht und daran anknüpfend, welche äußeren und möglicherweise auch inneren Umstände und Rahmenbedingungen hierfür gegeben sein müssen. Dabei liegt der Blick primär auf dem Verwaltungshandeln, mit dem der Staat in vielfältiger Weise nach außen tätig wird. Zugleich erschöpft sich die nach außen wirkende staatliche Tätigkeit nicht hierin. Auch die rechtsprechende Gewalt ist staatliche Gewalt, wenngleich in ihrem Wesen grundlegend verschieden, maßgeblich aufgrund der sachlichen Unabhängigkeit vom politischen Prinzipal. Für das hier aufzugreifende Interesse der Erscheinungsformen staatlicher Gewalt und deren Beherrschung und Steuerung erscheint es ausreichend, zunächst auf die Verwaltung als tragende Säule und Ausgangspunkt des staatlichen Apparates bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu rekurrieren. Hierbei soll vor allem betrachtet werden,

⁴ Vgl. LVerfG SH, Urt. v. 17.5.2017 – LVerfG 1/17, auch NVwZ-RR 2017, 593.

welche Rolle die Verwaltung als klassischerweise unpolitischer Teil der Exekutive im Staatsgefüge einnimmt und welche Aufgaben ihr zukommen.

Das traditionelle Gewaltenteilungsmodell nach Montesquieu⁵, was bis heute in seiner Grundsätzlichkeit nicht an Wert eingebüßt zu haben scheint, sieht in der Verwaltung die rein ausführende Gewalt. Diese führt vor allem die Vorgaben der Legislative, der gesetzgebenden Gewalt, aus und ist dabei zugleich zur Berücksichtigung der judikativen Vorgaben gehalten und deren Kontrolle unterworfen. Nach klassischem Verständnis soll der Verwaltungsbeamte weisungsgebunden zumeist abstrakt-generelle politische Vorgaben in konkret-individuelle administrative Maßnahmen übersetzen und diese umsetzen. Insbesondere verwaltungswissenschaftlich wird die Genauigkeit und die Folgen dieser Umsetzung unter dem Stichwort Implementationsforschung untersucht. Stellvertretend wird von Steuerungsressourcen oder -instrumenten geredet, womit u. a. angedeutet wird, dass es um die Suche nach zielgenauen Mechanismen des Prinzipals der Politik zur Lenkung und präventiven Kontrolle gegenüber dem Agenten der Verwaltung geht.

Ausgehend von Hebeler⁶ benutzt der Staat im Hinblick auf das Funkzionieren und Lenken von Verwaltungstätigkeit im Wesentlichen vier Elemente, die sich in ihrem gegenständlichen Bereich und ihrer Wirkung überschneiden können: Diese sind als erstes Rechtssätze und Planungen, als zweites die Organisation, innerhalb derer die Verwaltungstätigkeit abläuft, als drittes die aufgewendeten Finanz- und Sachmittel sowie schließlich viertens das Personal.

Das wohl vorherrschende Steuerungselement der Politik für das Verwaltungshandeln scheint unverändert die unmittelbare Gesetzesbindung des Verwaltungshandelns sowie dessen anlassbezogene und – abseits von gesetzgeberisch eingeräumten Beurteilungs-, Prognose- oder Ermessensspielräumen – grundsätzlich lückenlose Kontrolle durch vor allem die Gerichte. Der Vorrang des Gesetzes, abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, in seiner speziellen Ausprägung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verbietet ein administratives Handeln contra legem. Ergänzt durch den aus den Grundrechtsverbürgungen und auch aus dem Rechtsstaat abgeleiteten Vorbehalt des Gesetzes, der grundrechtsbelastendes Verwaltungshandeln vom Vorliegen einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage abhängig macht, sichern diese, verstanden als verfassungsrechtlich vorgegebene, administrative Handlungsgrundsätze eine Orientierung der Verwaltung allein an Gesetz und Recht und zudem den Grundsatz der funktionellen Gewaltenteilung. Ausgehend von einer allein auf Umsetzung legislativer Vorgaben ausgerichteten Exekutive

⁵ *Montesquieu*, De l'esprit des loix (Vom Geist der Gesetze), 1748.

⁶ *Hebeler*, Verwaltungspersonal, S. 16.

wird durch diese rechtsstaatlichen Grundsätze ein elementares Steuerungsprinzip der Politik gegenüber der Verwaltung etabliert, das behördlicher Willkür durch die Festlegung auf das Recht entgegenwirkt. Dementsprechend lautet der heutige beamtenrechtliche Amtseid allein auf Wahrung des Grundgesetzes und aller geltenden Gesetze sowie auf gewissenhafte Erfüllung der Amtspflichten.⁷

Dieses klassische politische Steuerungsinstrument für das Verwaltungshandeln, auch verstanden als „legislatorische Programmsteuerung“⁸, vermag in seiner Effektivität zwar eine Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis zu beinhalten, da vorhandene Kontrollmechanismen nicht umfassend sein können. Zugleich nimmt es jedoch eine wesentliche Befriedungsfunktion für das Staatswesen insgesamt ein; so erscheint insbesondere die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz, und damit nicht nur vor Gerichten, sondern gerade auch in der Rechtsanwendung durch Behörden, als elementare Voraussetzung gesellschaftlicher Befriedung.

Dabei ist jedoch nur klassischerweise von konkreten politischen Vorgaben ohne jeglichen Gestaltungsspielraum auszugehen. In der Realität kommt es u. a. aufgrund der Komplexität und vielfältigen Verflechtung von Lebensbereichen und damit zugleich der Regelungsgegenstände nicht selten vor, dass nur politische Zielvorstellungen in den Verwaltungsapparat hineingetragen werden, dem dann hinsichtlich deren Erfüllung ein Umsetzungs- und auch Gestaltungsspielraum zusteht. Des Öfteren werden ausfüllungsbedürftige Gestaltungsspielräume auch erst bei Umsetzung der politischen Vorgaben sichtbar. Ein gewisser Gestaltungsspielraum zugunsten der Verwaltung bei Umsetzung der politischen Vorgaben erscheint angesichts der Vielzahl der zu bedenkenden Gesichtspunkte, zu deren praxisbezogener Berücksichtigung es des Sachverstandes der Verwaltung bedarf, zunächst sinnvoll. Gleichzeitig wird die klassischerweise rein ausführende Gewalt dadurch aber zu einer gestaltenden ausführenden Gewalt, womit zahlreiche Probleme aufgeworfen sind, darunter insbesondere die Frage einer ausreichenden Legitimation. Die politische Gestaltung durch Verwaltungsbeamte stellt dabei bereits grundsätzlich einen Bruch mit dem funktionellen Gewaltenteilungsgrundsatz dar. Auch angesichts des kontinuierkeitsstiftenden Sinns der Verwaltung, in einem politisch regelmäßig wechselnden System mit möglicherweise politisch absolut entgegengesetzten Vorstellungen und Vorgaben die wesentlichen Staatsfunktionen zu erhalten und öffentliche Aufgaben zu erfüllen, stellt sich eine politisierte Verwaltung als problematisch oder zumindest als problembehaftet dar. Schlagworte sind insoweit die Politisierung der Verwaltung, aber auch

⁷ Vgl. § 64 Abs. 1 BBG sowie die überwiegend übereinstimmenden landesrechtlichen Bestimmungen.

⁸ Soweit ersichtlich erstmals *Grauhan*, Verwaltungsführung, S. 9 ff.

eine infolge größerer Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume gewisse Autonomisierung von Verwaltungseinheiten.⁹

Dass die Parameter der inneren und äußeren Organisation des Staatsapparates maßgebliche Steuerungsvariablen darstellen, erscheint genauso einleuchtend, wie dass eingesetzte Finanz- und Sachmittel als Inputfaktoren einen unstreitigen Einfluss auf das zu erzielende Ergebnis, den Output, haben. Durch Veränderung der Bestimmungsfaktoren kann eine qualitative und quantitative Einflussnahme auf das Handlungsergebnis erfolgen. Die Kodifizierung von Organisationsabläufen stellt sich zugleich als Rechtssatz und Planung dar, zu dessen Realisierung es finanzieller und sachlicher Ressourcen bedarf.

Das entscheidende Instrument jedoch, ohne das es der anderen Instrumente in dieser Form überhaupt nicht bedürfte, ist das Verwaltungspersonal. Das Verwaltungspersonal ist das eigentliche Medium staatlichen Handelns. Die einzelnen im öffentlichen Dienst stehenden natürlichen Personen sind die Anwender und Adressaten der vor allem organisationsrechtlichen Rechtssätze und Planungen. Sie lassen Handlungen ablaufen und sind Verwender der Sach- und Finanzmittel. Dem Verwaltungspersonal kommt in der Kette Staat – Personal – Bürger die entscheidende Funktion eines Mittlers bzw. eines Mediums staatlichen Handelns zu.¹⁰ Die in der Verwaltung tätigen Menschen sind als „Elementarfaktoren der Herstellung von Verwaltungsleistungen“¹¹ anzusehen. Das öffentliche Amt ist die entscheidende Schnittstelle, an der sich die politische Macht in Recht transformiert.¹² Insofern ist auch die Glaubwürdigkeit des Staates untrennbar verbunden und gleichzeitig abhängig von der Glaubwürdigkeit seiner Organe und Amtswalter.¹³ Insbesondere das administrative Führungspersonal ist als entscheidende Schlüsselstelle für die Steuerung des folgenden Personalapparates und die Ablauforganisation hervorzuheben. Ihre Handlungen und Tätigkeiten gilt es konkret zu steuern.

⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen und Nachweise in Teil C. III. 1. a) und 2. a) sowie IV. 1.

¹⁰ Betonend auch *Hebeler*, Verwaltungspersonal, S. 17.

¹¹ *Becker*, Verwaltung, S. 808.

¹² S. auch *Isensee*, Transformation von Macht in Recht – das Amt, ZBR 2004, 3.

¹³ Auch bereits *Glaeser*, in: Detterbeck u. a., FS Bethge, S. 67.

II. Die Garantie des Berufsbeamtentums

Auch nach heutigem Staatsverständnis gilt Verwaltung vornehmlich als unpolitischer Teil der Regierungstätigkeit¹⁴, nicht von der Hand zu weisen scheint indes eine zunehmende Politisierung der Verwaltung, die jedoch zugleich als wechselseitige Beeinflussung begriffen werden muss.

Ist in diesem Zusammenhang von Politik die Rede, so sollte sie zuvorderst verstanden sein als die Tätigkeit des Parlaments, der Regierung und der weiteren staatsleitenden Organe. Der Bereich der Regierung ist dabei nicht nur in Bezug auf legislative Funktionen zu betrachten, denn der Regierungsgewalt wohnt – wie noch aufzuzeigen ist – ein gewaltenübergreifender Charakter inne. Ist hingegen von Verwaltung die Rede, so sind dies zuvorderst die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehenden Beamten sowie die im Unterschied dazu auf Grundlage eines Arbeitsvertrages tätigen Angestellten im öffentlichen Dienst und somit vorrangig Träger exekutiver Gewalt.

1. Der Funktionsvorbehalt

Nach der verfassungsrechtlichen Entscheidung des Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Solche Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, sind in Anlehnung an andere beamtenrechtliche Bestimmungen und unter Einschluss der tradierten Beschäftigungsverhältnisse der Richter und Berufssoldaten die Beamten. Die staatsorganisationsrechtliche Norm sichert einerseits einen funktionellen Vorbehalt des Berufsbeamtentums, öffnet andererseits zugleich einen Anwendungsbereich für privatrechtlich Beschäftigte des öffentlichen Dienstes, und legt so die Zweispurigkeit desselben fest.¹⁵ Zum einen enthält sie einen beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt, da dieser jedoch angesichts der Formulierung nur für hoheitliche und ständige Aufgaben sowie in der Regel gilt, wird zum anderen gewissermaßen als Ausnahmemöglichkeit von diesem Grundsatz für andere Aufgaben ein Einsatzbereich für Angestellte im öffentlichen Dienst eröffnet.¹⁶ Zugleich wird damit ein gewisser organisatorischer Gestaltungsspiel-

¹⁴ S. *Döhler*, Das Verhältnis zwischen Politik und Verwaltung im Wandel, in: *Döhler/Franzke/Wegrich*, FS Jann, S. 91 ff.

¹⁵ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 55; *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 45 ff.

¹⁶ *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 46, 57.

raum und ein personalwirtschaftliches Ermessen des jeweiligen Dienstherrn angesprochen.¹⁷ Dieser Einsatzbereich privatrechtlich Beschäftigter wird zwar nicht garantiert, erfährt also durch die Vorschrift nicht die gleiche Sicherung wie der Beamtenvorbehalt. Es besteht jedoch außerhalb der tatbestandlichen Einschränkungen des Beamtenvorbehalts auch keine Grenze für den Einsatz von Angestellten.¹⁸

Gerade diese tatbestandlichen Einschränkungen sind somit von besonderer Bedeutung. Es mag daher verwundern, dass die Frage, wann der Vorbehalt zugunsten der Wahrnehmung „hoheitlicher Funktionen“ im Einzelnen greift, trotz der langen Existenz der Vorschrift noch strittig scheint.¹⁹ An der von Grigoleit gewählten Formulierung, dass sich die Auseinandersetzung „in ihrem Kern entlang der überkommenen holzschnittartigen Kategorisierung des Verwaltungshandelns“²⁰ bewege, spiegelt sich auch die häufig als wenig flexibel kritisierte Dogmatik des Beamtenrechts. Dabei knüpft die Vorschrift gerade nicht an bestimmte Mittel oder Rechtsformen des Verwaltungshandelns an. Dem Kernpunkt der Verfassungsnorm zufolge kennzeichnet der Ausdruck der hoheitsrechtlichen Befugnisse vielmehr bestimmte Entscheidungs- und Regelungsaufgaben öffentlicher Verwaltung.²¹

Es besteht Einigkeit darüber, dass klassische hoheitliche Funktionen im Bereich der Eingriffsverwaltung, insbesondere der Abgaben- und Ordnungsverwaltung wahrgenommen werden.²² Darüber hinaus muss jedoch bei einer Orientierung an Sinn und Zweck der Vorschrift der Vorbehalt nicht nur im Bereich der Eingriffe in Freiheit und Eigentum Anwendung finden, sondern auch bei wichtigen Leistungs-, Planungs- und Verteilungsentscheidungen. Entsprechend sieht auch das einfachgesetzliche Beamtenrecht vor, dass die Berufung in das Beamtenverhältnis zulässig ist zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben oder solcher Aufgaben, die aus Gründen der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens nicht ausschließlich Personen übertragen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen, vgl. § 5 BBG, § 3 Abs. 2 BeamStG. Mit dem Ziel der Sicherung einer an rechtsstaatlichen Grundsätzen orientierten Verwaltung erlangt der beamtenrechtliche Vorbehalt somit überall dort Geltung, wo den rechtsstaatlichen

¹⁷ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 55.

¹⁸ Zu „Privatisierungsschranken“ s. *Haug*, NVwZ 1999, 816.

¹⁹ Vgl. zum Streitstand: *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 55 ff.; *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 51 ff.

²⁰ *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 51.

²¹ So zutreffend *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 56.

²² *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 55; *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 51; für einen ausschließlichen Anwendungsbereich auf den Bereich der Eingriffsverwaltung wohl *Masing*, in: Dreier, GG II, Art. 33 Rn. 65.

Bindungen staatlicher Tätigkeit eine hervorgehobene Bedeutung zukommt; deshalb kann eine trennscharfe Abgrenzung weder allein durch die Zuordnung des Handelns zur exekutiven Gewalt, noch durch das Erfordernis einer Eingriffswirkung gelingen.²³ Auch eine Unterscheidung allein danach, ob die Aufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form erfüllt wird, kann bei bedeutenden Verteilungsentscheidungen angesichts der Wahlfreiheit der öffentlichen Hand kein ausschließliches Abgrenzungskriterium sein.²⁴ Vielmehr gilt der beamtenrechtliche Funktionsvorbehalt für den gesamten Bereich obrigkeitlicher Tätigkeit zuzüglich aller Funktionen öffentlicher Verwaltung einschließlich der Leistungsverwaltung und somit insbesondere überall dort, wo die Verwaltung hoheitlich nach außen in Erscheinung tritt; ausgenommen bleiben die rein inneradministrative Fiskalverwaltung, die privatrechtlichen Beschaffungsgeschäfte, rein mechanische Hilfsgeschäfte und die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand.²⁵ Dies erscheint auch angesichts der Wandlung von Struktur und Funktion öffentlicher Verwaltung sachgerecht, soll die verfassungsrechtliche Wertentscheidung für das Berufsbeamtentum nicht unterlaufen werden. Alle administrativen Entscheidungen und Regelungen, die für die grundrechtliche Gewährleistung der Freiheit, die sozialstaatliche Teilhabe und den rechtsstaatlichen Gesetzesvollzug wesentlich sind, bedürfen der spezifischen personellen Garantie, die durch den Funktionsvorbehalt angestrebt wird.²⁶ Gegründet auf Sachwissen, fachlicher Leistung und loyaler Pflichterfüllung, soll gerade das Berufsbeamtentum eine stabile Verwaltung sichern und einen ausgleichenden Faktor gegenüber den politischen Kräften bilden, die das Staatsleben gestalten.²⁷ Insbesondere der kontinuierstiftende Aspekt des Berufsbeamtentums für die Wahrnehmung der Staatsaufgaben in einem System regelmäßig wechselnder politischer Mehrheiten steht dabei im Vordergrund, aber auch sachliche und fachliche Professionalität sowie die Orientierung allein an der Gesetzmäßigkeit werden erwartet.

Dem Kontinuitätsaspekt entspricht es, dass die Berufung des Beamten zur Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben in ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis im Grundsatz für die gesamte Dauer seines Erwerbslebens erfolgt. Wie diese beamtenrechtlichen Strukturprinzipien das

²³ Ebenso *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 53.

²⁴ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 56; *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 57; auch *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 53, der jedoch in der Regel von einer Begrenzung des Beamtenvorbehalts auf öffentlich-rechtliche Handlungsformen ausgeht.

²⁵ *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 55.

²⁶ So *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 56.

²⁷ BVerwGE 47, 330 (334 f.) unter Hinweis auf BVerfGE 7, 155 (162 f.); 11, 203 (216 f.).

Fundament wesentlicher Staatsfunktionen begründen und erhalten, wird im Einzelnen noch zu erläutern sein. An dieser Stelle von Interesse ist, dass die Verfassungsnorm eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums für den Bereich des Hoheitsrechtlichen beinhaltet,²⁸ die sich auf den Idealtypus des Lebenszeitbeamten²⁹ bezieht. Die Norm setzt einer Reform des öffentlichen Dienstrechts insoweit Schranken, als dass sie innerhalb der zweispurigen Ausgestaltung desselben das Berufsbeamtentum vor einem schleichenden Funktionsverlust schützen will.³⁰ Insofern sind andere, von diesem Idealtyp des Lebenszeitbeamten abweichenden Beamtenkategorien im Hinblick auf diesen Funktionsverlust rechtfertigungsbedürftig und bedürfen einer verfassungsrechtlich tragfähigen Grundlage.³¹

2. Die hergebrachten Grundsätze

Daran anknüpfend enthält Art. 33 Abs. 5 GG die Forderung der Regelung und Fortentwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums. Während das Grundgesetz den Begriff des öffentlichen Dienstes selbst nicht definiert, wird dieser allgemein überwiegend formell verstanden als die Tätigkeit im Dienste einer juristischen Person des öffentlichen Rechts.³² Unterschieden werden sollte dabei wiederum einerseits ein weites Verständnis, das Beamte, (Tarif-) Beschäftigte, Richter, Soldaten und sonstige öffentliche Amtsträger umfasst, sowie andererseits ein enges Verständnis, das allein die Beamten und (Tarif-) Beschäftigten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts erfasst.³³ Aus dem Kontext der verfassungsrechtlichen Vorschrift, nach dem das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln ist, lässt sich schließen, dass in Art. 33 Abs. 5 GG ein noch engeres Verständnis des öffentlichen Dienstes zugrunde gelegt wird.³⁴ Angesprochen sind hiermit ausschließlich die Beamten, inklusive der Richter, wobei sich für diese gewisse Besonderheiten aus dem Richteramtsrecht ergeben.³⁵

²⁸ *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 45 m. w. N.; *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 46, 51.

²⁹ *Battis*, BBG, § 6 Rn. 3.

³⁰ *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 46.

³¹ Vgl. BVerwG NVwZ 1989, 972 (972 f.).

³² Vgl. BVerfGE 6, 267; BVerwGE 30, 87.

³³ So *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 50.

³⁴ So auch *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 65.

³⁵ Vgl. z. B. BVerfGE 26, 72; 26, 79 – hinsichtlich Besoldung; 38, 1 – hinsichtlich Amtsbezeichnungen.

Inhaltlich enthält die Vorschrift einen Gesetzgebungsauftrag für den Bereich des Beamtenrechts, bei dessen Erfüllung der Gesetzgeber an tradierte, besondere Regelungsmerkmale gebunden wird. Dies darf jedoch nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass Rechte und Pflichten der im öffentlichen Dienst tariflich Beschäftigten über die Zeit, und nicht zuletzt durch Einwirkung der europäischen Judikatur³⁶, an die der Beamtenschaft angeglichen wurden³⁷ und so beamtenrechtlich entwickelte Überlegungen zumindest mittelbar auch zunehmend zum Gegenstand von Reformbestrebungen des öffentlichen Tarifrechts gemacht werden. Daneben ist weiterer Adressat der Vorschrift auch die Exekutive. Die hergebrachten Grundsätze müssen auch bei der exekutiven Ausgestaltung einzelner Dienstverhältnisse als unmittelbar geltender Maßstab herangezogen und beachtet werden.³⁸

Was unter den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zu verstehen ist, lässt sich einer verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen. Nach dieser sind die hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums ein Kernbestand an Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind.³⁹ Darüber hinaus können aus den Grundsätzen hergeleitete subjektive (Grund-)Rechte als unmittelbar geltendes Recht im Wege der Verfassungsbeschwerde behauptet und so geschützt werden.⁴⁰ Bei widerstreitenden Interessen sind die Grundsätze zudem mit entsprechendem Gewicht in Abwägungsentscheidungen einzubeziehen, wobei entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Einschränkungen dieser Grundsätze auf entsprechend gewichtigen Erwägungen beruhen müssen. In neueren Entscheidungen fügt das BVerfG hinzu, dass entsprechende Grundsätze nicht hinweg gedacht werden können, ohne damit zugleich die Einrichtung selbst in ihrem Charakter grundlegend zu verändern.⁴¹ Das heißt, es kann sich entsprechend nur um Grundsätze handeln, die das Berufsbeamtentums so wesentlich prägen, dass sie als fundamentale Strukturelemente die Funktionen dieses Instituts im Staatsaufbau garantieren. Welche Grundsätze und Elemente im Einzelnen hierzu zu zählen sind, scheint

³⁶ Hierzu *Seifert*, EuZA 2013, 205.

³⁷ Allgemein *Demmke*, ZBR 2013, 217; kritisch *Bull*, DÖV 2007, 1029.

³⁸ Vgl. BVerfGE 43, 154 (165 f.); auch *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 66 m. w. N.

³⁹ Vgl. etwa BVerfGE 8, 332 (343); 15, 167 (195).

⁴⁰ Z. B. das Recht auf amtsangemessene Alimentation, vgl. BVerfG NVwZ 2019, 223.

⁴¹ BVerfG NVwZ 2016, 682 (683); dazu *Lindner*, DVBl. 2016, 816; ebenso BVerfG NVwZ 2017, 871 (872); NVwZ 2019, 223 (224).

nicht abschließend geklärt, soll an dieser Stelle jedoch auch nicht weiter vertieft werden.⁴²

Im Zusammenspiel mit Abs. 4 enthält Art. 33 Abs. 5 GG eine Einrichtungsgarantie des Berufsbeamtentums;⁴³ daneben beinhaltet Abs. 5 durch das Verbot struktureller Veränderungen jedoch auch eine historisch bezogene Strukturgarantie.⁴⁴ Darüber hinaus besteht der Wert der Vorschrift darin, dass sie durch subjektiv-rechtliche Aufladung den Kernbestand an hergebrachten Grundsätzen als grundrechtsgleiche Rechte ausweist⁴⁵, und somit wesentlich zu einer Mobilisierung der Beamten bei der Durchsetzung ihrer Rechte verhilft. Der einzelne Beamte, der nicht wie Angestellte des öffentlichen Dienstes mittels Tarifaufonomie und kollektiver Arbeitskampfmaßnahmen die Ausgestaltung seines Dienstverhältnisses, insbesondere die Höhe seines Gehalts erstreiten kann, kann auf diese Weise seine verfassungsmäßige Stellung wahren. Art. 33 Abs. 5 GG bleibt daher nicht lediglich Programmsatz, sondern ist unmittelbar geltendes Recht.⁴⁶

3. Keine Besitzstandswahrung

Jedoch schützen weder Art. 33 Abs. 4 GG noch dessen Abs. 5 das Berufsbeamtentum um seiner selbst willen. Es geht gerade nicht um die „Bewahrung des Gestrigen“ oder gar die Privilegierung einer Beschäftigtengruppe.⁴⁷ Im Gegensatz zu noch Art. 129 WRV stellt Art. 33 Abs. 5 nicht wohlerworbene Rechte der Beamten unter Verfassungsschutz, gewährleistet also gerade keine Besitzstandswahrung.⁴⁸ Zwar knüpft die Qualifikation als hergebrachter Grundsatz an die Merkmale Traditionalität und Fundamentalität im Sinne einer Unverzichtbarkeit an, wie auch in Abs. 4 der Verfassungsvorschrift soll und kann aber nur ein funktional bezogener Strukturschutz bestehen.⁴⁹ Grund der Gewährleistung sind allein und ausschließlich die Funktionen des Berufsbeamtentums im heutigen Staatsgefüge. Im Vordergrund steht eine neutrale exekutive Umsetzung demokratisch legitimierter Entscheidungen, aber auch

⁴² Einen Katalog hergebrachter Grundsätze in Literatur und Rechtsprechung findet sich bei *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 71 und 73. Eine exakte und abschließende Aufzählung erscheint jedoch insbesondere wegen der Möglichkeit zur Konkretisierung und Fortentwicklung problematisch.

⁴³ Vgl. BVerfGE 8, 332 (343); 44, 322 (330).

⁴⁴ So *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 65 m. w. N.

⁴⁵ Vgl. beispielhaft BVerfGE 12, 81 (87); 81, 363 (375).

⁴⁶ BVerfGE 8, 1 (11); auch *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 65.

⁴⁷ *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 47 m. w. N.

⁴⁸ BVerfGE 3, 58 (juris Rn. 226); siehe auch *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 65.

⁴⁹ *Grigoleit*, in: Stern/Becker, GG, Art. 33 Rn. 47, 65 ff.

eine allein an rechtsstaatlichen Grundsätzen orientierte Verwaltungspraxis. Gewährleistet wird das Berufsbeamtentum als Einrichtung (nur) insoweit, als es sich in seiner hergebrachten Gestalt in den Rahmen unseres heutigen Staatslebens einfügen lässt.⁵⁰ Das bedeutet, dass auch ein geändertes Staatsverständnis, z.B. die Erfüllung der beamtenrechtlichen Funktionen durch andere Institute, zur Aufweichung, wenngleich die *constitutione lata* auch nicht zur Abschaffung der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums führen kann. Der Regelungsauftrag der Verfassung ist, indiziert durch das Wort „fortzuentwickeln“⁵¹, zukunftsgerichtet und fordert die Fortführung und Weiterentwicklung des Dienstrechts, um die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums auch unter sich wandelnden Bedingungen zu sichern.⁵² Die verfassungsrechtlichen Strukturentscheidungen des Art. 33 GG belassen daher ausreichend Raum, die historisch gewachsene Institution des Berufsbeamtentums in den Rahmen und die Zeit des heutigen Staatslebens einzufügen und den Funktionen anzupassen, die das Grundgesetz dem öffentlichen Dienst in der freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zuschreibt.⁵³ Der einzelne hergebrachte Grundsatz ist somit fortlaufend in seiner Bedeutung für die Institution des Berufsbeamtentums im zeitaktuellen Kontext zu würdigen; davon hängt ab, in welcher Weise und in welchem Ausmaß er zu beachten ist.⁵⁴

Insofern scheint auch das Berufsbeamtentum in seiner Grundsätzlichkeit nicht unumstößlich, sondern ist insbesondere aus staatsorganisationsrechtlicher äußerer, aber auch innerer Perspektive immer wieder auf seine aktuelle Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Auch im Rahmen eines Wandels von Staatlichkeit, verstanden als ein Wandel des Staatsverständnisses und dabei insbesondere des Aufgabenverständnisses, scheint die Legitimation des Berufsbeamtentums nicht unangreifbar. Die Entstehungsgeschichte der Norm belegt, dass Art 33 Abs. 4 GG das Berufsbeamtentum nicht im Sinne einer Anknüpfung an bestimmte Formalien bzw. an einen bestimmten Rechtsstatus garantieren wollte. Seine Rechtfertigung findet das Beamtentum vielmehr in der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben im Sinne einer funktionsgebundenen Garantie. So wird einerseits im Sinne eines gewandelten Staatsaufgabenverständnisses einer extensiven Ausweitung des Funktionsvorbehalts mit der naheliegenden Rückkehr „zum ursprünglichen funktionalen Verständnis des

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 3, 58 – 7. Leitsatz.

⁵¹ Eingefügt im Zuge der Föderalismusreform 2006, vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl. I, 2034.

⁵² *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 52 m. w. N.; kritisch zum Fortentwicklungsvorbehalt: *Höfling/Burkiczak*, DÖV 2007, 328.

⁵³ BVerfG NVwZ 2019, 223 (224); auch *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 59 ff.

⁵⁴ BVerfGE 8, 1 (11 ff. und 16 f.).

Beamtenverhältnisses“ begegnet.⁵⁵ Zum anderen bleibt jedoch nach verfassungsrechtlichem Verständnis die „Wahrnehmung von Kernaufgaben durch staatliches Kernpersonal“ unverzichtbar.⁵⁶

III. Gewaltenverschränkungen

Diese Arbeit versucht nicht die Institution des Berufsbeamtentums als solche grundlegend zu ändern. In den Blick genommen werden drei grundsätzlich unterschiedliche Untersuchungsgruppen, deren Gemeinsamkeit darin besteht, dass sie Überschneidungen zum Politikbereich aufweisen.

1. Politik und Staatsverwaltung

Die erste Untersuchungsgruppe betrifft vorrangig die administrative Leitungsebene in obersten Bundes- und Landesbehörden, die gewissermaßen als Schnittstelle von Politik und Verwaltung Besonderheiten unterliegt und dies zum einen im Verhältnis zum klassischen Berufsbeamtentum, zum anderen aber auch im Verhältnis zur Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der anleitenden Politik.

Diese noch zu erläuternden Besonderheiten ergeben sich vordergründig aus der Schnittstellenfunktion, die das leitende Verwaltungspersonal bei der Transformation politischer Vorgaben in administrative Maßnahmen und bei deren Delegation in den weiteren Verwaltungsunterbau einnimmt. Anlehnend an die Rolle der Verwaltung als Mittler staatlichen Handelns gegenüber dem Bürger, kann dem administrativen Leitungspersonal die Rolle des Mittlers im Verhältnis Politik – Verwaltung zugeschrieben werden. Dem leitenden Verwaltungspersonal kommt eine entscheidende Rolle bei der Umsetzung politischer Vorgaben in administrative Maßnahmen zu, deren Bedeutung sich angesichts des Gestaltungsspielraums bei der Ausfüllung politischer Vorgaben nicht im klassischen Gesetzesvollzug erschöpft. Angesprochen ist damit vor allem die unmittelbare Staatsverwaltung als Linienverwaltung, also die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben durch eigene Behörden, vor allem durch den klassischen dreistufigen (in den Ländern mittlerweile überwiegend zweistufigen) Verwaltungsaufbau von Behörden der Ober-, Mittel- und Unterstufe.

⁵⁵ *Schuppert*, in: Bultmann u. a., FS Battis, S. 524 mit Verweis auf *Mayer*, Rechtsgutachten, in: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Band 5, 1973, S. 597 ff.

⁵⁶ Auch *Schuppert*, in: Bultmann u. a., FS Battis, S. 531.

Anders gewendet kann konkret bei diesen besonderen Amtsposten in den administrativen Spitzenpositionen von der unmittelbar ausführenden Hand der Politik gesprochen werden. Die Besonderheit dieser Positionen im Vergleich zu dem unter dieser Leitungsebene stehenden Verwaltungspersonal liegt darin, dass sie bildlich gesprochen ähnlich einer Dominosteinkette den ersten Anstoß für die Umsetzung bzw. Durchführung politischer Vorgaben geben, der maßgeblich entscheidet, wie flüssig, zielgenau und damit effektiv die stufenweise verwaltungstechnische Umsetzung im weiteren Verwaltungsapparat abläuft. Insbesondere im Ministerialbereich besteht eine naturgemäß stärkere Verknüpfung von Politik und Verwaltung als in der klassischen Vollzugsverwaltung, die das Recht als „geronnene Politik“⁵⁷ administriert. Diese besondere Funktion wird in der Linienverwaltung vor allem durch sog. *politische Beamte* ausgefüllt⁵⁸, wobei, soweit es an dieser Stelle noch unklar bleibt, noch auszuführen sein wird, dass bereits die begriffliche Zusammensetzung dieser beiden Worte nach traditionellem (weberianischem) Verständnis zumindest ein Stirnrunzeln hervorrufen sollte.

Eine Funktionsverschmelzung von Politik und Verwaltung erfolgt im Ministerialbereich insbesondere im Prozess der Gesetzesvorbereitung. Nicht nur die Staatssekretäre, sondern auch die Abteilungs- und Referatsleiter werden in das Verfahren der Gesetzesvorbereitung integriert und damit oft auch gestaltend tätig. Dieser Vorgang ist nicht als selten und unbedeutend abzutun, stammten in der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages doch mehr als 2/3 (72 %) der beim Bundestag eingebrachten Gesetzesvorhaben aus Regierungsvorlagen, die in der weit überwiegenden Zahl auch verabschiedet wurden (87,9 %).⁵⁹ Die Einbeziehung dieses Fachwissens aus den sachnäheren Abteilungen der jeweiligen Verwaltungseinheit erscheint zunächst auch notwendig, vergegenwärtigt man sich, dass die Politik zumeist lediglich gröbere Zielvorgaben machen kann. Die jeweiligen politischen Amtsträger, in diesem Fall die Minister, trifft im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge stärker die Aufgabe einer politischen Leitung im Sinne einer Richtungsweisung als die auf die Praxis zugeschnittene Umsetzung dieser Zielvorgaben, für die es der jeweiligen Sachnähe sowie Spezial- und Fachkenntnisse bedarf. Dass der jeweilige politische Amtsträger nicht zugleich ausgewiesener Fachmann seines Ressorts sein muss, beweist auch die in der Staatspraxis nicht selten anzutreffenden Postenrotation.

⁵⁷ Soweit ersichtlich stammt der Ausdruck von *Grimm*, JuS 1969, 501 (502).

⁵⁸ Der Anwendungsbereich des politischen Beamten bleibt durchaus nicht auf den Bereich der Ministerialverwaltung beschränkt, wie noch aufzuzeigen ist.

⁵⁹ Vgl. dazu die Angaben im Datenhandbuch des Deutschen Bundestages, Kapitel 10.1, S. 4 f. (abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/196202/3aa6ee34b546e9e58d0759a0cd71338/kapitel_10_01_statistik_zur_gesetzgebung-data.pdf, Aufruf am 19.05.2020).

Die Angewiesenheit der Politik auf das sachnähere Fachwissen der zuständigen Verwaltungseinheit führt jedoch teilweise – ein traditionelles Verständnis zugrunde legend – zu spürbaren Grenzverschiebungen zwischen der ersten und der zweiten Gewalt zugunsten größerer Handlungs-, aber auch Entscheidungsspielräume der zumindest in der Theorie rein gesetzessvollziehenden Verwaltung. Damit soll nicht die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch den Rechtsanwender in Zweifel gezogen werden oder ein in Einzelfällen tatbestandlich bestehender Beurteilungsspielraum oder rechtsfolgenseitiger Ermessensspielraum zugunsten der Verwaltung generell abgesprochen. Angesprochen ist damit, dieser Rechtsanwendungsebene vorgelagert, ein inhaltlicher Gestaltungs- und damit zugleich Entscheidungsspielraum im Entwurfsstadium eines Gesetzes. Dieses Stadium ist dem eigentlichen Gesetzgebungsprozess, der regelmäßig mit einer Gesetzesinitiative beginnt, noch vorgelagert, wird in diesem doch erst die Gesetzesinitiative in Form gegossen. Die gestiegene Bedeutung der Rolle der Beamten in den verschiedenen Phasen des Politikzyklus wird an späterer Stelle aufgegriffen.

2. Politik und Selbstverwaltung

Daneben kann ein weiterer Bereich abgesteckt werden, in dem es gewissermaßen zu einer Verschmelzung, zumindest jedoch zu einer Überlagerung von Politik- und Verwaltungsebene kommt. Angesprochen ist damit die kommunale Verwaltungsleitung in Form der Hauptverwaltungsbeamten der Kommunen und der kommunalen Zusammenschlüsse sowie der 2. Leitungsebene – der Beigeordneten.

Der Bürgermeister ist politisches Oberhaupt der Gemeinde und repräsentiert diese nach außen,⁶⁰ eine entsprechende Funktion übernimmt der Landrat für seinen jeweiligen Kreis.⁶¹ Die Kommune besitzt als zweites Organ ein entsprechendes Vertretungsorgan (Gemeinderat oder -vertretung, Kreistag), das hervorgegangen aus unmittelbarer Wahl im Zuge der Selbstverwaltungsgarantie befugt ist, alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln (Art. 28 Abs. 2 GG).⁶² Aus dieser politischen Selbstständigkeit für den Bereich der örtlichen Gemeinschaft erwächst eine örtliche Gestaltungsmacht. Entsprechend hat die Gemeindevertretung auch Rechtssetzungskompetenzen für ihren Hoheitsbereich, die sie mehr in den Bereich der Politik rücken lassen. Dies erfasst keine formellen Rechtssetzungskompetenzen; die kommunalen Vertretungskörperschaften

⁶⁰ Vgl. beispielhaft §§ 51 Abs. 1 und 56 Abs. 1 GO SH.

⁶¹ Vgl. beispielhaft § 50 Abs. 1 KrO SH.

⁶² Für die (Land-)Kreise als Gemeindeverbände gilt dies nur im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches.

sind keine Parlamente im staatsrechtlichen Sinne, vielmehr folgt die Rechtssetzungskompetenz der Satzungshoheit.

Neben diesem eigenen Wirkungskreis der örtlichen Angelegenheiten sind die Kommunen zugleich eingebunden in die staatliche Verwaltung und insofern auch Träger mittelbarer Staatsverwaltung; das jeweilige Leitungsorgan dementsprechend verantwortlich für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung im übertragenen Wirkungskreis. Dem entspricht es auch, dass die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten derjenigen der Beamten (wenn auch mit Besonderheiten), und nicht denen von Politikern folgt. Dennoch sind die aus dem politischen Einschlag dieser Ämter resultierenden Besonderheiten dieser administrativen Leitungspositionen derart ausschlaggebend, dass auch hier – ähnlich wie bei den politischen Beamten – wesentliche beamtenrechtliche Prinzipien durchbrochen werden.

3. Politik und Justizverwaltung

Die dritte Gruppe betrifft die obersten Richter der Republik. Art. 95 Abs. 1 GG schreibt die Errichtung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vor. Die an deutschen Gerichten tätigen Richter genießen sachliche und persönliche Unabhängigkeit.⁶³ Diese dient in erster Linie der Einhaltung des Gewaltenteilungsgrundsatzes und schließt eine inhaltliche Einflussnahme auf die Rechtsprechungstätigkeit aus. Insbesondere nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus sollte die rechtsprechende Gewalt den Zwängen und dem Zugriff der jeweils herrschenden Mehrheit entzogen werden. Dementsprechend liegt es nahe, die Richter, wie geschehen, in Beamtenverhältnisse einzubinden. Denn die Grundstrukturen und -prinzipien des Berufsbeamtentums sind darauf ausgerichtet, die Professionalität und Unabhängigkeit der Amtsträger zu gewährleisten.

Eine inhaltliche Einflussnahme der Politik auf die spruchrichterliche Tätigkeit steht nicht im Raum. Eine Schnittstelle ergibt sich vielmehr in organisatorischer und institutioneller Hinsicht. Für die Ausübung der richterlichen Tätigkeit kommt es (neben sozialen Kompetenzen) maßgeblich auf die fachliche Befähigung an, nicht auf eine (partei-)politische Prägung. Dennoch bestimmt Art. 95 Abs. 2 GG, dass über die Berufung der Richter der obersten Bundesgerichte der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss entscheidet. Die obersten Bundesrichter werden somit im Gegensatz zu den sonstigen Fachrichtern durch eine politische Entscheidung in ihr Amt gewählt, was einer Unabhängigkeit

⁶³ Vgl. Art. 97 und 98 Abs. 1 GG, §§ 25 ff. DRiG.

im Sinne des Gewaltenteilungsgrundsatzes zumindest auf ersten Blick entgegenstehen könnte.

4. Politischer Amtszugang?

Diesen drei Bereichen der politischen Beamten, der kommunalen Wahlbeamten und der Richter der obersten Bundesgerichtshöfe ist gemeinsam, dass der Amtszugang nicht allein anhand der beamtenrechtlichen Grundsätze, vor allem anhand einer ausschließlichen Orientierung am Grundsatz der Bestenauslese erfolgt, sondern auch außerhalb dieser Kriterien liegende Aspekte, insbesondere politische Erwägungen, Eingang finden in die Auswahlentscheidung. Dabei erfolgen sowohl Brüche mit fundamentalen beamtenrechtlichen Prinzipien als auch Verstöße gegen andere verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Normen und Wertentscheidungen.

Diese Verstöße und Beeinträchtigungen zu ergründen und auf ihre Rechtfertigung zu prüfen, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Dabei erfolgt zunächst eine nähere Darstellung der zu untersuchenden Amtsgruppen, die deren Besonderheiten und Charakteristika, insbesondere den Weg ins Amt hervorhebt (B.). Sodann werden verfassungsrechtlichen Vorgaben und deren Fundierung für die Besetzung dieser Amtsposten aufgezeigt, die in einem zweiten Schritt auf ihre Anwendbarkeit auf die angesprochenen Funktionsbereiche untersucht werden (C.). Es wird dargestellt, inwieweit die Staatspraxis bzgl. der Einstellungen dieser besonderen Beamten hinter den rechtlichen Anforderungen zurückbleibt und welche Auswirkungen sich hieraus ergeben. Sodann folgt die Prüfung, inwiefern diese Abweichungen infolge gegebener Besonderheiten, insbesondere politisch legitimer Steuerungsansprüche gerechtfertigt erscheinen (D.). Abschließend kann eine rechtssichere Bestimmung des Standorts der untersuchten Funktionsposten im staatsorganisatorischen Gewaltengefüge vorgenommen werden (E.). Anhand dieser Wertungen erfolgt schließlich auch eine Beurteilung des eingangs dargestellten Falls der Wahl von Rechnungshofpräsidenten und -vizepräsidenten.

B. Im Amtszugang besonderer Öffentlicher Ämter

Die zu untersuchenden Amtspositionen in den aufgezeigten Grenzbereichen der Gewalten umfassen zum einen die Gruppe der politischen Beamten, zum anderen die Gruppe der kommunalen Wahlbeamten. Daneben stehen die gesondert zu betrachtenden Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes. Die nachfolgende Darstellung erfolgt zunächst anhand von allgemeinen Merkmalen der jeweiligen Ämtergruppe, teilweise mit einer Betrachtung des historischen Hintergrundes. Im Fokus stehen hierbei bereits diejenigen Merkmale der Gruppe, die sie von den sonstigen öffentlichen Bediensteten gerade unterscheidet. Es wird ein Überblick über den konkreten Bestand dieser Ämter und etwaige landesrechtliche Besonderheiten gegeben. Soweit es für nachstehende Ausführungen relevant ist, erfolgt dabei eine generelle Einordnung in das staatsrechtliche Funktionsgefüge unter besonderer Berücksichtigung des funktionellen Aufgabenbereichs.

I. Politische Beamte

Die nachfolgend dargestellten, prägnanten Merkmale sind nicht abschließend zu verstehen, vielmehr folgen diese einem für das Verständnis des Amtszugangs maßgeblichen Umfang.

1. Merkmale

Bei den Ämtern der politischen Beamten handelt es sich „um politische Schlüsselstellen für die wirksame Durchführung der politischen Ziele der Regierung. Die Amtsführung in diesen Schlüsselstellen soll die Politik der Regierung nicht nur nicht behindern, sondern aktiv unterstützen; deshalb bedürfen die betreffenden Beamten jederzeit des vollen Vertrauens der Regierung. Dieses Vertrauen ist nicht [...] nur durch eine Abweichung in politischen Ansichten gestört, sondern kann schon dann beeinträchtigt sein, wenn die Regierung Zweifel daran hegt, daß die fachliche oder die persönliche Eignung des Beamten, seine Amtstätigkeit oder auch nur sein außerdienstliches Verhalten den höchstmöglichen Grad einer zielstrebigem, wirkungsvollen Zusammenarbeit im Sinne der von ihr verfolgten Politik gewährleistet [...]“¹

¹ BVerwG, Urt. v. 29.10.1964 – II C 182.61 – juris Rn. 36.

a) Besonderes Vertrauenserfordernis

Mit diesen Worten stellte der Senat bereits früh die den politischen Beamten zugedachten Funktionen mit deutlicher Betonung der Abhängigkeit des Beamten vom Vertrauen der Regierung heraus. Die politischen Beamten bilden demnach die unmittelbaren Bindeglieder an der Schnittstelle zwischen Regierung und Verwaltungsapparat. Zugleich besetzen sie bürokratische Schlüsselfunktionen für die optimale Umsetzung und Ausführung der Regierungspolitik in den Beamtenapparat hinein. Ihre Positionen können daher zutreffend als Transformationsämter bezeichnet werden.² Um der Regierung die Möglichkeit zu geben, die Amtsführung der politischen Beamten in bestmöglicher, fortdauernder Übereinstimmung mit ihrer Politik zu halten,³ können die entsprechenden Amtsträger ohne weitere Voraussetzungen nach weitem Ermessen aus ihrem Amt enthoben und in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden, vgl. für die Bundesebene § 54 Abs. 1 BBG.⁴ Die fortdauernde politische Übereinstimmung mit der Auffassung und Zielsetzung weisungsberechtigter, demokratisch gewählter und verantwortlicher Organe des Staates wird damit zum konstituierenden und unerlässlichen Element dieser Beamtenverhältnisse.⁵ Im zwingenden Umkehrschluss wird die Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung zugleich zum entscheidenden Einstellungskriterium für das Amt eines politischen Beamten. Insofern hat sich ohne ausdrückliche

² Kugele, Politische Beamte, S. 111.

³ Vgl. § 30 Abs. 1 S. 1 BeamtStG. Diese für politische Beamte auf Landesebene konstituierenden Merkmale gelten gleichermaßen im Anwendungsbereich des § 54 BBG, auch soweit dieser ausdrücklich keine unbestimmten und daher auslegungsbedürftigen Normmerkmale enthält. Es erscheint jedoch bereits vor dem Hintergrund der sich aus verfassungsrechtlichen Wertungen ergebenden Begrenzung des Ämterkreises nicht verständlich, weshalb derselbe Normgeber bei Normierungen des Instituts des politischen Beamten auf Bundesebene von diesen Voraussetzungen befreit sein soll, die auf Landesebene gelten. Der Kommentierung von *Hebeler*, in: Battis, BBG, § 54 Rn. 7 ist insofern entgegenzutreten. Auch die dort angeführte Kritik, dass die vom BVerwGE 115, 89 (95 f.) in Auslegung der einfachgesetzlichen Merkmale formulierten Restriktionen unzutreffend für verfassungsrechtliche Grenzen des Kreises politischer Beamter angeführt würden, verkennt wiederholt die Herkunft dieser Restriktionen aus verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen. Auch dürfte sich diese Kritik angesichts der vorliegenden verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung überholt haben, die in den Voraussetzungen nicht zwischen politischen Beamten auf Bundes- und Landesebene unterscheidet.

⁴ Aus § 50 BBG folgt, dass auch politische Beamte nur dann in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können, wenn sie die versorgungsrechtliche Wartezeit von grundsätzlich fünf Dienstjahren erfüllen (vgl. § 4 Abs. 1 BeamtVG). Erfüllen sie diese nicht, sind sie gem. § 32 I Nr. 2 BBG zu entlassen, vgl. auch *Hebeler*, in: Battis, BBG, § 54 Rn. 9.

⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.05.2008 – 2 BvL 11/07 – juris Rn. 40.

gesetzliche Regelung die Praxis entwickelt, die Inhaber der Ämter von politischen Beamten nicht nur nach politischen Kriterien zu entlassen, sondern auch, sie nach diesen Kriterien zu ernennen.⁶

Die Bezeichnung als Transformationsämter trifft vorrangig auf die entsprechenden Amtsstellen in der Ministerialverwaltung zu. Daneben sind jedoch auch andere Positionen, die nicht in erster Linie die Transformation von Politik in Administration zur Aufgabe haben, als Amt eines politischen Beamten ausgestaltet. Dies sind solche Ämter, die vorrangig eine Vertretungsfunktion der Regierung gegenüber Dritten einnehmen, wie etwa Regierungssprecher. Auch diese Amtsträger bedürfen von Gesetzes wegen des uneingeschränkten und jederzeitigen Vertrauens der Regierung in ihre Amtsführung, da sie in Innen- und Außenpolitik gewissermaßen als Organe der Regierung beurteilt werden. Daher kann bei diesen Stellen von besonders herausgehobenen repräsentativen Ämtern gesprochen werden.⁷ Damit auch hier der höchstmögliche Grad einer zielstrebigem, wirkungsvollen Darlegung der Regierungsinteressen gegenüber Dritten und ggf. deren Durchsetzung gewährleistet ist, können diese Amtsträger jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden.

Die Eigenschaft als politischer Beamter richtet sich nach dem übertragenen Statusamt und nicht nach den im Einzelfall übertragenen Aufgaben. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 54 Abs. 1 BBG, der den Anwendungsbereich auf „die nachfolgend genannten politischen Beamten“ erstreckt und sodann die betroffenen Statusämter aufzählt. Insofern wird auch in der entsprechenden Gesetzesbegründung festgestellt, dass der Begriff des politischen Beamten durch die in der Vorschrift vorgenommene Aufzählung definiert wird.⁸ Eine Anknüpfung an die konkret-funktionale Ausgestaltung des Dienstpostens verbietet sich bereits im Hinblick darauf, dass die Ausnahme vom Lebenszeitprinzip die ausdrückliche und eindeutige Bestimmung der betroffenen Ämter und damit auch der betroffenen Beamten durch den Gesetzgeber voraussetzt.⁹

Dabei wird nach dem Gesetzeswortlaut des § 54 Abs. 1 BBG das Ermessen dem Bundespräsidenten zugestanden, was der grundgesetzlichen Kompetenzregelung für die Ernennung und Entlassung der Bundesbeamten unter Gegenzeichnung des Bundeskanzlers oder des jeweils zuständigen Bundesministers entspricht, Art. 60 Abs. 1 und Art. 58 S. 1 GG. Adressat des erfor-

⁶ *Czislak*, DÖV 2020, 603 (603).

⁷ So bereits *Kugele*, Politische Beamte, S. 111.

⁸ BT-Drs. 16/7076, S. 115.

⁹ So VG Berlin, Beschluss vom 01.10.2015 – VG 7 L 599.15; auch *Bracher*, DVBl. 2001, 19 (21, 26 f.).

derlichen Vertrauens ist jedoch immer der für die Auswahlentscheidung zuständige politische Funktionsträger der Regierung, dem die Personalhoheit obliegt, dem das entsprechende Amt also zugeordnet ist.¹⁰ Dieser wendet sich im Falle eines Vertrauensverlustes in die politische oder auch persönliche Loyalität des zuarbeitenden politischen Beamten an den Bundespräsidenten.¹¹

Soweit es sich funktionell um Ämter handelt, die weder eine Transformations- noch eine Repräsentationsfunktion zugunsten der Regierung wahrnehmen, wie z.B. die landesrechtlich vereinzelt erfassten Parlamentsdirektoren, ist bezüglich des Vertrauensadressaten nicht auf einen institutionellen Regierungsbegriff abzustellen. Vielmehr ist entsprechend Sinn und Zweck der Regelung das besondere Vertrauensverhältnis zu dem jeweiligen Verfassungsorgan – nach weiterer Ausgestaltung der Geschäftsordnung – gefordert, in dessen Dienst der politische Beamte steht.¹²

b) Weites Ermessen bei Ruhestandsversetzung

Dem Dienstherrn wird bei der Ruhestandsversetzung des politischen Beamten ein sehr weiter Ermessensrahmen eingeräumt.¹³ Dies ergibt sich zum einen aus dem Wort „jederzeit“, das insbesondere die zeitliche Unbeschränktheit des Ermessenspielraums kennzeichnet,¹⁴ jedoch zugleich darauf hinweist, dass kein weiterer besonderer gesetzlicher Grund, wie z.B. eine organisatorische Veränderung wie in § 55 BBG, vorzuliegen braucht und auch sonst keine weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen.¹⁵ Zum anderen wird die Weite des Ermessensrahmens dadurch deutlich, dass Zweifel an der Amtsführung des politischen Beamten bereits aus sog. Imponderabilien, also Unwägbarkeiten veranlasst sein können. Solche Unwägbarkeiten können oftmals nicht klar bestimmt werden und ihre Offenbarung im Einzel-

¹⁰ So auch *Bracher*, Vertrauen in politische Anschauungen und persönliche Loyalität bei beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen, DVBl. 2001, 19 (20, 27).

¹¹ Im Falle von Landesbeamten wendet sich der zuständige politische Funktionsträger entsprechend an den Ministerpräsidenten, vgl. beispielhaft Art. 38 S. 1 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein (LV SH).

¹² Vgl. BVerwG NVwZ 2002, 604 (606) zur Vorschrift des § 31 Abs. 1 BRRG m. w. N. So ist z. B. für Staatssekretäre und Ministerialdirektoren im Bundespräsidialamt statt eines besonderen Vertrauensverhältnisses zur Regierung ein solches zum Bundespräsidenten zu fordern.

¹³ *Lemhöfer*, in: Plog/Wiedow, BBG, § 36 Rn. 2 ff.

¹⁴ Die Frage der Verwirkung der einstweiligen Ruhestandsversetzung ausdrücklich offengelassen: BVerwG NVwZ-RR 1993, 90 (91); eine zeitliche Beschränkung jedoch in jeder Hinsicht ablehnend: *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 20.

¹⁵ Vgl. *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 17.

nen liegt auch oft nicht im Sinn der gesetzlichen Regelung.¹⁶ Demnach muss der zugrunde liegende Sachverhalt gerade nicht aufgrund tatsächlicher Umstände festgestellt werden, sogar nicht mal feststellbar sein. Da eine Ruhestandsversetzung ausschließlich den Interessen einer politischen Staatsführung dient, wird auch kein schuldhaftes oder auch nur objektiv pflichtwidriges Verhalten des politischen Beamten vorausgesetzt.¹⁷

Die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand erfordert dennoch eine individuelle Prüfung im Einzelfall unter pflichtgemäßer Ermessensausübung. So sind die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten und von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch zu machen.¹⁸ Hierdurch wird der Kreis zulässiger sachlicher Erwägungen bei der Ermessensausübung dahingehend begrenzt, dass nur Umstände die Ruhestandsversetzung rechtfertigen können, die nach vertretbarer Sicht die fortdauernde Übereinstimmung der Amtsführung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten der Regierung in Frage stellen.¹⁹ Zweck der Versetzung des politischen Beamten in den einstweiligen Ruhestand muss demnach gerade sein, die Amtsführung in dieser Position gemäß ihrer politischen Schlüsselstellung in fortdauernder Übereinstimmung mit der Regierungspolitik zu halten und einer eingetretenen oder (vertretbar) befürchteten Beeinträchtigung in dieser Übereinstimmung abzuhelpen.²⁰ Von dem jeweiligen Amtsträger wird eine aktive Unterstützung der Regierungspolitik im Sinne eines höchstmöglichen Grades wirkungsvoller Zusammenarbeit gefordert. Insofern können auch Erwägungen hinsichtlich einer nachträglich festgestellten fehlenden Eignung des Beamten für den besonderen Aufgabenkreis eine Versetzung auf Grundlage der Sondervorschrift begründen.²¹ Je näher das konkrete Amt und die damit verbundenen Aufgaben im Zusammenhang mit der politischen Willensbildung und vor allem auch Gestaltung stehen, desto höhere Anforderungen können an das Übereinstimmungserfordernis des jeweiligen politischen Beamten zur Regierung und somit auch an das

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 29.10.1964 – II C 182.61 – juris Rn. 36.

¹⁷ VG Berlin, Beschluss vom 01.10.2015 – VG 7 L 599.15; ausführlich dazu auch VGH Mannheim NVwZ-RR 2016, 630 (631).

¹⁸ Vgl. die allgemeinen Regelungen des § 40 VwVfG und § 114 S. 1 VwGO.

¹⁹ *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 17f. m.w.N. Keine zulässigen Erwägungen sind demnach z. B. der Wunsch der Regierung nach einer Verjüngung der Altersstruktur oder der Wunsch des politischen Beamten zur einstweiligen Ruhestandsversetzung.

²⁰ Vgl. BVerwGE 19, 332 (336) und 52, 33 (34f.).

²¹ Nach BVerfGE 8, 332 (356) beschränkt sich die Möglichkeit der Versetzung in den Wartestand *hergebrachtermaßen* nicht auf Fälle der Abweichung in politischen Ansichten, sondern erstreckt sich allgemein auf die Eignung des Beamten für den besonderen Aufgabenkreis; s. auch *Jasper*, Öffentliche Ämter, S. 393 Fn. 198 m.w.N.

Vertrauensverhältnis gestellt werden. Insoweit kommen als zulässige Ermessenserwägungen bereits weniger deutliche Gefährdungen oder Beeinträchtigungen des Vertrauens in Betracht, als wenn die konkrete Amtsfunktion vordergründig in fachlicher Verwaltungsarbeit besteht.²² Der einstweilige Ruhestand ist insofern für Fälle gedacht, in denen der Dienstherr kein Vertrauen mehr in den politischen Beamten hat. Erfolgt die Versetzung dagegen nach Absprache, auf Wunsch oder allein zum Vorteil des politischen Beamten, ist sie rechtswidrig.

Die (gerichtliche) Kontrolle dieser Ermessensausübung ist aufgrund des bestehenden weiten Spielraums nach überwiegender Ansicht auf willkürliche Erwägungen beschränkt. Das Willkürverbot ist verletzt, wenn staatliches Ermessen nicht durch hinreichende Sachgründe getragen wird, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung (gegenüber anderen Beamten) angemessen sind.²³ Im Falle politischer Meinungsäußerungen eines politischen Beamten ist die Annahme von Willkür bereits dann abzulehnen, wenn die Äußerung auch eine Deutung zulässt, die das Vertrauen der Regierung in die Amtsführung des Beamten zu beeinträchtigen vermag.²⁴

c) Vorrecht zugunsten des Regierungschefs

Die Frage, ob der Regierungschef einen politischen Beamten auch über die Entscheidung und den Willen des politischen Vertrauensadressaten hinweg in den einstweiligen Ruhestand versetzen kann, erlangte wiederholt Bedeutung im Fall des in die Kritik geratenen Präsidenten des Bundesamtes für Verfassungsschutz Maaßen.²⁵ Die sich aus dem konkreten Fall ergebende Frage war, ob die Bundeskanzlerin im Wege ihrer Richtlinienkompetenz aus Art. 65 S. 1 GG dem Bundespräsidenten über den Kopf des Ressortleiters (Innenminister) hinweg die einstweilige Ruhestandsversetzung des Verfassungsschutzpräsidenten antragen könne oder ob das ministerielle Ressortprinzip des Art. 65 S. 2 GG dem entgegenstehe.

Gegen eine solche Kompetenz des jeweiligen Regierungschefs könnte die dienstliche Unterstellung des Verfassungsschutzes unter das Innenministe-

²² Vgl. auch *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 18.

²³ VGH Mannheim NVwZ-RR 2016, 630 (631).

²⁴ Vgl. BVerfG NVwZ 1994, 477 (477).

²⁵ Vgl. beispielhaft den Bericht des Tagesspiegels „Merkel gegen Maaßen – und Seehofer?“ vom 17.09.2018 (abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/verfassungsschutzpraesident-merkel-gegen-maassen-und-seehofer/23075462.html>, Aufruf am 01.11.2018).

rium sprechen; so untersteht das Bundesamt gem. § 1 Abs. 1 S. 2 BVerfSchG²⁶ dem Bundesministerium des Inneren, sodass aus der Personalhoheit gefolgert werden könnte, dass auch entsprechend der Innenminister Adressat des Vertrauens sein muss. Dieser Ansicht folgend, liegt es also in der alleinigen Entscheidungen des jeweiligen Ressortchefs, des Innenministers, bei fehlendem politischen Vertrauen in den Chef des Verfassungsschutzes diesen in den einstweiligen Ruhestand zu versetzen.²⁷ Dennoch bleibt zu bedenken, ob allein das Vertrauen des Innenministers in den Präsidenten des Verfassungsschutzes für eine Weiterführung des Amtes ausreichend ist, genießt der Verfassungsschutzpräsident auf der anderen Seite weder das Vertrauen des Regierungschefs, noch der Koalitionspartner. Immerhin handelt es sich bei den Aufgaben des Amtes, namentlich dem Schutz der Verfassung, nicht um ein bestimmtes Parteiprogramm, sondern (so zumindest in der wünschenswerten Theorie) vielmehr um überparteilichen Konsens, sodass ein über die parteilichen Lager hinweg bestehendes Vertrauen in die gewissenhafte Erfüllung dieser Aufgaben dem Amt förderlich wäre.

Nicht nur die besonderen überparteilichen Aufgaben des Bundesamtes, sondern auch die Regelungen des § 15 Abs. 2 lit. a) GOBReg²⁸, wonach der Bundesregierung alle Vorschläge zur Ernennung von Beamten, die jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können, zu unterbreiten sind, sowie des § 19 S. 1 GOBReg, wonach vor einstweiliger Ruhestandsversetzung eines Beamten der Besoldungsgruppe B 9 BBesO oder höher eine Stellungnahme des Bundeskanzlers einzuholen ist, deuten indes darauf hin, dass der politische Funktionsträger, dessen Bereich bzw. Ressort das Amt des politischen Beamten zugeordnet ist, zumindest nicht immer befugt ist, alleine über die Einstellung und Ruhestandsversetzung des politischen Beamten zu entscheiden.²⁹ Die Normen sind Ausfluss der Organisationsgewalt und Geschäftsführungsbefugnis zugunsten des jeweiligen Regierungschefs. Zwar muss dem Bundesminister ein gewisser eigenständiger Entscheidungs- und personalhoheitlicher Spielraum schon auf Grundlage von Art. 65 Abs. 2 verbleiben. Insofern ist auch zu beachten, dass ein Bundesminister zumindest im

²⁶ Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (BVerfSchG) v. 20.12.1990, BGBl. I S. 2954, 2970.

²⁷ So wohl *Bracher*, DVBl. 2001, 19 (20, 27).

²⁸ Geschäftsordnung der Bundesregierung v. 11.05.1951, GMBL. S. 137; zuletzt geändert durch Beschluss vom 22.10.2002, GMBL. S. 848.

²⁹ In diese Richtung auch *Schönberger* auf verfassungsblog.de: „Es geht auch ohne Seehofer: Wie die Bundeskanzlerin für eine Entlassung des Verfassungsschutzpräsidenten sorgen kann“ (abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/es-geht-auch-ohne-seehofer-wie-die-bundeskanzlerin-fuer-eine-entlassung-des-verfassungsschutzpraesidenten-sorgen-kann/>, Aufruf am 01.11.2018).

eigenen Verantwortungsbereich nicht zur Zusammenarbeit mit bestimmten leitenden Beamten gezwungen werden kann. Möglich erscheint jedoch, dass der Bundeskanzler eine Einzelfallentscheidung zur Richtlinienentscheidung mit allgemeinpolitischer Zielsetzung macht, die sodann auch gegenüber den einzelnen Ministern Verbindlichkeit erlangt.³⁰ So kann auch einer einzelnen Personalentscheidung eine prinzipielle Zielrichtung zugrunde gelegt werden.³¹ Zwar dürfen den Bundesministern aufgrund des Ressortprinzips keine einzelnen Weisungen durch den Bundeskanzler erteilt werden,³² dieser kann aber Einzelfragen von allgemeiner Bedeutung aus jedem Ressort zu einer Richtlinienfrage machen und sodann selber entscheiden. Dafür muss die jeweilige Personalfrage indes eine solche allgemeinpolitische Bedeutung aufweisen. Dass dies keinesfalls regelmäßig der Fall ist, zeigen auch die Vorschriften der §§ 3 und 4 GOBReg, die die Regelung des § 19 GOBReg insoweit verdrängen und eine Stellungnahme des Bundeskanzlers entbehrlich machen, sofern die Versetzung tatsächlich die Richtlinienkompetenz zu berühren geeignet ist, denn dann gilt ohnehin eine Unterrichtungspflicht.

Abseits einer herausgehobenen allgemeinpolitischen Bedeutung des konkreten politischen Beamten für den Regierungsapparat insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass ein Bundesminister – obgleich der politischen Zweckmäßigkeit – wohl auch gegen den Willen des jeweiligen Bundeskanzlers eine einstweilige Ruhestandsversetzung seiner leitenden Beamten an den Bundespräsidenten herantragen kann. Andersherum kann der Bundeskanzler einen politischen Beamten eines anderen Ministerialressorts entgegen dem Willen des jeweiligen Ministers nur in Ausnahmefällen in den Ruhestand versetzen.³³ Im Ausgangsfall bleibt zu bedenken, ob nicht gerade der sensible und überparteiliche Aufgabenbereich des Präsidenten des Bundesamtes für Verfassungsschutz eine solche allgemeinpolitische Bedeutung rechtfertigt. Davon unabhängig besteht die zu diskutierende Frage, inwieweit überhaupt die Erforderlichkeit besteht, solche Amtsposten in den sensiblen Bereichen der Sicherheitsbehörden mit politischen Beamten und damit politisch loyalen Vertrauten zu besetzen oder ob in diesem Bereich nicht vielmehr einer ausschließlichen Orientierung an rechtsstaatlichen Vorgaben der Vorzug zu geben ist.³⁴

³⁰ *Priebe*, Vorzeitige Beendigung, S. 71 ff.

³¹ So bereits *Knöpfle*, DVBl. 1965, 857 (861).

³² *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 65 Rn. 5.

³³ In der Praxis würde die sich stellende Frage wohl politisch bewältigt angesichts der Entlassungsmöglichkeiten zu Lasten eines Bundesministers, der sich dem Bundeskanzler in einer wichtig erscheinenden Frage widersetzt. Vgl. hierzu auch *Detterbeck*, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR III, § 66 Rn. 31 f.

³⁴ S. insbesondere D. III. 1. e).

d) Prüfungsrecht des Bundespräsidenten

Der zuständige politische Funktionsträger wendet sich im Falle eines Vertrauensverlustes in die politische oder auch persönliche Loyalität des zurarbeitenden politischen Beamten an den Bundespräsidenten. Ob dieser sodann grundsätzlich verpflichtet ist, die herangetragene Ruheversetzung auch vorzunehmen, wird nicht einstimmig beurteilt.

Im Ausgangspunkt muss dem Bundespräsidenten in dieser wie auch in den ähnlich gelagerten Fragen ein eigenes Prüfungsrecht sowie zugleich -pflicht zuerkannt werden, die aus seiner rechtsgebundenen (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) Stellung als Verfassungsorgan mit zugewiesener Kontrollfunktion folgt.³⁵ Der Umfang kann jedoch unterschiedlich beurteilt werden. Besondere Beachtung in der Ermessensausübung des Bundespräsidenten verdient insoweit regelmäßig die jeweilige Regierungspolitik.³⁶ Da der Bundespräsident bei nicht im Bundespräsidialamt tätigen Beamten keine eigenständige Personalhoheit besitzt und auch nicht selbstständig initiativ werden darf, hat er sich grundsätzlich von den Erwägungen leiten zu lassen, die ihm von der zuständigen obersten Dienstbehörde zugetragen werden. Ihm obliegt jedoch nach zutreffender Ansicht eine uneingeschränkte Legalitätskontrolle. Zwar ist der Bundespräsident nach dem grundgesetzlichen Kompetenzgefüge zu einer wirklichen Mitentscheidung in Personalfragen anderer Dienstherren nicht berufen. In Fällen, in denen die Voraussetzungen für eine Versetzung des politischen Beamten in den einstweiligen Ruhestand jedoch nicht vorliegen, kann und muss sich der Bundespräsident dieser grundsätzlichen Verpflichtung jedoch bereits aus Rechtsgründen entziehen.³⁷ Dies betrifft zwar nur Fälle, in denen das Fehlen der Voraussetzungen offensichtlich ist, was aufgrund der Eigenart des konstitutiven Vertrauenselements unwahrscheinlich scheint. Für Missbrauchsfälle entspricht es jedoch gerade dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Mechanismus und der rechtswahrenden Kontrollfunktion des Staatsoberhauptes, dem Bundespräsidenten eine diesbezügliche Prüfungscompetenz zuzugestehen.

Dieses Ergebnis wird systematisch gestützt durch die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen den Gesetzesvorbehalt in Art. 60 Abs. 1 GG geäußert werden, wonach der formelle Gesetzgeber eine andere Zuständigkeitsregel für die Ernennung und Entlassung der genannten Beamten treffen kann. Der Vorbehalt dient der Entlastung des Amtes des Bundespräsidenten, der nicht alle statusrechtlichen Entscheidungen selbst treffen

³⁵ Vgl. etwa *Nierhaus*, in: Sachs, GG, Art. 60 Rn. 8 ff.

³⁶ *Priebe*, Vorzeitige Beendigung, S. 74 f. m. w. N.

³⁷ So auch *Nierhaus*, in: Sachs, GG, Art. 60 Rn. 8 und *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 60 Rn. 18.

kann. Zugleich birgt er jedoch die Gefahr, dass der Bundesgesetzgeber unter Berufung auf diesen die Bundesregierung von der Rechtliechkeitskontrolle des Bundespräsidenten fast beliebig freizeichnet.³⁸ Insofern erscheint bedenkenswert, ob einer gewünschten Entlastung des Bundespräsidenten nicht bereits durch die Delegationsmöglichkeit in Art. 60 Abs. 3 GG genüge getan ist. Ein Gesetz im Sinne des Vorbehaltes des Abs. 1 bedürfte zumindest einer gewichtigen sachlichen Rechtfertigung und muss vom Zweck des gesamten Gesetzesvorbehaltes in der jeweiligen Situation gedeckt werden.³⁹

In der Praxis sind solche Fälle, in denen der Bundespräsident eine einstweilige Ruhestandsversetzung eines politischen Beamten verweigerte, kaum bekannt, weshalb davon auszugehen ist, dass sich der Bundespräsident (gleichwohl nach eigener Prüfung) die tragenden Ermessenserwägungen des jeweiligen Funktionsträgers bei der Entscheidung über die Ruhestandsversetzung zu eigen macht, was sich als zulässig darstellt.⁴⁰

e) Beamte und Führungsämter auf Probe

Soweit die politischen Beamten statusrechtlich nicht Beamte auf Lebenszeit, sondern Beamte auf Probe sind⁴¹, ist statt der einstweiligen Ruhestandsversetzung in Bund und Ländern gleichermaßen die sofortige Entlassung vorgesehen, vgl. § 36 BBG, § 30 Abs. 2 BeamtStG.

Hiervon wiederum zu unterscheiden ist die in § 24 Abs. 1 BBG bestehende Regelung über Führungsämter auf Probe.⁴² Danach wird ein Amt mit leitender Funktion zunächst im Beamtenverhältnis auf Probe übertragen, wobei die regelmäßige Probezeit zwei Jahre beträgt, die Mindestprobezeit ein Jahr. § 24 Abs. 5 BBG bestimmt den Kreis der betroffenen Ämter vorrangig nach besoldungsrechtlichen Kriterien, wobei sich Überschneidungen mit dem Ämterbestand von politischen Beamten ergeben. Dies betrifft Ministerialdirektoren als Abteilungsleiter in den obersten Bundesbehörden (Besoldungsstufe B 9), Botschafter (in den Besoldungsstufen B 6 oder B 9) und Unterabteilungsleiter im Auswärtigen Amt (da Besoldungsstufe B 6)⁴³ sowie die in beiden Vorschriften genannten Behördenleiter. Soll ein Träger solch eines Führungsamtes auf Probe, der den Posten eines politischen Beamten beklei-

³⁸ So *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 60 Rn. 20.

³⁹ Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 60 Rn. 1; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 60 Rn. 21.

⁴⁰ Vgl. *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 23.

⁴¹ Vgl. § 6 Abs. 1 und 3 Nr. 1 BBG bzw. § 4 Abs. 1 und 3 lit. a) BeamtStG.

⁴² Gem. § 6 Abs. 3 Nr. 2 BBG und § 4 Abs. 3 lit. b) BeamtStG gelten die entsprechenden Amtsträger auch als Beamten auf Probe.

⁴³ Vgl. jeweils Anlage I (BBesO B) zum BBesG.

det, innerhalb der vorgesehenen Probezeit aus seinem Amt entfernt werden, so ist auch hier statt der Ruhestandsversetzung gem. § 35 S. 1 BBG die Möglichkeit der Entlassung vorgesehen. Diese hat zur Folge, dass die Rechte und Pflichten aus dem zuletzt im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragenen Amt wiederaufleben, denn diese ruhen nur für die Dauer der für das Führungsamt auf Probe erforderlichen Probezeit, vgl. § 24 Abs. 2 S. 2 BBG.

2. Geschichtliche Entwicklung

Vor der Darstellung der einzelnen Amtsposten, die durch politische Beamte bekleidet werden, soll ein kurzer Überblick über die historische Entwicklung des Instituts in drei Phasen gegeben werden.

a) Vor 1900

In den vorkonstitutionellen deutschen Staaten vor 1900 herrschte das Verständnis vor, dass alle Beamten jederzeit aus ihrem Amt entlassen werden konnten. Dies war zwar nicht völlig von formellen und materiellen Voraussetzungen befreit durch den Dienstvorgesetzten möglich, jedoch bestand die Möglichkeit zur Entlassung von Beamten unbestritten und voraussetzungslos zugunsten des jeweiligen Monarchen.⁴⁴ Eine tragende Verbindung spielte dabei der abzulegende Treueeid. So entsprach es insbesondere der preußischen Gepflogenheit neben der Treue zur Verfassung die absolute Unterordnung aller Beamten unter den Willen und die politischen Vorstellungen des Regenten zu fordern.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts erfuhr das Beamtenrecht eine gewisse Verfestigung, sodass eine Absetzbarkeit von Beamten nunmehr nur aufgrund von Disziplinarverfahren und auch die Pensionsberechtigungen festgeschrieben wurden. Während zuvor noch jeder Beamte entlassen werden konnte, und somit für die dienstrechtlichen Sonderregelungen, wie sie heute für die politischen Beamten bestehen, keine Notwendigkeit gegeben war, bestand nunmehr ein Bedürfnis, die Implementation der Regierungspolitik auf der Verwaltungsebene insbesondere in personeller Hinsicht sicherzustellen.⁴⁵ Daher bestimmte § 87 Nr. 2 des Preußischen Disziplinargesetzes von 1852⁴⁶,

⁴⁴ Vgl. bereits §§ 98 ff., 101 des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794, Textausgabe mit einer Einführung von Hans Hattenhauer, Frankfurt 1970, S. 541.

⁴⁵ Thiele, Zur Problematik der Sonderstellung des sog. politischen Beamten, DÖD 1986, 257 (258) m. w. N.

⁴⁶ Gesetz, betreffend die Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten, die Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand vom 21. Juli 1852, PrGS S. 465.

dass Beamte gewisser Kategorien jederzeit unter Gewährung des vorschriftsmäßigen Wartegeldes einstweilig in den Ruhestand versetzt werden konnten. Zu diesen Beamten zählten Unterstaatssekretäre als Vertreter der Minister, Ministerialdirektoren, Oberpräsidenten, die Präsidenten und Vizepräsidenten der Regierungskollegien, Vorsteher der königlichen Polizeibehörden und Landräte, Staatsanwälte, Beamte des diplomatischen Corps und Militärintendanten.⁴⁷ Dies wird zumeist als „Geburtsstunde“ der politischen Beamten bezeichnet, auch wenn eine Bezeichnung der politischen Beamten als solche wohl erst ab 1881 erfolgte, davor wurde von disponiblen Beamten geredet.⁴⁸

Auch im Deutschen Reich bezog sich der von den Beamten zu leistende Treueeid stets auf die Person des regierenden Monarchen. Die Beamten verpflichteten sich ausdrücklich, den kaiserlichen Anordnungen Folge zu leisten.⁴⁹ Im Wesentlichen wurde die preußische Regelung in § 25 des Reichsbeamtengesetzes von 1873 übernommen.⁵⁰ Durch kaiserliche Verfügung jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden, konnten danach: „der Reichskanzler, der Präsident des Reichskanzler-Amtes, der Chef der Kaiserlichen Admiralität, der Staatssekretär im Auswärtigen Amte, die Direktoren und Abtheilung-Chefs im Reichskanzler-Amte und in den einzelnen Abtheilungen desselben, sowie im Auswärtigen Amte und in den Ministerien, die vortragenden Räte und etatsmäßigen Hülfсарbeiter im Auswärtigen Amte, die Militär- und die Marine-Intendanten, die diplomatischen Agenten einschließlich der Konsuln“; zudem wurden gem. § 149 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes der Oberreichsanwalt und die Reichsanwälte beim Reichs-

⁴⁷ Vgl. auch *Kugele*, Politische Beamte, S. 110 Fn. 29 m. w. N.

⁴⁸ *Kugele*, Politische Beamte, S. 110; *Thiele*, DÖD 1986, 257 (258) jeweils m. w. N. Kugele weist auf S. 109 in Fn. 2 m. w. N. zudem darauf hin, dass der Begriff des politischen Beamten in Literatur und Rechtsprechung entwickelt wurde. Auch die in manchen Textausgaben aufzufindende Überschrift zu § 31 BRRG war nicht amtlich. Eine Aufnahme in die heutigen §§ 36, 54 Abs. 1 BBG erfolgte soweit ersichtlich erst durch die Neufassung des BBG im Rahmen des Dienstrechtsneuordnungsgesetzes vom 05.02.2009, BGBl. I S. 160. Beachtlich ist auch, dass das BBG den Begriff des politischen Beamten nun zwar erwähnt, die Merkmale und zugleich Anforderungen an ein solches Amt aber im BeamStG aufzufinden sind (vgl. § 30 Abs. 1 S. 1).

⁴⁹ Vgl. Art. 18 Abs. 1 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871, Reichsgesetzblatt 1871, S. 63 sowie die Sondervorschriften für Beamte der Post- und Telegraphenverwaltung (Art. 50 Abs. 3 und 4 S. 1), der Kriegsmarine (Art. 53 Abs. 1) und der Deutschen Truppen aus dem Bereich des Reichskriegswesens (Art. 64); zum damaligen Wortlaut des Eides, vgl. die Verordnung betreffend den Dienst der unmittelbaren Reichsbeamten vom 29.06.1871, Reichsgesetzblatt 1871, S. 303 (auch abrufbar unter: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Deutsches_Reichsgesetzblatt_1871_032_303.jpg, Aufruf am 30.10.2018).

⁵⁰ Gesetz betreffend die Rechtsverhältnisse Reichsbeamten vom 31.03.1873, Reichsgesetzblatt 1873, S. 61.

gericht erfasst.⁵¹ Auch hierbei galt als gesetzgeberisches Motiv die Einhaltung der Verwaltungspraxis mit der politischen Linie sicherzustellen.

b) Weimarer Republik und Nationalsozialismus

Mit dem Wandel des Staatsverständnisses von einer konstitutionellen Monarchie zu einer parlamentarisch-demokratischen Republik zum Ende des ersten Weltkrieges wurden auch erste Stimmen für eine Entpolitisierung der Verwaltung erhoben.⁵² Staatsbeamte wurde im Rahmen der Weimarer Reichsverfassung nunmehr allein auf ihre Treue zur Verfassung vereidigt.⁵³ Sie sollten fortan politisch neutral und unabhängig nicht mehr dem jeweiligen Regenten oder einer Partei, sondern dem Staat und dem gesamten Volk dienen.⁵⁴ Die bereits bestehenden beamtenrechtlichen Regelungen wurden auch hier im Wesentlichen übernommen.⁵⁵ Jedoch wurde mit dem Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik⁵⁶ zugleich eine wesentliche Erweiterung des Kreises der politischen Beamten in das Reichsbeamtengesetz eingefügt. Fortan konnten alle nichttrichterlichen Beamten ab dem Amt eines Regierungsrats durch die vorgesetzte oberste Reichsbehörde mit Gewährung des gesetzlichen Wartegeldes im Interesse der Festigung der verfassungsmäßigen republikanischen Staatsform jederzeit einstweilen in den Ruhestand versetzt werden. Entsprechendes wurde auch in den Ländern umgesetzt. Dies fand seine Begründung in der Befürchtung, dass monarchisch eingestellte Beamte die Festigung des parlamentarisch-demokratischen Parteienstaats zu hindern versuchten.

Das Deutsche Beamtengesetz von 1937⁵⁷ des Dritten Reiches behielt die Differenzierung zwischen Laufbahn- und politischen Beamten grundsätzlich bei. Unter letzteren wurden allgemein solche Beamte verstanden, „welche die Politik des Führers und der Reichsregierung besonders nachdrücklich und

⁵¹ Thiele, DÖD 1986, 257 (259); die „Direktoren und Abtheilung-Chefs“ bezeichnen die heutigen Staatssekretäre und Ministerialdirektoren.

⁵² Kugele, Politische Beamte, S. 110 m. w. N.

⁵³ Vgl. Art. 176 Abs. 1 Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.08.1919 (WRV), Reichsgesetzblatt 1919, S. 1383; Verordnung über die Vereidigung der öffentlichen Beamten vom 14.08.1919, Reichsgesetzblatt 1919, S. 1419.

⁵⁴ Vgl. auch Art. 130 Abs. 1 WRV: Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei.

⁵⁵ Thiele, DÖD 1986, 257 (259) mit weiteren Angaben.

⁵⁶ Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik vom 21.07.1922, Reichsgesetzblatt 1922 I, S. 590.

⁵⁷ Deutsches Beamtengesetz vom 26.01.1937 (DBG), Reichsgesetzblatt 1937 I, S. 39.

umsichtig zu fördern haben [...]“.⁵⁸ Unter der Bestimmung der betroffenen Ämter in § 44 DBG ist Abs. 1 Nr. 2 besonders hervorzuheben, wonach auch „sonstige Beamte des höheren Dienstes [...] bei solchen politischen Dienststellen, die der Führer und Reichskanzler ausdrücklich bestimmt“ jederzeit durch den Führer und Reichskanzler in den Wartestand⁵⁹ versetzt werden konnte. Jedoch ist davon auszugehen, dass unabhängig von den gesetzlichen Regelungen jede mit nationalsozialistischem Gedankengut unvereinbare politische Einstellung (mindestens) zur Versetzung in den Ruhestand führte.⁶⁰

c) Bundesrepublik

Mit der Gründung der Bundesrepublik wurde bis zur Entstehung des Bundesbeamtengesetzes im Jahr 1953⁶¹ das frühere Deutsche Beamtengesetz von 1937 in einer entnazifizierten Form wieder in Kraft gesetzt.⁶² Der Kreis der sog. politischen Beamten in § 44 Abs. 1 wurde zurückgeführt auf Staatssekretäre (und andere Vertreter der Minister), Ministerialdirektoren, Pressereferenten in den obersten Dienstbehörden, Ministerialdirigenten und sonstige Beamte im höheren Dienst im Bundespräsidialamt, im Bundeskanzleramt und im Auswärtigen Amt, Beamte des höheren Dienstes bei diplomatischen und konsularischen Vertretungen und Staatsanwälte.⁶³

⁵⁸ Thiele, DÖD 1986, 257 (259 Fn. 28) mit Verweis auf Heyland, Deutsches Beamtengesetz, 1938, S. 35.

⁵⁹ Während der in den einstweiligen Ruhestand versetzte Beamte bereits Ruhestandsbeamter war (vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 3 DBG), behielt der Wartestandsbeamte seinen aktiven Beamtenstatus (§ 46 Abs. 1 S. 1 DBG), zudem war die Zeit des Wartestandes ruhegehaltstfähig (§ 81 Abs. 1 S. 1 DBG).

⁶⁰ Vgl. auch Kugele, Politische Beamte, S. 111 m.w.N.; zudem § 71 Abs. 1 DBG: „Der Führer und Reichskanzler kann einen Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit auf einen von der obersten Dienstbehörde im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern gestellten Antrag in den Ruhestand versetzen, wenn der Beamte nicht mehr die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für den nationalsozialistischen Staat eintreten wird.“ Zudem war ein Entlassungsgrund, wenn sich herausstellte, dass der Beamte „oder sein Ehegatte nicht deutschen oder artverwandten Blutes ist, oder wenn er nach seiner Ernennung die Ehe mit einer Person nicht deutschen oder artverwandten Blutes ohne die [...] erforderliche Genehmigung geschlossen hat“ (§ 51 Abs. 1 DBG); soweit ohne Verschulden des Beamten angenommen wurde, dass er oder sein Ehegatte deutschen oder artverwandten Blutes sei, war der Beamte grundsätzlich in den Ruhestand zu versetzen (vgl. § 72 Abs. 1 DBG).

⁶¹ Bundesbeamtengesetz in der ursprünglichen Fassung vom 14.07.1953, BGBl. I S. 551.

⁶² Vgl. BGBl. 1950, S. 207 (279).

⁶³ BGBl. 1950, S. 279 (288) – Bekanntmachung der Bundesfassung des Deutschen Beamtengesetzes vom 30.06.1950; Kugele, Politische Beamte, S. 111 weist darauf hin, dass dies dem Stand des Disziplinargesetzes von 1852 entsprach.

Noch enger fasste § 36 Abs. 1 des BBG 1953 in seiner ursprünglichen Fassung die Ämter der sog. politischen Beamten. Erfasst wurden nur Staatssekretäre und Ministerialdirektoren, sonstige Beamte des höheren Dienstes im Auswärtigen Dienst mit Differenzierung nach Besoldungsgruppen, den Präsidenten und den Vizepräsidenten des Bundesamtes für Verfassungsschutz, den Bundespressechef und dessen Vertreter sowie Oberbundesanwälte.⁶⁴ Nach Abs. 2 der Vorschrift blieben davon weitere gesetzliche Vorschriften, nach denen Beamte in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden konnten, unberührt.

Aufgrund der uneinheitlichen Entwicklung des Beamtenrechts in den einzelnen Ländern kam es 1957 zudem zur Schaffung des Beamtenrechtsrahmengesetzes.⁶⁵ Dieses eröffnete in § 31 Abs. 1 auch den Ländern die Möglichkeit, eine Regelung darüber zu treffen, Inhaber bestimmter Beamtenpositionen jederzeit in den einstweiligen Ruhestand zu versetzen. Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, dass die Bestimmung der betroffenen Amtspositionen keinesfalls voraussetzungsfrei nach Belieben der Länder getroffen werden durfte. Bereits die Systematik des BRRG zeigte auf, dass § 31 als Sondervorschrift und somit als Ausnahme von den allgemeinen Ruhestandbestimmungen getroffen wurde, insbesondere zu § 25, der den Eintritt in den Ruhestand grundsätzlich vom Erreichen einer gesetzlich zu bestimmenden Altersgrenze abhängig machte. Ein Abweichen von diesen rahmenrechtlichen Grundsätzen war nur insoweit möglich, als hierzu eine ausdrückliche Ermächtigung des Bundesgesetzgebers bestand. Eine diesbezügliche Ermächtigung bestand jedoch nur unter Bindung an die Voraussetzungen, wie sie abstrakt in § 31 Abs. 1 S. 1 BRRG formuliert waren. Danach musste es sich um ein Amt handeln, bei dessen Ausübung der Beamte in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen muss. Soweit dieses Übereinstimmungserfordernis in Bezug auf das landesrechtlich zu bestimmende Amt nicht gegeben war, durfte auch eine „politische Ausgestaltung“ dieses Beamtenpostens durch den Landesgesetzgeber nicht erfolgen.⁶⁶

Im Zuge der (ersten) Föderalismusreform 2006⁶⁷ wurden auch die Gesetzgebungskompetenzen im Bereich des Beamtenrechts nicht unerheblich geändert.⁶⁸ Der mit dem Wegfall des Bundesrechtsrahmengesetzes aufgehobene

⁶⁴ BGBl. 1953 I, S. 551 (556).

⁶⁵ Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts vom 01.07.1957 (BRRG), BGBl. I S. 667.

⁶⁶ So auch *Lindner*, ZBR 2011, 150 (152).

⁶⁷ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl. I S. 2034.

⁶⁸ Vgl. hierzu *Günther*, Gesetzgebungskompetenzen für das Beamtenrecht, Kodifikationen des allgemeinen Beamtenrechts – Vom Kaiserreich bis zur Bundesrepublik nach der Föderalismusreform, ZBR 2010, 1 (14 ff.).

§ 31 BRRG wurde im Wesentlichen inhaltsgleich in § 30 des Beamtenstatusgesetzes⁶⁹ übernommen. Der landesgesetzgeberische Gestaltungsspielraum umfasste hierbei wie auch bzgl. der vorangegangenen Regelung grundsätzlich zwei Aspekte: Zum einen können die Landesbeamtengesetze bestimmen, dass es überhaupt das Institut des politischen Beamten auf Landesebene gibt. Ein Zwang zur Einführung dieses Instituts oder eine bundeseinheitliche, auch für alle Länder geltende Einführung des politischen Beamten erfolgte auch durch das BeamStG nicht.⁷⁰ Zum anderen können die Landesgesetze bestimmen, welche Ämter von der Regelung erfasst werden (Abs. 1 S. 2). Auch hierbei besteht jedoch eine Bindung an die abstrakten Voraussetzungen, wie sie in Abs. 1 S. 1 der Vorschrift formuliert sind: Es muss sich um ein Amt handeln, bei dessen Ausübung eine fortdauernde Übereinstimmung des Amtsträgers mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung erforderlich ist.

Bis zur Neuregelung des Dienstrechts des Bundes im Jahre 2009 hatte sich der Kreis der politischen Beamten in § 36 Abs. 1 BBG⁷¹ wieder erweitert. Erfasst wurden neben Staatssekretären und Ministerialdirektoren, sonstigen Beamten des höheren Dienstes im Auswärtigen Dienst mit Differenzierung nach Besoldungsgruppen und dem Chef des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung und dessen Stellvertreter nunmehr auch Botschafter in der Besoldungsgruppe A 16, Beamte des höheren Dienstes des Amtes für den Militärischen Abschirmdienst, des Bundesamtes für Verfassungsschutz und des Bundesnachrichtendienstes von der Besoldungsgruppe B 6 an aufwärts, der stellvertretende Sprecher der Bundesregierung, der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof und der Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht⁷², der Bundesbeauftragte für den Zivildienst, der Präsident des Bundeskriminalamtes sowie der Präsident des Bundespolizeipräsidiums. Zu-

⁶⁹ Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (BeamStG) vom 17.06.2008, BGBl. I S. 1010, zuletzt geändert durch Gesetz vom 05.02.2009, BGBl. I S. 160.

⁷⁰ So auch *Lindner*, ZBR 2011, 150 (152 f.) mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte; ausführlicher auch *Lindner*, BayVBl. 2012, 581 (582 f.). Einzig a.A. anscheinend *Steinbach*, VerwArch 2018, 2 (32 Fn. 151), der beim Bestehen eines solchen besonderen Übereinstimmungserfordernisses des Amtspostens keinen Gestaltungsspielraum der Länder hinsichtlich der Frage sieht, ob das Institut des politischen Beamten überhaupt zur Anwendung kommen soll.

⁷¹ In der Fassung vom 01.03.2008, BGBl. I S. 215.

⁷² Dieser wurde bereits 2001 im Zuge der Haushaltskonsolidierung als eigenständige Behörde aufgelöst, vgl. BGBl. 2001 I, S. 1509 (1531 – Art. 14), jedoch ohne entsprechende Änderung des BBG (vgl. S. 1527 f. – Art. 3). Nachfolgeeinrichtung ist der Vertreter des Bundesinteresses beim BVerwG (VBI), der als Organ der Rechtspflege das öffentliche Interesse des Bundes in Verfahren vor dem BVerwG vertritt, vgl. § 35 Abs. 1 VwGO.

dem waren zu diesem Zeitpunkt⁷³ bereits die Ämter des Direktors des Bundestages und des Direktors des Bundesrates durch § 176 Abs. 2 BBG zu dem Kreis der politischen Beamten erhoben worden, sodass auch diese Amtsträger, soweit sie Beamte auf Lebenszeit waren, jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden konnten.

Der nach der Neuregelung des Bundesdienstrechts mit Wirkung ab 12.02.2009 geltende § 54 Abs. 1 BBG erfasste die gleichen Ämter.⁷⁴ Erstmals wurde der Begriff des politischen Beamten ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen. Die Direktoren des Bundestages und des Bundesrates scheinen zunächst nicht mehr ausdrücklich erfasst. Der Grund ist darin zu sehen, dass beide Amtsstellen zwischenzeitlich zu denen eines Staatssekretärs ernannt wurden⁷⁵, wodurch die jeweiligen Amtsträger nunmehr ohnehin zu den politischen Beamten zählen. Zuvor war die jetzige Dienstpostenbezeichnung zugleich die statusrechtliche Amtsbezeichnung.⁷⁶

Der zu diesem Zeitpunkt geltende Bestand von Ämtern, die mit politischen Beamten besetzt werden, hat sich auf Bundesebene lediglich leicht verändert, so insbesondere im Hinblick auf die Aussetzung der Wehrpflicht und die Bundeswehrreform 2011/12⁷⁷ sowie die Neuorganisation der Zollverwaltung⁷⁸. Auf Landesebene bestehen sehr verschieden ausgestaltete Regelungen.

3. Einzelne Ämter politischer Beamter

Die als politische Beamte ausgestalteten Amtsposten finden sich differenziert nach Bundes- und Landesebene.

a) Auf Bundesebene

§ 54 Abs. 1 BBG (einstweiliger Ruhestand) in seiner heutigen Form⁷⁹ lautet:

⁷³ Soweit ersichtlich erfolgte die Einführung bereits im Jahr 1999, vgl. BGBl. I S. 675 (697).

⁷⁴ BGBl. 2009 I, S. 160 (173) mit Ausnahme des weggefallenen Amtes des Oberbundesanwaltes beim Bundesverwaltungsgericht, s. o.

⁷⁵ Bzgl. des Direktor des Bundestages vgl. die Beschlussempfehlung des Innenausschusses, BT-Drs. 16/10850, S. 237.

⁷⁶ Vgl. auch BGBl. 2013 I, S. 1514.

⁷⁷ BGBl. 2011 I, S. 687; BGBl. 2012 I, S. 1583 (1590 f.).

⁷⁸ Vgl. BGBl. 2015 I, S. 2178 (2180).

⁷⁹ Bundesbeamtengesetz vom 05.02.2009, BGBl. I S. 160, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.11.2019, BGBl. I S. 1626.

„(1) Die Bundespräsidentin oder der Bundespräsident kann jederzeit die nachfolgend genannten politischen Beamtinnen und politischen Beamten in den einstweiligen Ruhestand versetzen, wenn sie Beamtinnen auf Lebenszeit oder Beamte auf Lebenszeit sind:

1. Staatssekretärinnen und Staatssekretäre sowie Ministerialdirektorinnen und Ministerialdirektoren,
2. sonstige Beamtinnen und Beamte des höheren Dienstes im auswärtigen Dienst von der Besoldungsgruppe B 3 an aufwärts sowie Botschafterinnen und Botschafter in der Besoldungsgruppe A 16,
3. Beamtinnen und Beamte des höheren Dienstes des Militärischen Abschirmdienstes, des Bundesamtes für Verfassungsschutz und des Bundesnachrichtendienstes von der Besoldungsgruppe B 6 an aufwärts,
4. die Chefin oder den Chef des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, deren oder dessen Stellvertretung und die Stellvertretende Sprecherin oder den Stellvertretenden Sprecher der Bundesregierung,
5. die Generalbundesanwältin oder den Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof,
6. (weggefallen)
7. die Präsidentin oder den Präsidenten des Bundeskriminalamtes,
8. die Präsidentin oder den Präsidenten des Bundespolizeipräsidiums,
9. die Präsidentin oder den Präsidenten des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr,
10. die Präsidentin oder den Präsidenten des Bundesamtes für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr,
11. die Präsidentin oder den Präsidenten des Bundesamtes für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen der Bundeswehr und
12. die Präsidentin oder den Präsidenten der Generalzolldirektion.

(2) Gesetzliche Vorschriften, nach denen andere politische Beamtinnen und politische Beamte in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können, bleiben unberührt.“

Daneben können gem. § 50 Abs. 1 des Soldatengesetzes⁸⁰ auch Berufsoffiziere vom Brigadegeneral und den entsprechenden Dienstgraden an aufwärts⁸¹ jederzeit durch den Bundespräsidenten in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden. Dabei finden die auch für politische Beamte geltenden Regelungen des BBG bzgl. Beginn, Ende und erneuter Berufung entspre-

⁸⁰ Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (SG), Neufassung vom 30.05.2005, BGBl. I S. 1482; zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.11.2019, BGBl. I S. 1626.

⁸¹ Vgl. § 4 Abs. 3 SG i.V.m. § 1 der Anordnung des Bundespräsidenten über die Dienstgradbezeichnungen und die Uniform der Soldaten vom 14.07.1978, BGBl. I S. 1067.

chende Anwendung, vgl. Abs. 2 S. 1 der Vorschrift. Die entsprechenden Amtsträger werden auch als *politische Soldaten* bezeichnet. So findet sich auch in den Gesetzesmaterialien zum Soldatengesetz verschiedentlich der Hinweis, dass die Vorschrift derjenigen des § 36 BBG in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 1961⁸² nachgebildet ist, weil das „dem gleichen Gedanken entspricht, der dem § 36 des Bundesbeamtengesetzes für die sogenannten politischen Beamten zugrunde liegt“.⁸³

Erfasst man die sich aus der Personalübersicht des Bundeshaushaltsplans 2019 ergebenden Planstellen für die entsprechenden Besoldungsgruppen von politischen Beamten, so ergibt sich eine Zahl von rund 490 bei den obersten Bundesbehörden tätigen politischen Beamten.⁸⁴

b) Auf Landesebene

Auf Grundlage der bundesrechtlichen Ermächtigung in § 30 Abs. 1 S. 2 BeamStG haben die Länder in ihren Landesbeamtengesetzen (LBG) in unterschiedlicher Ausgestaltung Ämter bestimmt, die mit politischen Beamten besetzt werden:

Baden-Württemberg
§ 42 Abs. 1 LBG⁸⁵

- Staatssekretäre bei der Staatskanzlei und anderen obersten Landesbehörden, deren Geschäftsbereich der stellvertretende Ministerpräsident leitet
- Ministerialdirektoren
- Regierungspräsidenten

Berlin
§ 46 Abs. 1 LBG⁸⁶

- Staatssekretäre
- Leiter der Presse- und Informationsabteilung der Senatskanzlei

⁸² BGBl. 1961 I, S. 1801.

⁸³ Vgl. Begründung zum Entwurf des Soldatengesetzes, BT-Drs., 2. WP, Nr. 1700, S. 33, zu § 45 des Entwurfs und Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Verteidigung, BT-Drs., 2. WP, Nr. 2140 zu § 45 des Entwurfs.

⁸⁴ Vgl. das Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2019 (Haushaltsgesetz 2019), Übersichten Teil V, S. 67f. Zum Nachvollziehen: Abzüglich des Bundesrechnungshofes ergeben sich 36 Stellen der Besoldungsgruppe B 11 (Staatssekretäre), 2 Stellen der Besoldungsgruppe B 10 (Chef des Presse- und Informationsamtes und stellvertretender Sprecher der Bundesregierung), 170 Stellen der Besoldungsgruppe B 9 (Ministerialdirektoren abzgl. BVerfG und BRH) und im Auswärtigen Amt 90 Stellen der Besoldungsgruppe B 6 sowie 191 Stellen der Besoldungsgruppe B 3 (Botschafter). Die Anzahl Botschafter in der Besoldungsgruppe A 16 lässt sich dem Bundeshaushalt nicht isoliert entnehmen und wurde daher vernachlässigt. Leerstellen sind nicht erfasst.

⁸⁵ Landesbeamtengesetz vom 09.11.2010, GBl. 2010, S. 793.

⁸⁶ Landesbeamtengesetz vom 19.03.2009, GVBl. 2009, S. 70.

- Leiter der Protokoll- und Auslandsabteilung der Senatskanzlei
 - Generalsekretär der Ständigen Konferenz der Kultusminister
 - Polizeipräsident
- Brandenburg*
- § 105 Abs. 1 LBG⁸⁷
- Chef der Staatskanzlei
 - Staatssekretäre
 - Leiter der Abteilung für Verfassungsschutz in dem hierfür zuständigen Ministerium
 - Polizeipräsident
- Bremen*
- § 37 LBG und § 106 Abs. 2 S. 2 LBG⁸⁸
- Staatsrat
 - Sprecher des Senats
 - Direktor bei der Bürgerschaft
- Hamburg*
- § 37 LBG⁸⁹
- Staatsrat
 - Leiter der Pressestelle des Senats oder Stellvertreter
 - Polizeipräsident
- Hessen*
- § 7 LBG⁹⁰
- Staatssekretäre
 - Regierungspräsidenten
 - Leiter des Landesamts für Verfassungsschutz
 - Polizeipräsidenten
 - Landespolizeipräsident
- Mecklenburg-Vorpommern*
- § 37 LBG⁹¹
- Staatssekretär
 - Sprecher der Landesregierung
 - Leiter der Abteilung für Verfassungsschutz im Innenministerium
- Niedersachsen*
- § 39 S. 1 LBG⁹²
- Staatssekretäre
 - Sprecher der Landesregierung
 - Landesbeauftragter für regionale Landesentwicklung
 - Landespolizeipräsident
 - Verfassungsschutzpräsident
 - Polizeipräsidenten

⁸⁷ Beamtenengesetz für das Land Brandenburg vom 03.04.2009, GVBl. I/09, S. 26.

⁸⁸ Bremisches Beamtenengesetz vom 15.01.2010, BremGBI. 2010, S. 17.

⁸⁹ Hamburgisches Beamtenengesetz vom 15.12.2009, HmbGVBl. 2009, S. 405.

⁹⁰ Hessisches Beamtenengesetz vom 27.05.2013, GVBl. 2013, S. 218.

⁹¹ Beamtenengesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern vom 17.12.2009, GVBl. 2009, S. 687.

⁹² Niedersächsisches Beamtenengesetz vom 25.03.2009, GVBl. 2009, S. 72.

- Nordrhein-Westfalen*
- Chef der Staatskanzlei
- § 37 Abs. 1 LBG und
- Staatssekretäre
 - Regierungspräsidenten
 - Leiter der für den Verfassungsschutz zuständigen Abteilung
 - Regierungssprecher
 - Polizeipräsidenten
- § 106 Abs. 2 LBG⁹³
- Direktor des Landtages
- Rheinland-Pfalz*
- Staatssekretäre
- § 41 Abs. 1 LBG⁹⁴
- Ministerialdirektoren
 - Sprecher der Landesregierung sowie Beamte, die mit ihrer Zustimmung schriftlich zu Referenten für Presse- oder Öffentlichkeitsarbeit bei einer obersten Landesbehörde bestellt worden sind
 - Ständigen Vertreter des Bevollmächtigten des Landes beim Bund und für Europa
 - Präsident und Vizepräsident der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion
 - Präsidenten und Vizepräsidenten der Struktur- und Genehmigungsdirektionen
 - Leiter der Abteilung für Verfassungsschutz bei dem für den Verfassungsschutz zuständigen Ministerium
 - Beauftragte der Landesregierung für Migration und Integration
- Saarland*
- Staatssekretäre
- § 51 Abs. 1 LBG⁹⁵
- Bevollmächtigter beim Bund
 - Bevollmächtigter für Europaangelegenheiten
 - Bevollmächtigte für Innovation und Strategie
- Sachsen*
- Staatssekretäre
- § 57 LBG⁹⁶
- Präsident der Landesdirektion Sachsen
 - Regierungssprecher
 - Direktor beim Sächsischen Landtag

⁹³ Gesetz über die Beamtinnen und Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen vom 14.06.2016, GV. 2016, S. 310.

⁹⁴ Landesbeamtengesetz vom 20.10.2010, GVBl. 2010, S. 319.

⁹⁵ Saarländisches Beamtengesetz vom 11.03.2009, AmtsBl. 2009, S. 514.

⁹⁶ Sächsisches Beamtengesetz vom 18.12.2013, SächsGVBl. 2013, S. 970, 971.

Sachsen-Anhalt§ 41 LBG⁹⁷

- Staatssekretäre
- Präsident sowie Vizepräsident des Landesverwaltungsamtes
- Leiter des Presse- und Informationsamtes der Landesregierung
- Leiter der für den Verfassungsschutz zuständigen Abteilung im Ministerium des Innern

Schleswig-Holstein§ 37 LBG⁹⁸

- Staatssekretär
- Regierungssprecher der Landesregierung

Thüringen

§ 27 Abs. 1 LBG und

- Staatssekretäre
- Präsident des Landesverwaltungsamtes
- Präsident des Amtes für Verfassungsschutz
- Präsident der Landespolizeidirektion
- Beauftragte für die Gleichstellung von Frau und Mann beim Ministerium für Soziales, Familie und Gesundheit
- Ausländerbeauftragter beim Ministerium für Soziales, Familie und Gesundheit
- Regierungssprecher

§ 98 Abs. 2 LBG⁹⁹

- Direktor beim Landtag

4. Sonderweg Bayern

Eine besondere Situation stellt sich im Freistaat Bayern dar, in dem das Institut des politischen Beamten nicht vorgesehen ist und auch noch nie existiert hat, in dem aber offensichtlich auch ohne dieses Institut eine effektive Implementation der Regierungspolitik möglich ist. Zur Begründung wird teilweise auf das langfristig stabile politische Parteien- und Regierungssystem im Freistaat, dominiert durch die CSU, verwiesen.¹⁰⁰ Immerhin bedurfte es in Bayern aufgrund klarer Mehrheit über 40 Jahre lang keiner Regierungskoalition. Insbesondere mit der Regierungsbeteiligung der FDP im Jahr 2008, aber auch danach wurden Stimmen lauter für die Besetzung besonderer Führungsämter mit politisch Vertrauten.¹⁰¹

⁹⁷ Beamtengesetz des Landes Sachsen-Anhalt vom 15.12.2009, GVBl. 2009, S. 648.

⁹⁸ Landesbeamtengesetz vom 26.03.2009, GVBl. 2009, S. 93.

⁹⁹ Thüringer Beamtengesetz vom 12.08.2014, GVBl. 2014, S. 472.

¹⁰⁰ So z.B. Kugele, Politische Beamte, S. 111 Fn. 44.

¹⁰¹ Vgl. z.B. Bayerische Staatszeitung vom 29.04.2011: *Taschner*, Braucht Bayern politische Beamte? (abrufbar unter: <http://www.bayerische-staatszeitung.de/staatszei>)

Als gewichtiger Grund für die fehlende Notwendigkeit des politischen Beamten in Bayern kann die besondere Stellung der dortigen Staatssekretäre angeführt werden. Die bayerischen Staatssekretäre sind gem. Art. 43 Abs. 2 der Verfassung des Freistaates Bayern vollwertige Mitglieder der Staatsregierung und damit selbst Träger politischer Ämter. Sie stehen nicht wie in den anderen Ländern in einem Beamtenverhältnis, sondern wie die anderen Regierungsmitglieder in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis.¹⁰² Den Staatsministerien können so unter Berücksichtigung der zulässigen Höchstzahl der Regierungsmitglieder auch mehrere politische Staatssekretäre zugewiesen werden, die gem. Art. 51 Abs. 2 S. 1 der Verfassung des Freistaates Bayern an die Weisungen des zugewiesenen Staatsministers gebunden sind. Zugleich können sie durch bestimmte Organisationsstrukturen zu direkten Weisungen gegenüber den Ministerialdirektoren ermächtigt werden.¹⁰³

Zugleich bestehen für das Amt des politischen Staatssekretärs in Bayern keine ausdrücklichen persönlichen Anforderungen, sodass eine Besetzung dieser Positionen mit politisch Vertrauten möglich ist, denen zugetraut wird, dass sie die Regierungspolitik auch innerhalb des Staatsministeriums effektiv um- und durchsetzen. Sollte dieses Vertrauen nicht mehr gegeben sein, können die Staatssekretäre gem. Art. 45 Bay. Verfassung mit Zustimmung des Landtags vom Ministerpräsidenten als Regierungschef entlassen werden. Darüber hinaus äußert sich die politische Amtsausgestaltung und insbesondere die Regierungsmitgliedschaft auch darin, dass ein Regierungswechsel oder -rücktritt¹⁰⁴ zwangsweise zur Beendigung des Amtsverhältnisses und damit zum Ausscheiden des politischen Staatssekretärs führt.¹⁰⁵

Die hierarchische Stellung des politischen Staatssekretärs in Bayern zwischen Minister und Ministerialdirektor entspricht grundsätzlich derjenigen des verbeamteten Staatssekretärs im Bund und in den übrigen Ländern. Für eine Ruhestandsversetzung nach Regierungswechseln, wie sie oft bei politi-

tung/politik/detailansicht-politik/artikel/braucht-bayern-politische-beamte.html, Aufruf am 30.10.2018).

¹⁰² Art. 1 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Staatsregierung vom 04.12.1961 (BayRS 1102-1-F). Die Funktion des verbeamteten Leiters eines Ministeriums wird in Bayern durch die Ministerialdirektoren als Amtschefs wahrgenommen, denen die Ministerialdirigenten als Abteilungsleiter nachgeordnet sind.

¹⁰³ *Lindner*, Politische Beamte auch im Freistaat Bayern? BayVBl. 2012, 581 (585).

¹⁰⁴ Durch Rücktritt des Ministerpräsidenten, vgl. Art. 44 Abs. 3 S. 3 Bay. Verfassung.

¹⁰⁵ Art. 9 Abs. 1 und 5 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Staatsregierung; unbenommen bleibt dem politischen Staatssekretär auch der eigene Amtsrücktritt.

schen Beamten praktiziert wird¹⁰⁶, besteht angesichts des ohnehin automatischen Amtsausscheidens bei den politischen Staatssekretären in Bayern kein Bedürfnis. Durch ihr eigenes und zusätzliches politisches Gewicht in Regierung und im Ministerialapparat tragen sie wesentlich dazu bei, dass die politischen Vorgaben und Regierungsziele inhaltsnah und wirkungsvoll durch administrative Maßnahmen umgesetzt werden. Dabei nehmen sie insbesondere durch das eigene Stimmrecht als Regierungsmitglieder¹⁰⁷ eine bedeutend stärkere Position ein als die parlamentarischen Staatssekretäre des Bundes, die die Mitglieder der Bundesregierung, denen sie zugewiesen sind, bei der Erfüllung ihrer Regierungsaufgaben (lediglich) unterstützen sollen.¹⁰⁸ Das Amt des Staatssekretärs in Bayern kann in dieser Ausgestaltung daher als funktionsäquivalent zu dem eines politischen Beamten angesehen werden, was auch tragender Grund für die bisher nicht erfolgte Einführung des politischen Beamten im Freistaat sein dürfte.¹⁰⁹

Dass auch abseits der Staatssekretäre keine sonstigen Amtsposten als solche von politischen Beamten ausgekleidet sind, lässt sich neben dem historischen Begründungsansatz auch angesichts der vom Institut des politischen Beamten ausgehenden Rechtsbeeinträchtigungen und der noch folgenden Darstellungen der in vielen Fällen staatsrechtlich schlicht fehlenden Erforderlichkeit begründen.

II. Kommunale Wahlbeamte

Die zweite Untersuchungsgruppe betrifft die kommunalen Wahlbeamten. Unter diesen werden generell die in den Kommunalverfassungen der Länder vorgesehenen oder zugelassenen, mit leitenden Funktionen beauftragten, i. d. R. hauptamtlichen Beamten im staatsrechtlichen Sinne der Gemeinden und Gemeindeverbände verstanden, die von den zuständigen Vertretungskörperschaften oder im Falle einer direkten Wahl von den Bürgern für eine bestimmte Amtszeit gewählt werden.¹¹⁰

Eine Ausnahme soll nach vereinzelter, dogmatisch zweifelhafter Ansicht der ehrenamtliche Beigeordnete in Rheinland-Pfalz darstellen, vgl. § 51 Abs. 1 S. 2 GO RP, der infolge des ehrenamtlichen Charakters, der Verhältniswahl und der Gebundenheit an die Wahlperiode des Rates nicht zum Kreis

¹⁰⁶ Vgl. C. III. 1. a) (2).

¹⁰⁷ Art. 54 Bay. Verfassung.

¹⁰⁸ Vgl. § 1 Abs. 2 ParlStG.

¹⁰⁹ Siehe in diese Richtung insbesondere *Lindner*, BayVBl. 2012, 581 (586), der für die Einführung des politischen Beamten in Bayern bereits kein Zweckverwirklichungsbedürfnis sieht.

¹¹⁰ Vgl. *Smith/Bender*, Kommunale Wahlbeamte, § 1 S. 4.

der kommunalen Wahlbeamten zähle.¹¹¹ Der Anknüpfung an eine ehrenamtliche Ausübung folgend dürften auch die vereinzelt ehrenamtlich tätigen Bürgermeister kleinerer Gemeinden (vgl. § 51 Abs. 1 S. 1 GO RP, auch § 48 Abs. 1 S. 1 GO SH) nicht zu den kommunalen Wahlbeamten zählen. Das unter dem Begriff des kommunalen Wahlbeamten auch ehrenamtlich ausgeübte Ämter erfasst werden, zeigt jedoch bereits die Systematik der gesetzlichen Regelungen der Länder, vgl. beispielhaft § 24 Abs. 1 S. 1 LBesG RP, dessen Einschränkung des Anwendungsbereichs auf hauptamtliche kommunale Wahlbeamte nicht erforderlich wäre, würden die ehrenamtlichen von dem Begriff ohnehin nicht erfasst.¹¹²

Gleichwohl sind für den Untersuchungsgegenstand nur solche kommunalen Wahlämter von Interesse, die hauptamtlich in einem Beamtenverhältnis auf Zeit ausgeübt werden. Im Fokus steht die staatliche Aufgabenwahrnehmung durch Hoheitsträger, die im Gegensatz zur Ausübung öffentlicher Aufgaben durch bürgerschaftliches Engagement strengeren Anforderungen insbesondere im Hinblick auf die Besetzung dieser Amtsposten unterliegt.

1. Merkmale

Auch für diese besondere Beamtengruppe hat das BVerfG bereits früheren besondere Stellung herausgearbeitet. Sie beruht auf der „Grenzposition dieser Amtsträger zwischen Beamtenrecht und Kommunalrecht“¹¹³. Die kommunalen Wahlbeamten unterliegen von Verfassungs wegen sowohl dem Gemeinde- als auch dem Beamtenrecht, deren Regelungen das Wahlamt gleichermaßen bestimmen.¹¹⁴ So sind die kommunalen Wahlbeamten zwar in erster Linie Beamte, ihre Stellung in der Gemeinde wird jedoch vordergründig durch das Gemeindeverfassungsrecht bestimmt, welches damit notwendig auch ihr Dienstrecht beeinflusst. Diese Überschneidung von Kommunalverfassungsrecht und Beamtenrecht zeigt sich auch daran, dass die dienstrechtlichen und amtsbezogenen Regelungen teilweise in den Kommunalverfassungen, teilweise in den Landesbeamtengesetzen, aber auch teilweise in sonstigen oder zusätzlichen eigenständigen Gesetzen getroffen sind, was eine ganzheitliche Erfassung erschwert.

¹¹¹ So *Smith/Bender*, Kommunale Wahlbeamte, § 1 S. 4 in Fn. 21. Angesichts der Regelungen der §§ 53a Abs. 1 S. 1, 40 Abs. 3 GO RP erscheint von hier indes die Annahme einer Verhältniswahl nicht nachvollziehbar.

¹¹² S. auch Art. 1 Abs. 3 S. 1 Bay. KWBG; § 24 BesG SH oder § 2 Abs. 1 S. 1 Thür. KWBG.

¹¹³ BVerfGE 7, 155 (164f.).

¹¹⁴ So auch VerfGH RP NVwZ 2007, 1052 (2. LS).

Die rechtliche Sonderstellung der kommunalen Wahlbeamten im Vergleich zu anderen Beamtengruppen und vor allem den herkömmlichen Laufbahnbeamten lässt sich am besten verdeutlichen anhand der besonderen Merkmale, die diese Amtsgruppe in sich trägt.

a) Bestellung durch Wahl

Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die verfassungsrechtliche gewährleistete Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen gem. Art. 28 Abs. 2 GG, die für den Bereich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eine politische Selbstbestimmung ist, wird dabei durch das Demokratieprinzip ausgefüllt: In den Kreisen und Gemeinden muss das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist, Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG.

Konsequente Folge ist, dass auch die Vergabe des politischen Führungsamtes entsprechend demokratischer Prinzipien über das Instrument einer Wahl erfolgt. Dabei muss unterschieden werden zwischen direkt bzw. unmittelbar durch das Wahlvolk gewählten Beamten der 1. Leitungsebene und indirekt bzw. mittelbar gewählten kommunalen Beamten der 2. Leitungsebene.

Dass diese politische und damit weitestgehend freie Ämterwahl in Widerspruch steht zu der herkömmlichen Ämtervergabe im öffentlichen Dienst, die infolge einer behördlichen Verwaltungsentscheidung streng formalisiert sowie rechtlich gebunden erfolgt, ist offensichtlich.

b) Limitierte Amtszeit

In Abkehr zu dem Modell des Lebenszeitbeamten erfolgt die Wahl der kommunalen Wahlbeamten immer nur für eine begrenzte Zeit. Dies erscheint als Folge des oft wechselhaften politischen Meinungs- und Mehrheitsbildes, das sich sein Führungspersonal immer wieder neu aussuchen möchte. Insofern erscheint es dem Demokratieprinzip immanent, dass politische Führungsämter immer nur für eine begrenzte Amtszeit vergeben werden. Entsprechend werden die kommunalen Wahlbeamten statusrechtlich zu Beamten auf Zeit ernannt.¹¹⁵

¹¹⁵ Vgl. § 6 BeamStG und beispielhaft § 4 LBG NRW und § 7 LBG SH.

Die Länge der Amtszeit liegt dabei weitestgehend im Gestaltungsermessen des demokratischen Gesetzgebers. Sie ist zu verstehen als Kompromiss zwischen Lebenszeit- und Demokratieprinzip.¹¹⁶ Dabei steht bei den unmittelbar legitimierten kommunalen Wahlbeamten der 1. Leitungsebene, vornehmlich Bürgermeister und Landräte, eher das Demokratieprinzip und der Gedanke der kommunalen Selbstverwaltung mit wechselnden politischen Mehrheiten im Vordergrund, während bei den zumeist längeren Amtsperioden der Wahlbeamten der 2. Leitungsebene, hauptsächlich Beigeordnete, das staatliche Kontinuitäts- und Stabilitätsinteresse stärker bedacht ist, indem diese die Wahlperioden von Bürgermeister und oft auch Gemeinderat überdauern.

c) Vorzeitige Abwahlmöglichkeit

Unter Betonung des Demokratieprinzips und der politischen Selbstbestimmung der Kommune, vornehmlich der Entscheidung über die eigene politische Führung, liegt es nahe, die ohnehin bereits begrenzte Amtszeit der kommunalen Wahlbeamten bei Veränderungen der politischen Mehrheitsverhältnisse, aber auch bei anderweitig eingetretenem Vertrauensverlust des Wählers bzw. Wahlorgans in den Gewählten, vorzeitig enden zu lassen. Hierzu sehen die Kommunalverfassungen verschiedene Möglichkeiten vor.

Ausgehend von der Wahl der Bürgermeister und der meisten Landräte unmittelbar durch das Wahlvolk, liegt es auch an diesem, den Hauptverwaltungsbeamten wieder aus dem Amt zu entfernen. Entsprechend sehen die Gemeindeordnungen mit teils unterschiedlichen Voraussetzungen die vorzeitige Abwahlmöglichkeit des jeweiligen Hauptverwaltungsbeamten vor. Soweit, wie auf 2. Leitungsebene, die Ämtervergabe durch Wahl des kommunalen Vertretungsorgans (Gemeinderat bzw. Gemeindevertretung oder Kreisrat) erfolgt, ist es auch an diesem, die durch Wahl vermittelte Legitimation des kommunalen Wahlbeamten zu widerrufen.¹¹⁷ Mit ihrer Abwahl treten die Wahlbeamten in den einstweiligen Ruhestand.¹¹⁸

d) Laufbahnfreiheit

Beamte werden entsprechend ihrer unterschiedlichen Vorbildung in verschiedenen Laufbahnen eingeordnet. Eine Laufbahn umfasst alle Ämter, die

¹¹⁶ *Smith/Bender*, Kommunale Wahlbeamte, § 1 S. 17.

¹¹⁷ Zur Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität durch kommunalverfassungsrechtliche Abwahlregelungen, siehe VG Meiningen, Beschl. v. 24.07.2006 – 1 E 401/06.

¹¹⁸ Vgl. beispielhaft § 57d Abs. 3 GO SH, § 7 Abs. 5 LBG SH; auch §§ 118 Abs. 6 S. 1, 119 Abs. 3 S. 1 LBG NRW i. V.m. § 33 Abs. 3 BeamStG.

eine verwandte und gleichwertige Vorbildung und Ausbildung voraussetzen.¹¹⁹ Für die Zulassung zu den Laufbahnen werden die Bildungsgänge und ihre Abschlüsse den Laufbahnen unter Berücksichtigung der mit der Laufbahn verbundenen Anforderungen zugeordnet, § 17 Abs. 1 BBG. Auf Bundesebene gehören die Laufbahnen zu den Laufbahngruppen des einfachen, des mittleren, des gehobenen und des höheren Dienstes, vgl. zu den inhaltlichen Anforderungen § 17 Abs. 2 bis 5 BBG. Die Länder hingegen haben, auch soweit das Bundessystem nach der Föderalismusreform teilweise übernommen wurde, mittlerweile alle eine Reduzierung auf drei, überwiegend auf zwei Laufbahnen vorgenommen. Während im ersten Fall zumeist die Laufbahn des einfachen Dienstes entfallen ist,¹²⁰ bestehen bei zwei Laufbahnen innerhalb der Gruppen nach Maßgabe des Besoldungsrechts erste und zweite Einstiegsämter. Die Zugehörigkeit zur Laufbahngruppe richtet sich wie bisher nach der für die Laufbahn erforderlichen Vor- und Ausbildung: Zur Laufbahngruppe 2 gehören alle Laufbahnen, die einen Hochschulabschluss oder einen gleichwertigen Bildungsstand voraussetzen; zur Laufbahngruppe 1 gehören alle übrigen Laufbahnen. Innerhalb der Laufbahngruppen kann sodann abhängig von der Vor- und Ausbildung nach Einstiegsämtern unterschieden werden.¹²¹

Inhalt des Laufbahnprinzips ist so zumindest, dass für die Einstellung und das berufliche Fortkommen des Beamten Laufbahnen mit jeweils typisierten Mindestanforderungen bestehen.¹²² Das Laufbahnprinzip wie auch der Aufbau des Ämtergefüges sind Ausdruck des Leistungsprinzips und insofern eng mit diesem verknüpft.¹²³ Das BVerwG leitet aus dem Laufbahnprinzip entsprechend ab, dass ein Beamter aufgrund seiner Befähigung für eine bestimmte Laufbahn regelmäßig als geeignet angesehen werde jedenfalls diejenigen Dienstposten auszufüllen, die seinem Statusamt entsprechen oder dem nächsthöheren Statusamt zugeordnet sind, und dass grundsätzlich erwartet werden könne, dass der Beamte im Stande ist, sich in die Aufgaben dieser Dienstposten einzuarbeiten.¹²⁴

Für die Gruppe der kommunalen Wahlbeamten bestehen keine Laufbahnvorschriften,¹²⁵ vielmehr bekleiden sie laufbahnfremde Ämter. Eine besondere Qualifikation der Bewerber im Sinne einer Vorausbildung bzw. einer dem

¹¹⁹ Vgl. für die Bundesebene § 16 Abs. 1 BBG; für die Länder beispielhaft § 5 Abs. 1 S. 2 LBG NRW; § 13 Abs. 1 LBG SH.

¹²⁰ Vgl. z. B. § 9 Abs. 2 LBG Bbg.

¹²¹ Vgl. § 13 Abs. 3 LBG SH oder auch §§ 5 Abs. 2 und 6 LBG NRW.

¹²² BVerfG NVwZ 2003, 1370 (1372); NVwZ 2016, 682 (683).

¹²³ BVerfG NJW 1984, 915 (916).

¹²⁴ BVerwG NVwZ 2014, 75 (78).

¹²⁵ So ausdrücklich auch § 9 Abs. 2 LBG NRW.

Amt entsprechenden Erfahrung wird, abgesehen von den für die 2. Leitungsebene spärlich vorgesehenen Qualifikationsvoraussetzungen, nach denen zu-
meist zumindest ein Beigeordneter die Befähigung zum gehobenen bzw. hö-
heren Verwaltungsdienst oder die Befähigung zum Richteramt haben muss,
nicht verlangt. Vielmehr obliegt es dem Wahlbürger bzw. dem Wahlorgan die
Befähigung des Kandidaten zur Amtsführung einzuschätzen.¹²⁶

e) Herausgehobene Alimentation

In diesen Zusammenhang sind auch die herausgehobene Besoldung und
Versorgung der kommunalen Wahlbeamten zu stellen. Das Alimentsations-
prinzip verpflichtet den Dienstherrn, den Beamten und seine Familie lebens-
lang angemessen zu alimentieren und ihm nach seinem Dienstrang, nach der
mit seinem Amt verbundenen Verantwortung und nach der Bedeutung des
Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit entsprechend der Entwicklung der
allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemei-
nen Lebensstandards einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren.¹²⁷
Dabei werden die Hauptverwaltungsbeamten der Kommune in allen Flächen-
ländern anhand des Kriteriums Einwohnerzahl der Kommune zumeist in die
Besoldungsgruppen der Besoldungsordnung B eingruppiert. Die kommunal-
en Wahlbeamten erreichen so durch den Wahlakt oftmals sofort eine Besol-
dungsgruppe, die den meisten Laufbahnbeamten während ihres aktiven
Dienstes verwehrt bleibt.¹²⁸

Darüber hinaus ist auch die Versorgung nach dem aktiven Dienst unter
günstigeren Voraussetzungen zu erlangen, als dies für Lebenszeitbeamte der
Fall ist. Dies geschieht unter Bedacht der demokratisch bedingten Abwahl-
möglichkeit. Insofern erscheinen sowohl Besoldung als auch Versorgung der
kommunalen Wahlbeamten gegenüber den allgemeinen Beamten auf Lebens-
zeit herausgehoben, gleichwohl wird dieser Gewinn einer gut besoldeten
Führungsposition mit Gestaltungsmöglichkeit durch die Möglichkeit der
Abwahl und der ohnehin nur begrenzten Amtszeit wieder geschmälert.¹²⁹

¹²⁶ Vgl. hierzu auch *Brüning*, Eingruppierung kommunaler Wahlbeamter, S. 146:
„Legitimation vor Qualifikation“.

¹²⁷ BVerfG NJW 2015, 1935 (1936 f.) m. w. N.

¹²⁸ Vgl. beispielhaft § 23 LBesG NRW i. V. m. §§ 2 ff. EingrVO NRW; weiterfüh-
rend *Brüning*, Eingruppierung kommunaler Wahlbeamter, S. 25 ff.

¹²⁹ So *Jaeckel*, VerwArch. 2006, 220 (244).

f) *Kein Dienstvorgesetzter*

Eine weitere Besonderheit besteht in Hinblick auf den für zumindest den jeweiligen Hauptverwaltungsbeamten fehlenden Dienst-¹³⁰ bzw. Disziplinarvorgesetzten. Auch dies ist Folge der Stellung des Bürgermeisters bzw. Landrats zwischen mittelbarer Staatsverwaltung und kommunaler Selbstverwaltung. So stellt Smith entsprechend fest, dass zwar ein Beamter *ohne* Vorgesetzten schwer vorstellbar sei, zugleich sei jedoch ein Politiker *mit* Vorgesetztem schwer vorstellbar.¹³¹ Da jedoch infolge des beamtenrechtlichen Korsetts, das dem Dienstverhältnis der kommunalen Wahlbeamten die rechtliche Struktur gibt und seine Einbindung in die kommunale Verwaltung sicherstellt, insofern eine Instanz bestehen muss, die bestimmte dienstrechtliche Entscheidungen vornimmt, werden diese zumeist von der Aufsichtsbehörde getroffen.¹³²

Für die 2. Leitungsebene der Beigeordneten gilt zumindest dienstrechtlich die Unterstellung unter das Amt des Hauptverwaltungsbeamten, der insofern Dienstvorgesetzter ist.¹³³ Der Beigeordnete ist somit gegenüber dem Bürgermeister verantwortlich, der ihm insofern Weisungen bzgl. der Amtsführung erteilen kann. Zugleich unterliegt der Beigeordnete infolge der Wahl und der bestehenden Abwahlmöglichkeit durch das Vertretungsorgan neben seiner dienstlich-rechtlichen Bindung zum Bürgermeister einer politisch-faktischen Bindung an die Gemeindevertretung. Zu diesen, der jeweiligen Vertretung unterliegenden, dienstrechtlichen Entscheidungen gehören neben der Frage der Wiederwahl auch die Eingruppierung des Beigeordneten in eine Besoldungsgruppe sowie die Anerkennung von anrechnungsfähigen Vordienstzeiten.¹³⁴ Insofern besteht ein Spannungspotential zwischen faktischen Abhängigkeiten des Beigeordneten zum Vertretungsorgan und den rechtlichen Abhängigkeiten gegenüber dem Bürgermeister als Dienstvorgesetzten.

2. Geschichtliche Entwicklung

Für das hier zu untersuchende Interesse scheint es hinsichtlich der historischen Begründung der kommunalen Wahlämter ausreichend, auf die wesent-

¹³⁰ Siehe soweit ersichtlich einzig § 45 Abs. 5 S. 1 KVG LSA: „Die Vertretung ist Dienstvorgesetzte, höhere Dienstvorgesetzte und oberste Dienstbehörde des Hauptverwaltungsbeamten.“ Beachte hierzu auch die Begriffsbestimmungen in § 3 Abs. 3 und 4 LBG LSA.

¹³¹ *Smith/Bender*, Kommunale Wahlbeamte, § 1 S. 18.

¹³² Vgl. beispielhaft § 47 S. 2 LDG SH; § 79 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 LDG NRW.

¹³³ Vgl. beispielhaft §§ 50 Abs. 4 S. 1 und 55 Abs. 1 S. 3 GO SH; § 73 Abs. 2 GO NRW.

¹³⁴ Vgl. § 28 S. 1 Nr. 12 GO SH.

lichen Entwicklungsschritte der kommunalen Selbstverwaltung zu rekurrieren. Dabei soll erster Anknüpfungspunkt erst nach den ersten Entwicklungen einer genossenschaftlichen Selbstständigkeit in germanischen Dörfern und den Städten der Römerzeit und des Mittelalters, auf die im Zeitalter des Absolutismus insbesondere nach dem 30-jährigen Krieg ein weitestgehender Verlust dieser Selbstständigkeit zugunsten der Kurfürsten folgte¹³⁵, die am 19.11.1808 erlassene preußische Städte- und Gemeindeordnung¹³⁶ sein.

a) Stein'sche Städteordnung

Die durch eine Gruppe von Reformern um den Reichsfreiherrn vom und zum Stein¹³⁷ konzipierte und deshalb auch Stein'sche Städteordnung genannte Reform beruhte auf den in der Nassauer Denkschrift¹³⁸ niedergelegten Erwägungen einer umfassenden preußischen Staatsreform und wird überwiegend als Geburtsstunde der modernen kommunalen Selbstverwaltung angesehen, was wohl vor allem darauf zurückzuführen ist, dass sie erstmals an die Stelle der staatlichen Leitung das Instrument der staatlichen Aufsicht setzte.¹³⁹

Ausweislich ihrer Präambel bezweckte die Stein'sche Städteordnung die Neubelebung des bürgerschaftlichen Gedankens. Ihr Ziel war es, das bürgerliche Element enger mit dem Staate zu verbinden, den Gegensatz zwischen Obrigkeit und Untertan zu mildern und durch selbstverantwortliche Beteiligung der Bürgerschaft an der öffentlichen Verwaltung in der Kommunalebene den Gemeinsinn und das politische Interesse des Einzelnen neu zu beleben und zu kräftigen.¹⁴⁰ Stein sah ein dringendes Bedürfnis einer wirksamen Teilnahme der Bürgerschaft an der Verwaltung des Gemeinwesens. Die Entfaltung von Gemeingeist und Bürgersinn gehörte zur Revolutionsideologie, die maßgeblich durch die historischen Ereignisse in Frankreich gespeist wurden. Das dort erlassene Munizipalgesetz aus dem Jahr 1789 kodifizierte

¹³⁵ Zur vorigen Zeit, vgl. etwa *Gern/Brüning*, Kommunalrecht, Rn. 1 ff. m. w. N.

¹³⁶ Preuß. GS 1808, 324.

¹³⁷ Heinrich Friedrich Carl Freiherr vom und zum Stein (1757–1831).

¹³⁸ Abrufbar unter: https://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=4655&url_tabelle=tab_quelle, Aufruf am 10.12.2018.

¹³⁹ *Unruh* weist darauf hin, dass die Stein'sche Städteordnung nicht als „deus ex machina“ verstanden werden dürfe, der „ohne jede Vorbereitung und Vermittlung nach langer finsterner Nacht auftretend, plötzlich Heil und Segen spendet“, sondern als eine dem Zeitverständnis entsprechende Anpassung der kommunalen Verhältnisse an die sozialen und politischen Gegebenheiten und Anforderungen des sich als die Gesellschaft verstehenden Bürgertums, s. *Unruh*, in: Mann/Püttner, HdKWP Bd. 1, § 4 Fn. 5 m. w. N.

¹⁴⁰ S. auch BVerfGE 11, 266 (274).

erstmal den Gedanken, die Bürger nicht nur mit eigenen lokalen Angelegenheiten zu betrauen, sondern ihnen zur Wahrung des Prinzips der Einheit der Verwaltung auch andere staatliche Angelegenheiten zu übertragen. Auch in den süddeutschen Staaten erstarkten liberale Bewegungen, die jedoch in größerem Umfang von den dort traditionell stärkeren Ständen selbst beeinflusst wurden und der Gemeinde als Bestandteil der Gesellschaft eine gewisse „Freiheit vom Staat“ zu verschaffen versuchten.¹⁴¹

Diese Vorstellungen der Verankerung des Prinzips der Körperschaftlichen Selbstständigkeit der Städte, die als vom Staat unterschiedene Korporationen angesehen wurden, mit der gleichzeitigen Möglichkeit einer Übertragung staatlicher Aufgaben auf diese Sphäre, um die Staatsgewalt vor Ort abzusichern,¹⁴² gingen in Steins Erwägungen zur Städteordnung von 1808 ein. Mit der vorgesehenen Differenzierung zwischen eigenem und übertragenem Aufgabenkreis¹⁴³ bestand somit erstmals die Möglichkeit einer Selbstverwaltung¹⁴⁴, die den preußischen Städten das Recht verlieh, Angelegenheiten, insbesondere im Bereich der Verwaltung und des Budgetrechts, in eigener Verantwortung und eigenem Namen zu erledigen¹⁴⁵. Im Gegensatz zu vorigem Modus der staatlichen Weisungsgebundenheit geschah dies nunmehr nur noch unter staatlicher Aufsicht¹⁴⁶, was einen entscheidenden Freiheitsgewinn der Kommunen gegenüber der zentralstaatlichen Autorität bedeutete.¹⁴⁷

Die Stadt war nach dieser Konzeption eine Bürger- und keine Einwohnergemeinde, vollen Anteil an den Selbstverwaltungsaufgaben erhielt faktisch nur das Besitzbürgertum. Das Bürgerrecht war unter erleichterten Bedingun-

¹⁴¹ Vgl. *Seckelmann*, dms 2008, 267 (272); auch *Unruh*, in: Mann/Püttner, HdKWP Bd. 1, § 4 Rn. 2.

¹⁴² *Seckelmann*, dms 2008, 267 (272).

¹⁴³ Dualistisches Aufgabenmodell, vgl. *Gern/Brüning*, Kommunalrecht, Rn. 265.

¹⁴⁴ Auch wenn der Begriff in dieser Form erst wenig später in Art. 5 der Konstitutions-Ergänzungsakte der freien Stadt Frankfurt am Main von 1816 erstmals legislatorisch erwähnt wurde, vgl. die Nachweise in *Unruh*, in: Mann/Püttner, HdKWP Bd. 1, § 4 Fn. 8.

¹⁴⁵ Vgl. § 108 ff. der Preußischen Städteordnung.

¹⁴⁶ § 1 Preußische Städteordnung.

¹⁴⁷ *Hildebrandt* führt aus, dass Stein die kommunale Selbstverwaltung mitnichten als Keimzelle der Demokratie verstand; sie diene ihm vielmehr zur politischen Mobilisierung der Nation unter Rückgriff auf mittelalterliche Traditionen gegen die französische Fremdherrschaft. Als rationale Organisationseinheit im Gesamtgefüge der staatlichen Verwaltung sei die kommunale Selbstverwaltung des Reichsfreiherrn vom Stein ein Herrschaftselement, das zum machtpolitischen Wiederaufstieg des Königreichs Preußen in Europa beitragen und langfristig zur Herausbildung einer eigenständigen Herrschaftskultur der Beamtenschaft – der Bürokratie – beitragen sollte, vgl. die Ausführungen auf der Seite der bpb (abrufbar unter: <http://www.bpb.de/izpb/257298/geschichte-der-kommunalen-selbstverwaltung?p=all>, Aufruf am 07.12.2018).

gen zu erlangen, erforderlich war lediglich die häusliche Niederlassung in der Stadt und ein „unbescholtener Wandel“.¹⁴⁸ Das Wahlrecht sollte prinzipiell allen Bürgern männlichen Geschlechts zustehen, war jedoch an einen Zensus gebunden.¹⁴⁹ Die gewählten Stadtverordneten sollten in der Versammlung zwar nicht als Vertreter ihres Standes, sondern als Repräsentanten der gesamten Gemeinde auftreten, die nur ihrem Gewissen unterworfen waren; dass ihre Entscheidungen in der Realität weiterhin vielfach ständischen Interessen folgten, war angesichts der gesellschaftlichen Stellung der Stadtverordneten jedoch weitestgehend vorhersehbar.

Die Stadtverordnetenversammlung wählte einen Magistrat als Verwaltungsspitze, dessen Mitglieder nicht der Stadtverordnetenversammlung angehören durften und dem auch der Bürgermeister angehörte. Der Magistrat war als von der Stadtverordnetenversammlung abhängiges Vollzugsorgan konzipiert, das nicht Inhaber einer selbstständigen Exekutivgewalt war. Das galt auch für den Bürgermeister, der nicht als selbstständiges Stadtoberhaupt zu verstehen war, sondern dem zentralen Organ der städtischen Selbstverwaltung unterstellt war. In der Verfassungswirklichkeit handelte es sich daher auch bei der Stein'schen Städteordnung noch um ständisches Recht, was sich zumindest tatsächlich auch nach der Revidierten Städteordnung vom 17. März 1831¹⁵⁰ nicht ändern sollte.

b) Revidierte Städteordnung

Diese entsprang wohl keinem originären Reformwillen, sondern der Notwendigkeit einer Anpassung der preußischen Kommunalverfassung an veränderte territoriale und politische Voraussetzungen,¹⁵¹ jedoch wurde die Reform auch für einen Wandel von der alten Bürgergemeinde zur moderneren Einwohnergemeinde genutzt. Das Bürgerrecht wurde fortan allen Einwohnern der Stadt zugestanden, jedoch wurde der Zensus für die Ausübung des Wahlrechts gegenüber der vorigen Ordnung erhöht.¹⁵²

Gleichzeitig wurden die staatlichen Ingerenzrechte verstärkt, insbesondere wurde der Magistrat als gleichberechtigtes Organ neben der Stadtverordnetenversammlung aufgewertet und als weisungsgebundenes Organ in die

¹⁴⁸ §§ 14 ff., 17 S. 1 Preußische Städteordnung.

¹⁴⁹ § 74 Preußische Städteordnung.

¹⁵⁰ Preuß. GS 1831, Nr. 31, S. 10.

¹⁵¹ Vgl. die Ausführungen von *Burg*, Steinsche Städteordnung, auf dem Internet-Portal zur Westfälischen Geschichte (abrufbar unter: https://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/input_felder/langDatensatz_ebene4.php?urlID=721&url_tabelle=tab_websegmente, Aufruf am 07.12.2018).

¹⁵² Vgl. §§ 13 ff. der Revidierten Städteordnung.

staatliche Bürokratie eingebunden. Er wurde so zu einer Art zweiten Kammer aufgewertet: Die Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung konnten ohne eine Zustimmung des Magistrats nicht in Kraft treten,¹⁵³ was die Städtobrigkeit des Magistrats und Machtstellung der zentralstaatlichen Verwaltung insgesamt stärkte. In der Verfassungswirklichkeit der Revidierten Städteordnung wurden die innovativen Elemente der „freien“ Wahl, des freien Mandats und des freien Budgetrechts so durch einen starken und reaktionären Staat wieder beschränkt.

c) Städteordnung von 1856

Eine wirkliche Emanzipation der Gemeinde mit der zugleich politischen Führungsrolle eines kommunalen Wahlbeamten findet sich erst mit der Städteordnung von 1856¹⁵⁴, die auch die Kompetenzen des Bürgermeisters als entscheidende Schaltstelle für alle Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung wesentlich stärkte.

Der Bürgermeister und auch die kommunalen Beigeordneten wurden dabei von der Stadtverordnetenversammlung gewählt, wobei die Wahlzeit des Bürgermeisters und der besoldeten Beigeordneten in der Regel zwölf Jahre betrug, auf besonderen Beschluss konnte das Amt jedoch auch auf Lebenszeit übertragen werden. Das aktive und passive Wahlrecht für Männer für die Wahl der Stadtverordnetenversammlung hing vom Bürgerrecht ab. Das Bürgerrecht erhielt jeder Preuße ab 24 Jahren, der seit einem Jahr Einwohner war, keine Armenfürsorge aus öffentlichen Mitteln erhielt, die kommunalen Abgaben zahlte und entweder ein Wohnhaus im Stadtgebiet besaß oder einen Mindeststeuerbetrag leistete.

In der „Rheinischen Bürgermeisterverfassung“ wurde der Bürgermeister zum dominanten Organ der städtischen Verwaltung: Er trat an die Stelle des Magistrats in Preußen, war „Ortsobrigkeit“ und „Gemeindeverwaltungsbehörde“. Er leitete die Stadtverwaltung und die städtischen Betriebe einschließlich Finanzen und Vermögen. Dazu hatte er die Anweisungen der Staatsbehörden auszuführen und war die Ortspolizei nach dem Polizeiverwaltungsgesetz von 1850. Große Städte wurden in Ortsbezirke mit je einem Bezirksvorsteher als Organ des Bürgermeisters eingeteilt. Unter dem Bürgermeister leiteten Beigeordnete als Hilfsbeamte ihre zugewiesenen Dezernate. Der Bürgermeister konnte jederzeit in die Geschäftsbereiche der Beigeordneten eingreifen. Gegenüber der Stadtverordnetenversammlung war er berichts-

¹⁵³ §§ 114 ff. der Revidierten Städteordnung.

¹⁵⁴ Städteordnung für die Provinz Westfalen, Preuß. GS 1856, Nr. 020, S. 237. Siehe auch die Landgemeindeordnung für die Provinz Westfalen, Preuß. GS 1856, Nr. 021, S. 265.

pflichtig. Dort hatte er auch den Vorsitz mit Stimmrecht. Er besaß zudem das Recht, Beschlüsse der Stadtverordneten zu beanstanden.¹⁵⁵

d) Keimzellen der Demokratie

Die dargestellte Entwicklung verdeutlicht, warum die Kommunen als Keimzellen der Demokratie¹⁵⁶ gelten. So ist nach der neueren Deutung damit zunächst beschrieben, inwiefern sich der politische Wille aus der Mitte der Gesellschaft über Parteien und Wahlen in das Parlament manifestiert. Historisch kann die Aussage jedoch weiter gedeutet werden: So fanden die ersten Entwicklungen politischer Mitsprache und Mitbestimmung in kleineren Organisationseinheiten wie den Kommunen statt und erreichten erst viel später mit der Weimarer Republik die bundesstaatliche Ebene. Auch in dieser historischen Betrachtung können die Kommunen insofern als Ursprung und Quelle und somit Keimzellen der Demokratie begriffen werden.

Der weitere Verlauf der Geschichte kommunaler Selbstverwaltung über die Monarchie zu Weimar und den Nationalsozialismus hin zur Republik ist geprägt vom Tauziehen um die Bewahrung der politischen Unabhängigkeit der Kommune gegenüber der Einbindung in die staatliche Verwaltung mit unterschiedlichen Auswirkungen. Die heutige Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist als historische Errungenschaft in ihrer Grundsätzlichkeit und Beständigkeit unbestritten, Zuständigkeiten und Finanzierung der staatlichen Aufgabenerfüllung im Einzelnen bedürfen jedoch der ständigen Austarierung.

3. Primärer Ämterbestand

Zu dem der vorgenannten Definition und den Merkmalen entsprechenden Ämterbestand der Gruppe der kommunalen Wahlbeamten gehören vordergründig die bereits genannten Hauptverwaltungsbeamten der kommunalen Gebietskörperschaften, also primär die Bürgermeister der Gemeinden und Städte¹⁵⁷ sowie die Landräte in den Landkreisen¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Zum Ganzen: *Weiß*, Die Städteordnung für die Rheinprovinz von 1856, Ziffer 2.2 auf dem Internetportal Rheinische Geschichte (abrufbar unter: <http://www.rheinische-geschichte.lvr.de/Epochen-und-Themen/Themen/die-staedteordnung-fuer-die-rheinprovinz-von-1856/DE-2086/lido/57d12a0fa9d3c7.81052230#toc-0>, Aufruf am 22.01.2019).

¹⁵⁶ Vgl. auch BVerfG NVwZ 1989, 347 (349).

¹⁵⁷ In kreisfreien Städten zumeist Oberbürgermeister, vgl. beispielhaft § 40 Abs. 2 S. 3 GO NRW oder § 61 Abs. 2 GO SH.

¹⁵⁸ In Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein: Kreisen.

Darüber hinaus zählt zu dieser Gruppe die auch bereits genannte zweite Leitungsebene der kommunalen Verwaltungen, die auf Gemeindeebene regelmäßig¹⁵⁹ und teilweise auch auf Kreisebene¹⁶⁰ von Beigeordneten ausgeführt wird. Hierzu zählt insbesondere die Person, die zur allgemeinen Vertretung des jeweiligen Hauptverwaltungsbeamten berufen ist (allgemeiner Vertreter/Erster Beigeordneter).

Teilweise wird diese Funktion der 2. Leitungsebene in kleineren Gemeinden und auch auf Kreisebene, wie z. B. in Schleswig-Holstein, durch Ehrenbeamte ausgefüllt, vgl. dort § 48 Abs. 2 S. 1 KrO SH, oder wie in Nordrhein-Westfalen durch die Bestellung eines leitenden hauptamtlichen Beamten des Kreises, vgl. § 47 Abs. 1 S. 1 KrO NRW. In Nordrhein-Westfalen besteht gem. S. 2 der Vorschrift wiederum die Möglichkeit, durch Hauptsatzung vorzusehen, dass der allgemeine Vertreter des Landrats durch den Kreistag für die Dauer von acht Jahren gewählt wird. In diesem Fall zählt der sog. Kreisdirektor auch zu den kommunalen Wahlbeamten.

4. Landesrechtliche Sonderfälle

Neben diesem länderübergreifenden gemeinsamen Ämterbestand bestehen landesspezifische Besonderheiten, die sich insbesondere aus den gesetzlich eröffneten Möglichkeiten der kommunalen Zusammenschlüsse und der öffentlich-rechtlichen kommunalen Zusammenarbeit (i. w. S.) ergeben, soweit diese in Form einer eigenen Rechtspersönlichkeit wahrgenommen wird.

Zu nennen sind in diesem Zusammenhang zunächst die Ämter in Brandenburg, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich aus Gemeinden desselben Landkreises bestehen (vgl. § 133 Abs. 1 S. 1 Bbg. KVerf; § 125 Abs. 1 S. 1 KV MV; § 1 Abs. 1 AmtsO SH). Während in Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein nach ehrenamtlich und hauptamtlich verwalteten Ämtern unterschieden wird (ohne bzw. mit eigener Verwaltung, in Mecklenburg-Vorpommern zusätzlich min. 15.000 Einwohner), und nur der Amtsvorsteher bzw. (in Schleswig-Holstein sodann) Amtsdirektor von hauptamtlich verwalteten Ämtern, sofern die Hauptsatzung dies vorsieht, zum Beamten auf Zeit ernannt wird (vgl. § 137 Abs. 5 i. V. m. § 40 Abs. 5 S. 6 KV MV; § 15b Abs. 5 S. 1 AmtsO SH) und damit zur Gruppe der hier zu behandelnden kommunalen Wahlbeamten gehört, gilt dies für den brandenburgischen Amtsdirektor ausnahmslos (vgl. § 138 Abs. 1 S. 3 Bbg. KVerf.).

¹⁵⁹ In Schleswig-Holstein sog. Stadträte und nur in Städten über 20.000 Einwohner, vgl. §§ 66 f. GO SH.

¹⁶⁰ Vgl. z. B. § 47 ff. LKrO RP.

Auch für Zweckverbände besteht zumeist nach Regelung in der Verbandsatzung die Möglichkeit der Wahl eines hauptamtlichen Verbandsvorstehers, wenn dies nach Art und Umfang der wahrzunehmenden Aufgaben zweckmäßig ist, der sodann zum Beamten auf Zeit ernannt wird (vgl. beispielhaft § 160 Abs. 2 i. V. m. § 40 Abs. 5 KV MV).¹⁶¹ Dieser zählt entsprechend zu den kommunalen Wahlbeamten.

In Sachsen besteht gemäß den Vorschriften des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit die Möglichkeit der Bildung eines Verwaltungsverbandes, dessen Verbandsvorsitzender als hauptamtlicher Beamter auf Zeit für sieben Jahre gewählt wird, vgl. § 20 Abs. 1 Sächs. KomZG. Dieser ist sodann kommunaler Wahlbeamter.

Der Regionalverband Saarbrücken ist ein mit Selbstverwaltungsrecht ausgestatteter Gemeindeverband und Gebietskörperschaft. Dessen Regionalverbandsdirektor wird von den Bürgern der regionalverbandsangehörigen Gemeinden gleichzeitig mit der Regionalversammlung gewählt und ist zum Beamten auf Zeit zu ernennen, § 212 Abs. 1 Saarl. KSVG.

Der Verbandsdirektor und die (bis zu zwei) hauptamtlichen Beigeordneten des Regionalverbandes Frankfurt/Rhein-Main werden von der Verbandskammer als Beamtinnen oder Beamte auf Zeit gewählt, vgl. § 14 Abs. 3 S. 1 MetropolG, und sind folglich (wie auch der eindeutige Wortlaut des über den Verweis in § 14 Abs. 5 MetropolG entsprechend zur Anwendung kommenden § 40 Abs. 1 Hess. GO belegt) Wahlbeamte.

Auch der Verbandsdirektor des niedersächsischen Regionalverbandes Großraum Braunschweig sowie nach Regelung in der Hauptsatzung dessen allgemeiner Vertreter sind nach erfolgreicher Wahl in ein Beamtenverhältnis auf Zeit zu berufen, vgl. § 7 S. 1 f. Gesetz über den Regionalverband „Großraum Braunschweig“.

Für die dienstrechtliche Stellung der Ämter des Regionaldirektors sowie der Beigeordneten des Regionalverbandes Ruhr, deren Zahl durch Satzung festgelegt wird und die für die Dauer von acht Jahren gewählt werden, gelten gem. § 16 Abs. 1 S. 2 RVRG die beamtenrechtlichen Vorschriften, weshalb i. S. d. 119 LBG NRW davon auszugehen ist, dass diese kommunale Wahlbeamte sind.

Die Landschaftsverbände Westfalen-Lippe und Rheinland in Nordrhein-Westfalen bestehen auf Grundlage der LVerBO NRW. Diese sieht in § 20

¹⁶¹ In Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein besteht zwar auch die Möglichkeit eines hauptamtlich tätigen Verbandsvorstehers, wenn dies nach Art und Umfang der wahrzunehmenden Aufgaben zweckmäßig ist, dieser wird jedoch ausweislich des Gesetzeswortlauts nach öffentlicher Ausschreibung der Stelle „bestellt“ (§ 17 Abs. 1 S. 5 GkG NRW; § 13 Abs. 1 S. 2 GkZ SH) und ist somit kein *Wahl*beamter.

Abs. 2 S. 1 vor, dass sowohl der Direktor des Landschaftsverbandes als auch die sog. Landesräte (als 2. Leitungsebene) für die Dauer von acht Jahren gewählt werden. Entsprechend zählen auch sie zu den „übrigen kommunalen Wahlbeamten“ i. S. d. § 119 LBG NRW.

Soweit in vorgenannter Aufzählung die Ämter der zweiten Leitungsebene des jeweiligen kommunalen Zusammenschlusses nicht ausdrücklich als kommunale Wahlämter benannt sind, sind die Amtsträger für die Dauer der Wahrnehmung statusrechtlich keine Beamten auf Zeit, sondern Ehrenbeamte¹⁶², und für das hier vorliegende Untersuchungsinteresse nicht weiter von Belang.

III. Richter an obersten Bundesgerichten

Die schließlich als drittes zu betrachtende Gruppe betrifft die Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes.

Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut, Art. 92 S. 1 GG. Im Unterschied zu den bisher benannten Untersuchungsgruppen ist die Gruppe der Richter an obersten Gerichten des Bundes als Teil der eigenständigen Judikativgewalt hervorzuheben. Es besteht insofern keine funktionale Nähe zum politischen Bereich wie bei den politischen Beamten, auch steht keine Selbstverwaltungseinheit mit begrenzt politischer Gestaltungsmacht im Raum. Aufgrund der strukturell anderen Ausrichtung dieser Untersuchungsgruppe erfolgt die Betrachtung anhand eines abweichenden Musters.

1. Besonderer Berufsmodus

Unter dem Begriff des Richters wird allgemein eine Person verstanden, die, in bestimmten Formen als Berufsrichter oder ehrenamtlicher Richter in ihr Amt berufen, unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (vgl. § 25 DRiG) die rechtsprechende Gewalt ausübt. Im hier vorliegenden Zusammenhang sind nur die Berufsrichter von Interesse und unter diesen insbesondere nur die Richter der obersten Bundesgerichtshöfe, vgl. Art. 95 Abs. 1 GG. Die Richter sind entsprechend den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG grundsätzlich zu Beamten auf Lebenszeit zu berufen, vgl. auch § 10 DRiG.

Der Unterschied der Auswahl der obersten Bundesrichter zu der Auswahl sonstiger Bewerber auf Eingangs- bzw. Beförderungstellen des Richteramtes unterhalb der obersten Bundesgerichte und das daher rührende besondere Begutachtungsinteresse dieser Stellen besteht in der Regelung des Art. 95

¹⁶² Vgl. §§ 6 Abs. 5, 133 BBG; § 5 BeamtStG.

Abs. 2 GG. Während für die sonstigen Richter eine exekutive Auswahlentscheidung mit strenger Orientierung an den Grundsätzen der Bestenauslese erfolgt, schreibt Art. 95 Abs. 2 GG für die Auswahl von Richtern für oberste Bundesgerichte ein besonderes Entscheidungsverfahren mit kondominaler Struktur vor: Über die Berufung der Richter dieser Gerichte entscheidet der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss, der aus den für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Ministern der Länder (§ 3 Abs. 1 RiWG) und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern besteht, die vom Bundestage nach den Regeln der Verhältniswahl gewählt werden (§ 5 Abs. 1 RiWG). Letztere müssen zum Bundestag wählbar und im Rechtsleben erfahren sein, § 4 Abs. 1 RiWG. Jeder neu gewählte Bundestag nimmt eine Neuwahl der 16 Mitglieder kraft Wahl vor, § 5 Abs. 5 RiWG. Zuständiger Bundesminister für die Berufung der Richter zum BAG und BSG ist der Bundesminister für Arbeit und Soziales (vgl. § 42 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 38 Abs. 2 S. 4 SGG), im Übrigen der Bundesminister der Justiz (vgl. § 125 Abs. 1 GVG, ggf. i. V. m. § 173 S. 1 VwGO),^{162a} wobei diese Zuständigkeiten zumindest verfassungsrechtlich nicht vorgegeben sind. Vielmehr entspricht dies den Festlegungen der Geschäftsbereiche der einzelnen Bundesminister durch den Bundeskanzler gem. § 9 S. 1 GOBReg, der insofern bestimmt, zu welchem Ministerressort der Etat der jeweiligen Gerichtsbarkeit und auch die Dienstaufsicht gehört.

Das Richterwahlverfahren lässt sich dabei grob in drei Phasen unterteilen: Zunächst die Vorbereitung der Wahlhandlung unter besonderer Berücksichtigung des Vorschlagsrechts für Kandidaten, sodann das Wahlverfahren durch die Mitglieder des Richterwahlausschusses, an das sich die Zustimmung des zuständigen Bundesministers anschließt sowie schließlich die endgültige Ernennung der Kandidaten durch den Bundespräsidenten. Während sich die Befugnisse und Zuständigkeiten des Bundespräsidenten in diesem Zusammenhang bereits primär aus der verfassungsrechtlichen Norm des Art. 60 Abs. 1 GG ergeben, werden die für die anderen Abschnitte wesentlichen Regelungen entsprechend dem Regelungsvorbehalt des Art. 95 Abs. 3 S. 2 GG im Richterwahlgesetz (RiWG) getroffen.

Dabei fällt vorab auf, dass sich das RiWG auf allgemein gehaltene Vorschriften beschränkt, die der Auslegung erheblichen Spielraum lassen. Auch eine Geschäftsordnung des Richterwahlausschusses sucht man vergeblich. Spezielle Rechtsprechung zum Richterwahlverfahren besteht nur vereinzelt. Die Intransparenz des Richterwahlverfahrens rührt auch daher, dass weder Außenstehende noch Verfahrensbeteiligte Zugang zu den Sitzungen des Ausschusses oder den vollständigen Akten haben.¹⁶³ Es wird zwar bestätigt, dass

^{162a} In der Finanzgerichtsordnung fehlt eine entsprechende Zuweisung.

¹⁶³ *Tschentscher*, Legitimation, S. 333 f.

sich im Laufe der Jahre eine feststehende Praxis herausgebildet habe, über diese dringe jedoch aufgrund des kleinen Kreises der handelnden Personen und der diesen obliegenden Verschwiegenheitspflicht nur wenig nach außen.¹⁶⁴

2. Vorbereitung der Wahl

Die Vorbereitungsphase der Wahl lässt sich unterteilen in zunächst die Erstellung der Landeslisten zur Ausübung des Kandidatenvorschlagsrechts, sodann die Berichterstattung im Ausschuss sowie schließlich die Prüfung der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen der Bewerber durch die Ausschussmitglieder.

a) Vorschlagsrecht

Der erste Verfahrensabschnitt bei der Berufung der Bundesrichter besteht in der Suche nach potentiell geeigneten Kandidaten für die zu besetzenden Richterstellen. Dies geschieht über Vorschlagslisten, die für jede Gerichtsbarkeit einzeln geführt werden. Bereits dieser erste Verfahrensschritt stellt nicht zuletzt aufgrund der Fülle und Bedeutung der in ihm vorhandenen Vorgänge einen der bedeutendsten Abschnitte dar. Zugleich ist die Vorbereitung der Wahlhandlung bereits eine entscheidende Verengung des Ämterzugangs in diesem Bereich, denn gem. § 10 Abs. 1 S. 1 RiWG können nur die Mitglieder des Richterwahlausschusses und der zuständige Bundesminister des jeweiligen Gerichtszweigs vorschlagen, wer zum Bundesrichter zu berufen ist. In dieser Vorbereitungsphase wird demnach bereits entschieden, wer überhaupt Zugang zum Auswahlverfahren bekommt. Damit unterscheidet sich dieses Verfahren bereits wesentlich von der Einbeziehung von Kandidaten in herkömmlichen Stellenbesetzungsverfahren, in denen die Bewerbung auf eine ausgeschriebene Stelle regelmäßig, wenn nicht ausschließlich, durch Eigeninitiative erfolgt.¹⁶⁵ Gleichwohl in das Richterwahlverfahren eingebrachte Eigenbewerbungen sind nicht Gegenstand der Entscheidung des Ausschusses gem. § 12 Abs. 1 RiWG und demnach unbeachtlich.¹⁶⁶

¹⁶⁴ So *Staats*, RiWG, Einleitung Rn. 9.

¹⁶⁵ Vgl. die grundsätzliche Ausschreibungspflicht für Richterstellen aus § 46 DRiG i. V. m. § 8 Abs. 1 S. 1 BBG und die geregelte Ausnahme gem. § 8 Abs. 1 S. 3 BBG für die Richterstellen an den obersten Gerichtshöfen des Bundes durch eine Regelung des Bundespersonalausschusses vom 11.2.1954, GMBI. I S. 101.

¹⁶⁶ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, RiWG, § 10 Rn. 7. Aufgrund dieses Umstandes vermag auch die von der Bundesregierung vertretene Ansicht, dass die Information über freie Bundesrichterstellen, den Kreis der Vorschlagsberechtigten und die Zusammensetzung des Richterwahlausschusses „regelmäßig und zeitnah zum Start des Verfahrens“

Über den tatsächlichen Ablauf des Verfahrens dringen nur wenige Tatsachen nach außen, was auch bereits einen der Hauptkritikpunkte an dem richterlichen Auswahlverfahren darstellt.¹⁶⁷ Die wenigen Berichte aus der Praxis legen nahe, dass die gewählten Mitglieder des Ausschusses ihr Vorschlagsrecht wohl zurückhaltend wahrnehmen, überwiegend werden die Vorschläge aus den jeweiligen Landesministerien eingebracht.¹⁶⁸ Dabei werden regelmäßig Kandidaten aus dem Kreis der jeweiligen Landesrichterschaft vorgeschlagen, dies ist aber nicht zwingend. Es besteht auch keine Verpflichtung der Landesminister überhaupt Bewerber aus dem jeweiligen Land vorzuschlagen.¹⁶⁹ Angesichts des hierdurch angestrebten Zwecks der Repräsentation des föderalen Elements des Richterwahlausschusses (vgl. auch Art. 36 Abs. 1 S. 1 GG¹⁷⁰) erscheinen Vorschläge aus jedem Bundesland jedoch zweckmäßig. Je nach Bundesland erfolgt dabei in unterschiedlicher Ausgestaltung und je nach Zuständigkeit in Richterpersonalsachen eine Beteiligung der Landesgerichtspräsidenten der jeweiligen 2. Instanz bzw. des Finanzgerichts. Eine Beteiligung von Richtervertretungen und Gleichstellungsbeauftragten ist grundsätzlich nicht vorgesehen. Nach welchen Kriterien die Entscheidung über das Aufstellen von potentiellen Kandidaten in den Landeslisten verläuft, ist weitestgehend ungeregelt.

Im Ausschuss werden die so gefundenen Kandidaten sodann vom jeweiligen Landesminister vorgeschlagen. Dabei kann ein Kandidatenvorschlag grundsätzlich in jeder Phase des Verfahrens, auch während einer laufenden Ausschusssitzung erfolgen.¹⁷¹ Ein einmal gemachter Vorschlag kann zu jeder Phase des Verfahrens wieder zurückgezogen werden.¹⁷²

durch Pressemitteilung bekannt gemacht wird, den Verfahrensmangel nicht zu beseitigen, vgl. BT-Drs. 19/2931, S. 2.

¹⁶⁷ So z.B. *Bowitz*, DÖV 2016, 638 (639) oder auch *Schübel*, NJW 2014, 1355 (1355), die ein „politisch nicht ungewollte[s] Dunkel“ bemängelt.

¹⁶⁸ So *Schübel*, NJW 2014, 1355 (1357); s. auch die Befragungen bei *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 317.

¹⁶⁹ *Schmidt-Räntsch*, RiWG, § 10 Rn. 2.

¹⁷⁰ Zur Anwendbarkeit der Norm auf oberste Bundesgerichte, s. *Hömig/Wolff*, GG, Art. 36 Rn. 3; auch VG Schleswig NJW 2002, 2657 (2659 f.); kritisch zur Zweckmäßigkeit und Einordnung des Kriteriums *Hellermann/Sievers*, JuS 2002, 998 (1004); befürwortende und ablehnende Stimmnachweise bei *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 310 Fn. 58 und 61, der im praktischen Ergebnis eine angemessene Berücksichtigung der Bundesländer als eines der zentralen Kriterien des Richterwahlausschusses benennt (S. 338).

¹⁷¹ *Staats*, RiWG, § 10 Rn. 6.

¹⁷² Zu etwaigen Rechten des zurückgestellten bzw. zurückgezogenen Kandidaten, vgl. *Staats*, RiWG, § 10 Rn. 7; auch OVG Schleswig NJW 2001, 3495 (3499).

b) Berichterstattung

Der Richterwahlausschuss bestellt zur Vorbereitung der Entscheidung gem. § 10 Abs. 3 RiWG zwei seiner Mitglieder als Berichterstatter. Regelmäßig ist dies ein Mitglied des Bundestages und eine Person aus dem jeweiligen Landesministerium, dessen unterstellter Gerichtsbarkeit der vorgeschlagene Richter angehört.¹⁷³ Die Bestellung der Berichterstatter kann in wirksamer Weise auch dadurch erfolgen, dass die Bundesjustizministerin diese mit konkludenter Billigung der Mitglieder des Richterwahlausschusses bestimmt.¹⁷⁴ Für jeden vorgeschlagenen Kandidaten legt der zuständige Bundesminister sodann dem Richterwahlausschuss dessen Personalakten gem. § 10 Abs. 2 RiWG vor. Aufgrund der impraktikablen Handhabung infolge der umfangreichen Akten ist es dauernde Übung der Richterwahlausschüsse in der jeweiligen Zusammensetzung, dass der Richterwahlausschuss auf die Vorlage der Personalakten verzichtet und diese sodann zur Einsichtnahme beim zuständigen Bundesminister bereitgehalten werden.¹⁷⁵

Die Personalakten umfassen zu diesem Zweck grundsätzlich neben den gewöhnlichen persönlichen Daten und solchen zum beruflichen und wissenschaftlichen Werdegang vor allem auch alle bisherigen fachlichen und dienstlichen Beurteilungen sowie eine zu diesem Zweck gefertigte (vgl. § 57 Abs. 1 DRiG), jedoch fakultative (vgl. § 57 Abs. 3 Var. 2 DRiG; beachte aber zugleich § 56 Abs. 1 DRiG) Stellungnahme des Präsidialrates des jeweiligen obersten Bundesgerichtes, an dem die Stelle besetzt werden soll.¹⁷⁶ Die ständige Übung des Richterwahlausschusses, wonach über jeden Kandidaten zunächst lediglich anlässlich seines erstmaligen Vorschlags eine Stellungnahme des Präsidialrats herbeigeführt wird und für den Fall, dass er nicht gewählt wird und künftig erneut zur Wahl ansteht, erst nach drei Jahren eine neue Stellungnahme eingeholt wird, ist nach Ansicht des VG Schleswig rechtlich nicht zu beanstanden.¹⁷⁷

Das Verfahren an dem jeweiligen Bundesgericht, das der Stellungnahme des Präsidialrats zugrunde liegt, wird von den Gerichten jeweils unterschiedlich gehandhabt. Einheitlich nehmen alle Bundesgerichte Einsicht in die Bewerbungsunterlagen und die Personal- und Befähigungsnachweise des Bewerbers, sie fordern Arbeitsproben an und nehmen Einblick in die Personal-

¹⁷³ Schübel, NJW 2014, 1355 (1356).

¹⁷⁴ VG Schleswig NJW 2002, 2657 – 2. LS.

¹⁷⁵ So *Staats*, RiWG, § 10 Rn. 10.

¹⁷⁶ *Schmidt-Räntsch*, RiWG, § 11 Rn. 18 spricht insofern jedoch von einem sog. BEW-Heft, das einen in der Sache auf die relevanten Informationen beschränkten Auszug aus der Personalakte darstelle.

¹⁷⁷ NJW 2002, 2657 – 5. LS.

akten (mit Zustimmung des jeweiligen Bewerbers, vgl. § 56 Abs. 1 S. 3 DRiG), sie holen Auskünfte über den persönlichen und dienstlichen Werdegang des Kandidaten ein und kennen über die Veröffentlichungslisten die jeweils publizierten wissenschaftlichen Arbeiten. Abweichend voneinander genügt sich z.B. der BFH zumeist mit einer Vorstellung des jeweiligen Kandidaten bei seinem Präsidialrat, während z.B. beim BGH Gespräche mit der Hausleitung und den berichterstattenden Richtern sowie eine fachliche Befragung vor dem Präsidialrat erfolgen. BGH und BVerwG fordern jeweils sechs Arbeitsproben an, von denen drei von den Kandidaten frei ausgewählt werden können, i.Ü. werden die ersten drei verkündeten Urteile aus dem der Richterwahl vorangegangenen Jahr angefordert.¹⁷⁸ Eine umfassende Ermittlung ist dem Präsidialrat auf Grundlage des § 56 Abs. 1 S. 2 und 3 DRiG jedoch verwehrt.¹⁷⁹ Insofern können die präsidialen Voten auch sehr knapp ausfallen; ggf. bleiben sie auch ganz aus, werden die Voten nicht innerhalb der Monatsfrist vorgelegt, vgl. § 57 Abs. 3 Var. 2 DRiG. Die begründete Stellungnahme des Präsidialrates ist gem. § 56 Abs. 1 S. 3 DRiG zu den Personalakten des Bewerbers zu nehmen, sodass sie gem. § 46 DRiG i. V.m. § 110 BBG vom Einsichtsrecht in die Personalakten umfasst ist.

Die Kriterien, die der jeweilige Präsidialrat seiner Entscheidung zugrunde legt, werden nicht offenbart. Weder existieren Anforderungsprofile für die einzelnen Bundesgerichte noch ein gemeinsames Grundprofil für die Tätigkeit an einem obersten Bundesgericht.¹⁸⁰ Auch hier erfolgt keine Beteiligung von Gleichstellungsbeauftragten. Der jeweilige Präsidialrat gibt in seiner schriftlich begründeten Stellungnahme eine Beurteilung des Kandidaten hinsichtlich seiner persönlichen und fachlichen Eignung als oberster Bundesrichter ab (vgl. § 57 Abs. 1 S. 1 DRiG), die bislang vier Stufen von „besonders geeignet“, „gut geeignet“, „geeignet“ bis „nicht geeignet“ umfasste, im Jahr 2016 jedoch einheitlich auf die zwei Stufen „geeignet“ und „nicht geeignet“ reduziert wurde. Die Stellungnahmen des obergerichtlichen Präsidialrates sind für den Richterwahlausschuss in keinerlei Weise bindend.¹⁸¹ Dies

¹⁷⁸ Vgl. zum Ganzen *Wieland*, Schriftliche Stellungnahme vom 01.09.2016 zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 7. September 2016 zu dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Reform der Wahl für die obersten Bundesgerichte, S. 4 in Fn. 1 (abrufbar auf den Seiten des Deutschen Bundestages unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/438300/7e28fd95b6f3c96bc8cdadeb555f9533/wieland-data.pdf>, Aufruf am 17.05.2019).

¹⁷⁹ *Staats*, DRiG, § 57 Rn. 1.

¹⁸⁰ *Schübel*, NJW 2014, 1355 (1356 f.). Schübel deutet auf S. 1357 an, dass eine Tendenz dahingehend bestehe, den eigenen wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern; so auch *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 882 f.

¹⁸¹ Vgl. ausdrücklich OVG Lüneburg NVwZ 2016, 786 – 5. LS; auch BVerfG NJW 2016, 3425 (3428); ausführlicher *Bowitz*, DÖV 2016, 638 (641 f.); das VG Düs-

ergibt sich bereits aus dem Demokratieprinzip, das einer Bindung der obersten Dienstbehörde an Beschlüsse von Personal- und Richtervertretungen mangels Verantwortlichkeit vor dem Parlament entgegensteht.¹⁸² Unter den Mitgliedern des Ausschusses besteht jedoch scheinbar Einigkeit, dass ein als „nicht geeignet“ eingestufte Kandidat nicht gewählt wird.¹⁸³

c) Prüfung der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen

Darüber hinaus schreibt § 11 RiWG vor, dass der Richterwahlausschuss zu prüfen hat, ob der für ein Richteramt Vorgeschlagene die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt besitzt. Die Verpflichtung trifft die Ausschussmitglieder insgesamt, da oftmals nur die Mitglieder kraft Amtes Einblick in die erforderlichen Unterlagen haben, die Aufschluss geben über die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen des Kandidaten für die Wahl und Ernennung zum Bundesrichter. Unbestrittener Gegenstand dieser Prüfung ist die Frage, ob der mit seiner Zustimmung Vorgeschlagene die Voraussetzungen für eine Teilnahme an dieser Wahl erfüllt. Sachliche sowie persönliche Voraussetzungen beziehen sich dabei auf das konkret zu vergebende Amt beim jeweiligen Bundesgericht.

Unter den sachlichen Voraussetzungen sind zum einen die allgemeinen Berufungsvoraussetzungen des § 9 DRiG zu verstehen,¹⁸⁴ zum anderen auch die Bestimmungen zum Verfahrensablauf, insbesondere zur vorgeschriebenen Beteiligung des Präsidialrates des jeweiligen Gerichts gem. § 57 Abs. 3 DRiG oder auch zu einer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gem. § 95 Abs. 4 SGB IX. Im Übrigen wird die durch den jeweiligen Rechtsanwender zu treffende Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der sachlichen Voraussetzungen bestimmt durch den Zweck, dem Gericht unter den jeweils gegebenen Umständen die Erfüllung seiner Aufgabe zu ermöglichen.¹⁸⁵

Unter die persönlichen Voraussetzungen fallen zum einen das erforderliche Mindestalter von 35 Jahren (vgl. § 125 Abs. 2 GVG; § 42 Abs. 2 ArbGG; § 15 Abs. 3 VwGO; § 14 Abs. 2 FGO und § 38 Abs. 2 S. 2 SGG), zum anderen entsprechend der Regelung des § 28 DRiG die Voraussetzungen der Ernennung auf Lebenszeit, § 10 DRiG. Angesichts des Umstandes, dass Bewerber

seldorf PersV 1996, 225 und *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 57 Rn. 16 sprechen jedoch von einer Pflicht zur „Berücksichtigung“.

¹⁸² BVerfG NVwZ 1996, 574 (576 f.); *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 57 Rn. 17 m. w. N.

¹⁸³ So u. a. *Wieland* in o. g. Stellungnahme, S. 4.

¹⁸⁴ Zur Einordnung als sachliche Voraussetzungen, auch soweit diese zum Teil persönlicher Natur sind, s. *Schmidt-Räntsch*, RiWG, § 11 Rn. 3.

¹⁸⁵ So *Staats*, RiWG, § 11 Rn. 7.

bungskandidaten nicht persönlich zur Vorstellung im Richterwahlausschuss geladen werden, erfolgt die Vorprüfung und entsprechend auch die Wahlentscheidung des Richterwahlausschusses allein aufgrund der Aktenlage.¹⁸⁶

In der Literatur teils umstritten ist die Frage, ob auch die Qualifikation der Kandidaten – ungeachtet des Prüfungsumfangs – Teil dieser Vorprüfung ist¹⁸⁷ oder ob eine solche Prüfung der Beurteilung im Wege des eigentlichen Wahlaktes vorbehalten ist.¹⁸⁸ Da diese Frage – insbesondere mit Blick auf die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG – eng verwoben ist mit der Frage, nach welchen Maßstäben eine solche Beurteilung erfolgen müsste, soll diese Thematik an späterer Stelle ausgeführt werden.

3. Wahl im Ausschuss und Zustimmung des Bundesministers

Der im Mittelpunkt stehende Verfahrensschritt lässt sich aufteilen in die Wahlentscheidung durch die stimmberechtigten Ausschussmitglieder, die sodann der Zustimmung des zuständigen Bundesministers bedarf.

a) Wahlentscheidung

Soweit die Wahlvorbereitung abgeschlossen ist und die Wahlvorschlagslisten erstellt sind, kommt es zur eigentlichen Wahl durch die Ausschussmitglieder. Dazu beruft der Bundesminister der Justiz gem. § 8 Abs. 1 RiWG den Richterwahlausschuss mindestens eine Woche vor der Sitzung ein. Den Vorsitz im Ausschuss führt der zuständige Bundesminister des jeweiligen Gerichtszweigs, in dem die Stelle besetzt werden soll, wobei dieser zwar ein Vorschlags-, aber kein eigenes Stimmrecht hat, § 9 Abs. 1 RiWG. Die Sitzungen sind nicht öffentlich, über jede Sitzung wird eine Niederschrift gefertigt, vgl. § 9 Abs. 2 und 3 RiWG.

Der Richterwahlausschuss entscheidet über die Richterwahl in geheimer Abstimmung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei er beschlussfähig ist, wenn die Mehrzahl sowohl der Mitglieder kraft Amtes als auch der Mitglieder kraft Wahl anwesend ist, vgl. § 12 Abs. 1 und 2 RiWG. „Es gibt keine Aussprache, es gibt keine Diskussion, es gibt keine Personal-

¹⁸⁶ Wesselmann, Bundesrichterberufung, S. 320, berichtet aus Interviews mit Mitgliedern des Richterwahlausschusses jedoch, dass diese vereinzelt das persönliche Gespräch mit den vorgeschlagenen Kandidaten suchen.

¹⁸⁷ So wohl Staats, RiWG, § 11 Rn. 9 ff.

¹⁸⁸ So wohl Schmidt-Räntsch, RiWG, § 11 Rn. 7 f.

debatte.“¹⁸⁹ Typischerweise hat jedes stimmberechtigte Mitglied so viele Stimmen wie es zu besetzende Stellen gibt, wobei pro Kandidat nur jeweils eine Stimme vergeben werden kann. Bei Stimmgleichheit gilt der Kandidat als abgelehnt.¹⁹⁰ Wird nach Auswertung der so getroffenen Wahl festgestellt, dass immer noch Posten offen sind, folgt ein zweiter Wahlgang allein für diese noch offenen Posten. Ist eine ausreichende Zahl von Kandidaten gewählt, wird über die weiteren Vorschläge nicht mehr abgestimmt.¹⁹¹ Nicht gewählte Kandidaten verbleiben bis zur nächsten Wahl auf der sog. „ewigen Liste“¹⁹², und stehen damit im nächsten Wahlverfahren automatisch wieder zu Wahl.

Das Wahlgeheimnis besteht sowohl zum Schutz der Freiheit der Entscheidungsfindung der Ausschussmitglieder als auch zum Schutz der Reputation der Kandidaten¹⁹³ und hat neben der Verschwiegenheitspflicht aus § 6 Abs. 2 S. 1 RiWG als eigenständige Regelung die geheime Stimmabgabe jedes einzelnen Ausschussmitgliedes zum Gegenstand. Der Gesetzgeber zielte mit der Einführung dieser Regelung darauf ab, „einer kontrollierbaren Fraktionsbindung oder sonstigen Bindungen in etwa vorzubeugen“.¹⁹⁴

Kriterien für eine Orientierung der Wahlentscheidung sind gesetzlich nicht vorgegeben. Auch erfolgt weder bei erfolgreicher noch bei erfolgloser Wahl eine Begründung der Ausschussmitglieder, eine solche Begründung ist nach überwiegender Auffassung zumindest rechtlich auch nicht gefordert.¹⁹⁵ Ob und inwieweit diesem Wahlverfahren eine Bindung der Mitglieder des Richterwahlausschusses an das Gebot der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG zugrunde liegt oder ob gewissermaßen das demokratische Wahlverfahren eine solche Bindung gerade ausschließt, ist wohl einer der problematischsten Punkte des Auswahlverfahrens.

b) Zustimmungsentcheidung

Bereits der Wortlaut des Art. 95 Abs. 2 GG macht deutlich, dass der Richterwahl eine „gemeinsame Entscheidung“ des Richterwahlausschusses mit dem für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Bundesminister zugrunde liegt.

¹⁸⁹ Wesselmann, Bundesrichterberufung, S. 327 Interview Nr. 17.

¹⁹⁰ Vgl. den Wortlaut der Norm und auch Schmidt-Räntsch, RiWG § 12 Rn. 1.

¹⁹¹ Vgl. Staats, RiWG, § 12 Rn. 2 und 5.

¹⁹² Vgl. Wesselmann, Bundesrichterberufung, S. 345.

¹⁹³ So Schmidt-Räntsch, RiWG, § 12 Rn. 1.

¹⁹⁴ So Berichterstatter v. Merkatz, Prot. der 75. Sitzung des BT vom 14.7.1950, S. 2729.

¹⁹⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 19. Juni 1997 – 2 C 24/96 – juris Rn. 18 f.; auch bereits BVerfG, Beschl. v. 22. Oktober 1968 – 2 BvL 16/67 – Leitsatz.

Die kondominale Entscheidungsstruktur wird einfachgesetzlich in § 13 RiWG aufgegriffen, der die Beantragung der Ernennung des Gewählten beim Bundespräsidenten von der vorigen Zustimmung des zuständigen Bundesministers abhängig macht. Der Bundesminister ist also zweiter und gleichverpflichteter Träger des Berufungsverfahrens.¹⁹⁶ Als zweiten Teil der Berufungsentscheidung hat der jeweilige Bundesminister eine eigenständige Prüfung vorzunehmen, wobei grundsätzlich der gleiche Maßstab und Beurteilungsspielraum besteht wie er auch der Wahl der Ausschussmitglieder zugrunde liegt.¹⁹⁷ Die Zustimmung bzw. Ablehnung des Ministers kann sich ausgehend vom klaren Wortlaut der Norm und dem Umstand, dass diesem kein eigenes Stimmrecht im Ausschuss zukommt, nur auf die vom Ausschuss gewählten Kandidaten beziehen.¹⁹⁸ Gem. § 15 Abs. 2 lit. c) GOBReg sind die Vorschläge für die Zustimmung des zuständigen Bundesministers zur Ernennung von Richtern bei den obersten Gerichtshöfen des Bundes der Bundesregierung zur Beratung ohne Beschlussfassung zu unterbreiten. Eine Frist ist für die Zustimmungsentscheidung nicht vorgesehen, sodass die Entscheidung mangels anderer Vorgaben auch mit Blick auf etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten in angemessener Frist zu treffen ist. Im Falle der Zustimmung trifft den Bundesminister die Pflicht, die Ernennung des Gewählten beim Bundespräsidenten zu beantragen.

Der zuständige Bundesminister trägt für seinen Anteil an der Berufung eines Richters die politische Verantwortung.¹⁹⁹ Doch auch darüber hinaus folgt aus dem parlamentarischen Prinzip ein abgeleitetes Letztentscheidungsrecht des zuständigen Bundesministers; denn der Richterwahlausschuss ist Parlament und Regierung nicht verantwortlich und kann schon deshalb keine alleinige Entscheidungsbefugnis haben, ohne dass damit das Demokratieprinzip verletzt würde.²⁰⁰ Ob in der Sache eine Bindung des Bundesministers an Art. 33 Abs. 2 GG besteht, wird an späterer Stelle erörtert.

4. Ernennung durch den Bundespräsidenten

Soweit der zuständige Bundesminister dem gewählten Kandidaten zustimmt, hat er dessen Ernennung beim Bundespräsidenten zu beantragen

¹⁹⁶ So auch bereits OVG Schleswig DRiZ 2002, 11 (11); VG Schleswig DRiZ 2002, 409 (411); *Staats*, RiWG, § 12 Rn. 8.

¹⁹⁷ *Schmidt-Räntsch*, RiWG, § 13 Rn. 1 f.

¹⁹⁸ A.A. *Staats*, RiWG, § 12 Rn. 8, der kritisiert, dass die in der Praxis erfolgende Selbstbeschränkung in der Prüfung des Ministers auf eine Art Schlüssigkeitsprüfung allein der gewählten Kandidaten im Gesetz keine Stütze finde.

¹⁹⁹ So *Staats*, RiWG, § 12 Rn. 9.

²⁰⁰ BVerfG NJW 1998, 2590 (2592) m. w. N.; vgl. auch NVwZ 1996, 574 (576).

(vgl. § 13 RiWG). Verfassungsrechtliche Grundlage hierfür bildet Art. 60 Abs. 1 GG. Hiernach ernennt (und entlässt) der Bundespräsident neben den Bundesbeamten, den Offizieren und Unteroffizieren auch die Bundesrichter, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Dabei wird unter der Ernennung allgemein die Berufung in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis oder Amt verstanden.²⁰¹ Der Bundespräsident hat bei allen Ernennungen (und Entlassungen) die hierfür erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen zu prüfen und bei deren Fehlen den Vorschlag abzulehnen.²⁰²

Grundsätzlich wird auch obergerichtlich dem Bundespräsidenten bei Erfüllung dieser Aufgaben ein weitgehendes materielles Prüfungsrecht eingeräumt,²⁰³ dieser kann also grundsätzlich alle erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen prüfen und beanstanden. Jedoch ist in Fallkonstellationen, in denen der Ernennung durch den Bundespräsidenten nicht lediglich eine reine Exekutiventscheidung vorangeht, sondern wie hier Wahlelemente zum Tragen kommen, folgende Besonderheit zu beachten: „Während es das aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Gebot der Bestenauslese bei einer rein exekutivistischen Auswahlentscheidung schon im Hinblick auf das aus dem Rechtsstaatsgrundsatz folgende Transparenzgebot erforderlich macht, diese weitest möglich anhand standardisierter und objektivierbarer Merkmale – etwa der Endnoten dienstlicher Beurteilungen – zu treffen, verliert dieses Erfordernis umso mehr an Bedeutung, je stärker Wahlelemente Eingang in das Auswahlverfahren finden.“²⁰⁴ „Hieraus ergibt sich zugleich zwingend eine erhebliche Beschränkung der Prüfungsbefugnis und -pflicht des für die Ernennung des Gewählten zuständigen Organs. Dessen Verantwortung ist umso größer, je weniger die Auswahlentscheidung unmittelbar unter Mitwirkung des Parlaments getroffen worden ist. [...] Hieraus folgt, daß etwa dem Justizminister bei der Entscheidung über die Anstellung von Richtern, die [...] von ihm gemeinsam mit dem zu zwei Dritteln mit Landtagsabgeordneten besetzten Richterwahlausschuß zu treffen ist, eine zwar gegenüber einer alleinigen Exekutiventscheidung abgeschwächte, aber gleichwohl noch bestehende selbständige Verantwortlichkeit auch für die materielle Vereinbarkeit der Auswahlentscheidung mit Art. 33 Abs. 2 GG obliegt.“²⁰⁵

Da im vorliegenden Untersuchungsgegenstand die Richterwahl durch ein plural zusammengesetztes, teils gewähltes Gremium nahe dem Parlament erfolgt, aber nicht durch das parlamentarische Plenum an sich und nicht

²⁰¹ Vgl. *Domgörgen*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 60 Rn. 1.

²⁰² *Domgörgen*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 60 Rn. 1.

²⁰³ Vgl. z. B. BVerwGE 19, 332 (335); 23, 295 (298).

²⁰⁴ OVG Schleswig, Beschl. v. 16. November 1998 – 3 M 50/98 – juris Rn. 21; OVG Lüneburg, Beschl. v. 25.06.1992 – 5 M 2798/92 – juris Rn. 24f.

²⁰⁵ OVG Schleswig, Beschl. v. 16. November 1998 – 3 M 50/98 – juris Rn. 22.

zwingend durch aktuelle Mandatsträger, besteht auch im vorliegenden Fall ein materielles Prüfungsrecht des Bundespräsidenten im Hinblick auf die Ernennung von Bundesrichtern, gleichwohl jedoch in beschränkter Hinsicht. Welchen konkreten Beschränkungen das bundespräsidiale Prüfungsrecht unterliegt oder positiv formuliert, welcher Prüfungsmaßstab dem Bundespräsidenten in diesen Personalsachen noch verbleibt, ist umstritten²⁰⁶ und soll, wie die anderen streitigen Fragen, nicht in diesem zuvorderst deskriptiven Teil der Verfahrensdarstellung behandelt werden.

Die Ernennung ist ein zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt, der infolge der Voraussetzung der Aushändigung einer Ernennungsurkunde gem. § 17 Abs. 1 DRiG einer strengen Form unterliegt. Die Ernennung ist nur unter den Voraussetzungen des § 18 DRiG nichtig, wobei für deren Geltendmachung eine konstitutive richterliche Entscheidung erforderlich ist (vgl. Abs. 3 der Vorschrift). Entsprechend dem Grundsatz der Ämterstabilität kann eine einmal erfolgte Ernennung nur in den engen Grenzen des § 19 DRiG zurückgenommen werden.²⁰⁷ Nach strittiger Ansicht beeinträchtigen Mängel im Wahlverfahren nicht den Bestand der Ernennung, sodass solche Mängel infolge der Ernennung faktisch geheilt werden.²⁰⁸

Wie der Großteil der bundespräsidialen Anordnungen und Verfügungen bedürfen auch die Ernennungs- und Entlassungsentscheidungen des Bundespräsidenten zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder den zuständigen Bundesminister, vgl. Art. 58 S. 1 GG.

5. Übersetzungspraxis

Bereits die Vorbereitung der Wahl in Form des Aufstellens einer Bewerberliste infolge der Wahlvorschläge stellt aufgrund der hierdurch erfolgenden wesentlichen Einschränkung des Bewerberkreises eine entscheidende Zugangsverengung zu den öffentlichen Ämtern der obersten Bundesrichter dar. Dies gilt umso mehr, als dass potentiell geeignete Kandidaten kein Recht bzw. Anspruch darauf besitzen, auch wirklich vorgeschlagen zu werden; diese Entscheidung ist allein den vorschlagsberechtigten Mitgliedern des Richterwahlausschusses vorbehalten.²⁰⁹ Initiativbewerbungen sind nicht vor-

²⁰⁶ Beispielhaft *Schmidt-Räntsch*, RiWG, § 13 Rn. 3.

²⁰⁷ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 19 Rn. 2; auch § 18 Rn. 2; kritisch hierzu *Schlottbohm*, ZBR 2015, 368 (373 ff.).

²⁰⁸ So *Schmidt-Räntsch*, RiWG, § 13 Rn. 4; dies gilt auch für eine unterbliebene Beteiligung des Präsidialrats des obersten Bundesgerichts, vgl. *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 57 Rn. 18.

²⁰⁹ *Staats*, RiWG, § 10 Rn. 2; eine im Ansatz etwas andere, aber nicht weiter ausgeführte Ansicht vertrat das OVG Schleswig, wiedergegeben in JZ 2002, 140 (143)

gesehen, es gebe jedoch „mit Namen gut bekannte Richter-Macher [...] und gelegentlich wendet man sich auch an sie persönlich, wenn man Bundesrichter werden will“²¹⁰.

In Übersetzung der gesetzlichen Vorgaben bestellen die Abgeordneten zur Koordinierung der Wahl sog. Obleute, die die Wahlvorschläge unter Rücksprache mit den jeweiligen Landesministerien prüfen. Entsprechend den Länderquoten (vgl. Art. 36 Abs. 1 S. 1 GG) und der Beachtung einer regional ausgeglichenen Beteiligung haben regelmäßig die Wahlvorschläge derjenigen Bundesländer die größte Chance, die ihren Anteil bei einem Bundesgericht bisher nicht ausgeschöpft haben bzw. soweit ein „früheres Landeskind“ ausscheidet.²¹¹

Darüber hinaus besteht jedoch die sich in der Praxis etablierte Vorgehensweise der großen Parteien, entsprechend der A- und B-Länder (SPD bzw. CDU geführten Länder) bzw. den Mehrheitsverhältnissen im Bundestag und Bundesrat die vakanten Stellen unter sich aufzuteilen.²¹² Es kommt infolge dieser Vorauswahl der Kandidaten daher regelmäßig zu der Situation, dass zu der eigentlichen Wahl nicht mehr Kandidaten vorhanden sind als es freie bzw. zu besetzende Stellen gibt (sog. Blockwahl).²¹³ Es ist die Rede vom „üblichen Schnüren komplexer Personalpakete“ durch die Obleute der Parteien bei der Bestückung der Kandidatenlisten, sodass nicht selten die Mitglieder der Opposition im Richterwahlausschuss vor vollendete Tatsachen gestellt würden und erst durch den konkreten Ablauf der Wahl das im Hintergrund ausgehandelte Paket erkennen.²¹⁴ Der wesentliche Kritikpunkt der

mit kritischer Anmerkung von *Schultze-Fielitz*, JZ 2002, 144 (145 f.). Im Einzelfall könnten sich subjektive Verfahrensrechte auf Einbeziehung und weitere Teilnahme am Auswahlverfahren ggf. über das konkret eingeschlagene landesrechtliche Vorschlagsverfahren ergeben, die aber außerhalb des vorliegenden Untersuchungsinteresses liegen.

²¹⁰ So bereits *Mahrenholz*, DRiZ 1991, 432 (434); auch aufgegriffen von *Tschentscher*, Legitimation, S. 327 f.

²¹¹ *Schübel*, NJW 2014, 1355 (1356). Die Frage, ob der so genannte „Länderproporz“ für den Richterwahlausschuss ein sachfremdes Auswahlkriterium darstellt, hat das OVG Lüneburg offengelassen, vgl. Beschl. v. 10.12.2015 – 5 ME 199/15 – juris Rn. 49 m. w. N. aus der Literatur.

²¹² Hierzu *Bowitz*, DÖV 2016, 638 (639); *Schübel*, NJW 2014, 1355 (1356). *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 322, weist darauf hin, dass die Landesjustizminister der übrigen Parteien in aller Regel zur A-Runde stoßen, soweit sie in dem jeweiligen Land mit der SPD koalieren, und zu der B-Runde, soweit sie in dem jeweiligen Land mit der CDU koalieren. Die Bundestagsabgeordneten dieser Parteien hingegen werden scheinbar nur teilweise zu den A- bzw. B-Runden eingeladen.

²¹³ So auch die Verfahrensgestaltung, die dem Verfahren vor dem VG Schleswig NJW 2002, 2657 zugrunde lag.

²¹⁴ *Gärditz*, ZBR 2015, 325 (329); auch *Bowitz*, DÖV 2016, 638 (639).

Richterauswahl besteht mithin in der nicht unberechtigten Befürchtung, dass die eigentliche Entscheidung für einen Kandidaten regelmäßig infolge politischer Absprachen, völlig intransparent und bereits vor dem förmlichen Wahlakt, mithin außerhalb des verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Verfahrens getroffen werde.²¹⁵

Auch die Zustimmung des zuständigen Bundesministers gilt in der Praxis überwiegend als gesichert. Während einige befragte Mitglieder des Richterwahlausschusses eine Ablehnung des gewählten Kandidaten durch den Bundesminister für generell unrealistisch halten, weisen andere darauf hin, dass ggf. auftretende Differenzen im Vorfeld informell bereinigt würden, sodass es nicht zu einem formalen Veto komme.²¹⁶

Es scheint mithin bereits an dieser Stelle kein Geheimnis mehr, dass die unter den Beteiligten im Grundsatz unbestrittene Besetzung der Bundesgerichte nach Parteien-, Regional- und teilweise Geschlechterproporz den Gedanken bestmöglicher Eignung der Kandidaten zurücktreten lässt.²¹⁷

²¹⁵ *Schmidt-Räntsch*, RiWG § 10 Rn. 10; vgl. beispielhaft aus der Presse: *Amos*, Neue Richter bekommt das Land – aber wie transparent? Auf lto.de vom 05.07.2018 (abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bundesrichter-wahl-bgh-bverwg-bag-bsg-bfh-verfahren-kritik-intransparent/>, Aufruf am 15.03.2019); *Janisch*, Parteien machen Richterwahl unter sich aus, auf sueddeutsche.de vom 11.03.2019 (abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/bundesgerichtshof-bgh-richter-wahl-richter-1.4362214>, Aufruf am 05.11.2019) oder auch *Rödel*, Politik bestimmt die Justiz, auf lto.de vom 13.03.2019 (abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/wahlen-bundesrichter-richterwahlausschuss-politik-kriterien-intransparent/>, Aufruf am 14.03.2019). Bezeichnend insofern auch die Interviewangaben bei *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 322, zum Koordinierungstreffen: „Das ist sehr informell. Das ist ja ein privates Treffen“ und S. 326: „Die [Sitzung des Richterwahlausschusses] ist viel weniger spektakulär als viele glauben, denn es ist eigentlich nur ein formaler Akt, der dort vollzogen wird.“

²¹⁶ Vgl. *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 327 f.

²¹⁷ So auch *Tschentscher*, Legitimation, S. 333.

C. Zwischen rechtlichen Anforderungen

Während in der Privatwirtschaft der Arbeitgeber bei der Wahl eines Arbeitnehmers weitestgehend frei und voraussetzungslos über dessen Einstellung entscheiden kann, ist die öffentliche Hand im Bereich der Ämtervergabe und des Ämterzugangs an besondere Voraussetzungen gebunden.

Entsprechend dem Grundsatz der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit kann der private Arbeitgeber weitestgehend selbstständig die materiellen Kriterien festlegen, die er hinsichtlich der Erfüllung der vorgesehenen Aufgaben für wichtig erachtet. Jedoch sind die Kriterien nicht auf solche beschränkt, die tatsächlich der vorgesehenen Aufgabenerfüllung förderlich sind. Vielmehr liegt es abseits von offensichtlich diskriminierenden Wirkungen im uneingeschränkten Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers, auch weitere Aspekte in die Bewertung einfließen zu lassen. Diese Aspekte müssen für den Arbeitnehmer nicht offengelegt werden. Die Wahl eines Arbeitnehmers ist das Ergebnis einer subjektiven Entscheidung, die auch durch z. B. Befindlichkeiten beeinflusst werden kann. Mit etwas bissigeren Worten gesprochen, kann die situative Stimmungs- und Gefühlslage des einstellenden Arbeitgebers für einen Arbeitnehmer einen bedeutenden Unterschied machen. Angesprochen ist damit eine (politisch) gewollte Willkür zugunsten der Privatrechtssubjekte, die ihre Grenzen insbesondere in den Benachteiligungsverboten des AGG findet.¹

Für die öffentliche Hand findet der Grundsatz der Privatautonomie hingegen keine Anwendung. Vielmehr gilt gem. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG eine unmittelbare Grundrechts- und Gesetzesbindung aller staatlichen Gewalt: Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. Dabei handelt es sich bei der Einstellung von Arbeitnehmern in den öffentlichen Dienst und der Ernennung von Beamten um Verwaltungsentscheidungen, die grundsätzlich von der zuständigen Personalstelle des jeweils einstellenden Verwaltungsträgers durchgeführt werden, und somit um die (in erster Linie) vollziehende Gewalt.

Als spezielle Ausprägung der unmittelbaren Rechtsbindung gilt für den Verwaltungsbereich der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die-

¹ Vgl. § 7 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes v. 14.08.2006, BGBl. I S. 1897.

ser wird aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet und unterteilt sich weiter in Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes. Der Vorrang des Gesetzes verbietet staatliches Handeln entgegen der Gesetze. Darüber hinaus wird in dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes auch eine Kollisionsregel, wenn auch nur grundsätzlicher Natur, erkannt.² Die verfassungsmäßige gesetzliche Willensäußerung steht über der gesamten übrigen Staatstätigkeit.³ Damit ist erneut der Primat der Politik im demokratischen Rechtsstaat angesprochen. Die vollziehende Gewalt hat nach klassischer Vorstellung keine Gestaltungs-kompetenz, sie setzt allein politische Entscheidungen um; die rechtsprechende Gewalt kontrolliert diese politischen und administrativen, rechtlichen oder tatsächlichen Maßnahmen sodann allein am Maßstab des geltenden (Verfassungs-)Rechts.⁴ Dies heißt jedoch in der Folge nicht, dass die einer gesetzlichen Willensäußerung widersprechende Verwaltungs- oder auch Gerichtsentscheidung keine Wirksamkeit bzw. Gültigkeit besitzt. Der Grundsatz lässt namentlich Raum dafür, dass auch rechtswidrige Verwaltungsakte wirksam sind und bestandskräftig werden können bzw. auch fehlerhafte Urteile in Rechtskraft erwachsen. Eine entgegen gesetzliche Regelung getroffene, hoheitliche Entscheidung ist infolge der Rechtswidrigkeit jedoch grundsätzlich anfechtbar. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist als primäres und vorherrschendes Steuerungselement des Primats der Politik gegenüber der Verwaltung zu verstehen, da er sicherstellt, dass administrative Entscheidungen grundsätzlich nur mit gesetzlicher Ermächtigung getroffen werden können und nicht im Widerspruch zu geltendem Recht stehen. Metaphorisch kann die Vorstellung von „legislativen Zügeln“ dienen, mit deren Hilfe der Primat der Politik den Verwaltungsapparat entlang der gesetzlichen Leitlinien steuert.

Steuerungsinhalte sind dabei primär alle politischen Inhalte. Eine Orientierung am geltenden Recht dient vor allem der konsequenten Umsetzung der vom Gesetzgeber vorgesehenen materiellen Rechtslage. Daneben ist jedoch insbesondere für die Steuerungsfähigkeit eine formelle Ebene vorstellbar, die auf die Organisationsstrukturen und Verfahrensabläufe abstellt, die wesentlich für ein effektives Greifen des Steuerungsmodus sind. Die Ausgestaltung der staatlichen Strukturen, die einen flüssigen Ablauf der politisch definierten Staatsfunktionen gewährleisten, ist die entscheidende Frage des Staatsorganisationsrechts. Eine „pareto-optimale“ Antwort wird nicht zu erzielen sein, vielmehr ist die Suche und Entwicklung als laufender Optimierungsprozess zu begreifen.

² So insbes. *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 112.

³ Vgl. BVerfGE 8, 155 (168) aufbauend auf Otto Mayer.

⁴ Eine Durchbrechung findet sich etwa in der historischen Radbruch'schen Formel.

Aufgeworfen ist damit zugleich das komplexe Verhältnis von Politik bzw. Demokratie und Recht. So wird die ausschließliche Gestaltungskompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers im parlamentarischen Rechtsstaat vor allem durch die unmittelbare Rechtsbindung der Gewalten gesichert. Zugleich bezweckt das Recht jedoch eine Begrenzung politischer Gestaltungsmacht. Zum einen bindet Art. 20 Abs. 3 GG den Gesetzgeber an die verfassungsmäßige Ordnung, zum anderen ist der formelle Gesetzgeber auch selbst an geltendes Gesetz und Recht gebunden, soweit nicht gerade dessen Änderung intendiert wird. So kann Demokratie zwar entsprechend den frühen Erwägungen Platons „Politeia“ als konstitutionelle Schlussfolgerung der politischen Gleichheit aller Bürger gesehen werden. Zugleich jedoch ist zu beachten, dass „[i]n einer Demokratie, die Recht und Verfassung missachtet, [...] nicht der Demos, sondern politische Willkür [herrscht]. Demokratie ist auch Wertegemeinschaft. Dass dies so bleibt, dafür sorgt das Recht. Welche Ziele mit welchen Mitteln verfolgt werden, entscheidet Politik. Ob der Weg rechtlich gangbar ist, ist eine Frage des Rechts.“⁵ So ist die Festlegung der Ziele im inhaltlichen materiellen Recht für den jeweiligen Regelungsbereich zu finden. Die Mittel zur Zielerreichung hingegen umfassen vor allem auch die Organisationsstruktur und Verfahrensabläufe. Beides ist der Entscheidung des formellen Gesetzgebers vorbehalten, wobei der Entscheidungsspielraum nicht unbegrenzt gilt, sondern limitiert wird durch die mehrheitlich getragenen Grundentscheidungen der Wertegemeinschaft im GG.

Im Bereich der Personalpolitik zur effektiven Steuerung des Verwaltungsapparates oder allgemeiner im Bereich des Zugangs zu öffentlichen Ämtern ist die grundlegend zu beachtende, rechtsstaatliche Wertentscheidung der in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Grundsatz der Bestenauslese, auch genannt das Leistungsprinzip.⁶

⁵ So *Prantl*, Herbert Kickl, Ein Minister ohne Verfassung, auf SZ.de vom 27.01.19 (abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/kickl-rechtsstaat-fpoe-oesterreich-innenminister-1.4305376>, Aufruf am 06.03.2019).

⁶ Dabei ist an dieser Stelle kurz aufzugreifen, dass die Begriffe „Grundsatz“ und „Prinzip“ nicht deckungsgleich sind. Ein Grundsatz beschreibt vorrangig eine im Normalfall anzuwendende Regelung, die jedoch Ausnahmen und Abweichungen kennt. Demgegenüber ist ein Prinzip in erster Linie als Optimierungsgebot zu werten, dessen Realisierung anzustreben ist und das keine Wertbrüche erlaubt. Im vorliegenden Untersuchungskontext des Art. 33 Abs. 2 GG werden die Begriffe in Literatur und auch Rechtsprechung oft synonym verwendet, so lautet die Bezeichnung zumeist der Grundsatz der Bestenauslese oder aber das Leistungsprinzip, nur vereinzelt Leistungsgrundsatz, wobei ein unterschiedlicher Gehalt dieser Begriffe nicht auszumachen ist. Entsprechend den gemachten und noch zu machenden Ausführungen ist der in Art. 33 Abs. 2 GG anzutreffende Wertgehalt wohl zutreffend als Grundsatz zu bezeichnen. Soweit systematisch unter die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gefasst, können Leistungs- und auch Lebenszeitgrundsatz jedoch weiterhin sprachlich unschädlich als Prinzipien verwendet werden.

I. Leistungsgrundsatz

Gem. Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.⁷ Einfachgesetzlich finden sich entsprechende Regelungen für Bundes- und Landesebene in §§ 9 S. 1 BBG, 9 BeamStG und 3 Abs. 1 SG.⁸ In der Regelung ist die verfassungsrechtliche Anerkennung des Leistungsgrundsatzes für das Recht des öffentlichen Dienstes und in diesem Rahmen zugleich eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) zu sehen.

Der verfassungspolitische Grund der Vorschrift beruht auf dem als Institution anerkannten und gewährleisteten Berufsbeamtentum⁹ und bezweckt eine ordnungsgemäße und bestmögliche Erfüllung der Staatsaufgaben. Gegründet auf Sachwissen, fachlicher Leistung und loyaler Pflichterfüllung soll das Berufsbeamtentum eine stabile Verwaltung sichern und einen ausgleichenden Faktor gegenüber den politischen Kräften bilden, die das Staatsleben gestalten.¹⁰ Art. 33 Abs. 2 GG, als wesentliches Strukturmerkmal des Berufsbeamtentums, orientiert sich daher an dem Ziel, im Sinne einer Bestenauslese¹¹ die jeweils qualifiziertesten Bewerber in die öffentlichen Ämter zu berufen und dient somit im öffentlichen Interesse der Funktionalität und Professionalität des öffentlichen Dienstes.¹² Dabei setzt der beamtenrechtliche Leistungsbegriff neben Effizienz, fachlicher Leistung und Sachwissen des Beamten stets auch seine Bereitschaft zu rechtsstaatlich gebundener, neutraler und unabhängiger Amtsführung und damit seine persönliche Inte-

⁷ Der Leistungsgrundsatz erlangt auch Geltung auf Ebene des Landesverfassungsrecht, teils ausdrücklich wie durch Art. 19 LV Rheinland-Pfalz und mit ausdrücklichem Differenzierungsverbot nach politischen Anschauungen, teils durch einen Verweis auf das Grundgesetz wie durch Art. 4 Abs. 1 LV Nordrhein-Westfalen.

⁸ Vgl. auch § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten (Bundeslaufbahnverordnung – BLV) und entsprechende Regelungen in den Beamtengesetzen und Laufbahnverordnungen der Länder. Nach § 3 Abs. 1 SG gelten diese Kriterien bei politischen Soldaten auch ausdrücklich bei der Verwendungsentscheidung.

⁹ Vgl. Art. 33 Abs. 4 und 5 GG.

¹⁰ BVerwGE 47, 330 (334 f.) unter Hinweis auf BVerfGE 7, 155 (162 f.); 11, 203 (216 f.).

¹¹ So ausdrücklich BVerfGE 56, 146 (163); BVerwGE 24, 235 (239).

¹² BVerwGE 122, 147 (149); *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 33 Rn. 9 m. w. N. Dabei gewährt Art. 33 Abs. 2 GG nach dem BAG dem öffentlichen Arbeitgeber zwar nicht das Recht, ohne nachvollziehbare Gründe Stellen mit überqualifizierten Bewerbern zu besetzen (Urteil vom 10.02.2015 – 9 AZR 554/13), dies dürfte angesichts der erforderlichen Qualifikation der hier in Rede stehenden anspruchsvollen Spitzenpositionen jedoch keine Rolle spielen.

grität voraus.¹³ Insofern gilt das Leistungsprinzip selbst als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i. S. d. Art. 33 Abs. 5 GG.¹⁴ Es wird vor allem durch eine bewahrende, auf den Schutz der „erdienten Statusrechte“ ausgerichtete Komponente ergänzt, die wesentlich zur Garantie der Unabhängigkeit des Beamtentums beitragen und damit die Funktionsfähigkeit der Institution insgesamt sichern soll.¹⁵

1. Öffentliches Amt

Eine erste Normierung des Leistungsprinzips findet sich bereits in den Verfassungen des (frühen) 19. Jahrhunderts, so z. B. in der Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern aus dem Jahr 1818 oder der Paulskirchen-Verfassung von 1849.¹⁶ Eine Entsprechung fand das Prinzip auch in Art. 128 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung. Mit dem Übergang zur demokratischen Republik stieg zugleich die Gefahr einer politischen und vor allem parteipolitischen Patronage. Entsprechend der Entwicklung des öffentlichen Dienstrechts adressiert das heutige Leistungsprinzip zudem die öffentlichen Arbeitgeber unabhängig davon, ob eine Einstellung unter Berufung in das Beamtenverhältnis oder in ein sonstiges Arbeitsverhältnis erfolgt.¹⁷ Insbesondere durch die Justitiabilität und die fortschreitende richterrechtliche Ausformung des Leistungsgrundsatzes wird eine neue Dimension der Gewährleistung des professionellen Leistungsprinzips im Sinne der unparteiischen Neutralität der Ämterbesetzung und Pflichterfüllung erreicht.¹⁸

Es besteht eine Akzessorietät des öffentlichen Amtes zur öffentlichen Aufgabe, wobei ein funktionales Verständnis hinsichtlich der wahrzunehmenden Aufgabe vorherrscht im Gegensatz zu einem alleinigen Abstellen auf die Rechtsform der Tätigkeitsausübung.¹⁹ Auf die organisatorische oder institutionelle Ausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung kommt es ausdrücklich nicht an. Zudem bezweckt Art. 33 Abs. 2 GG eine effiziente und sachgerechte Erfüllung öffentlicher Aufgaben insgesamt, sodass sämtliche Arbeitsbeiträge, sei es bloß unterstützende, koordinierende oder vorbereitende Tätigkeit, erfasst sind. Auch darauf, ob der Stelleninhaber nach außen gegenüber

¹³ BVerfG NVwZ 2003, 1506.

¹⁴ Vgl. BVerfG NVwZ 2019, 223 (225) und BVerfGE 117, 330 (355) mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 64, 367 (385).

¹⁶ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 20.

¹⁷ Vgl. BVerwGE 81, 212 (215); grundlegend auch BAG NZA 2003, 798.

¹⁸ Vgl. auch *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 19.

¹⁹ Vgl. BAG NZA 2016, 1279 (1280ff.); auch bereits BAGE 28, 62 (66).

Privaten in Erscheinung tritt, kommt es nicht an.²⁰ Abzustellen ist allein darauf, ob die wahrzunehmende Aufgabe eine öffentliche ist, was insbesondere aufgrund der Offenheit des staatlichen Aufgabenkreises und dessen Aufgabenfindungsrecht zu einer weiten Auslegung des Begriffes führt. Soweit es sich um eine solche öffentliche Aufgabe handelt, ist diese grundsätzlich durch ein öffentliches Amt wahrzunehmen, das im Wege der organisationsrechtlichen und gemeinwohlorientierten Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG mit nach den Grundsätzen der Bestenauslese ausgewähltem Personal zu besetzen ist.²¹

Dieses aufgabenakzessorische Verständnis²² des Art. 33 Abs. 2 GG lässt die Folgerung zu, dass sobald die staatliche Entscheidung zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe getroffen ist, automatisch eine Bindung an das Prinzip der Bestenauslese besteht. Insofern verknüpft das Grundgesetz die staatliche Aufgabenwahrnehmung mit einer dem Leistungsprinzip entsprechenden Personalauswahl. Verstanden als rein objektiv-rechtliche Größe des staatlichen Binnenrechts ist die organisationsrechtliche Dimension des Art. 33 Abs. 2 GG der Grundrechtsbindung – nicht in ihrer Wertigkeit, aber strukturell – vorgelagert und gilt, nach teilweise vertretener Ansicht, bereits unmittelbar und ohne die Vermittlung durch Art. 1 Abs. 3 GG.²³

Neben dieser Unabhängigkeit der Bestenauslese von der Organisationsform des Verwaltungshandelns²⁴ führen auch die mitunter verfassungsrechtlich garantierten Autonomierechte, wie etwa das kommunale Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, zumindest nicht ohne weitere Begründung zu einer Loslösung von dem Grundsatz. Das eigene Personalentscheidungsrecht der in diesem Falle Selbstverwaltungskörperschaft folgt vielmehr der Maßgabe, dass Eignung, Befähigung und fachliche Leistung jeweils konkret in Bezug auf ein bestimmtes öffentliches Amt zu erfolgen haben²⁵

²⁰ Vgl. BAG NZA 2016, 1279 (1282); a.A. noch LAG Bln.-Bbg., Urt. v. 24.07.2014 – 18 Sa 682/14 – juris Rn. 48 ff.

²¹ Plakativ auch *Isensee*, in: Bachof/Heigl/Redeker (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Kap. 20 S. 339: „Die Organisationsgewalt wird nicht durch das Zugangsregulativ des Art. 33 II, III GG gebunden. Vielmehr setzt sie erst die Bedingungen seiner Anwendbarkeit.“

²² So *Kümper*, DÖV 2017, 414 (417 f.).

²³ So insbesondere *Lorse*, ZBR 2020, 73 (78 ff.); auch *Kümper*, DÖV 2017, 414 (418, 420).

²⁴ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des BAG v. 12.04.2016 – 9 AZR 673/14, wonach auch die Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts jedenfalls dann nicht die Annahme eines öffentlichen Amtes i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG hindere, wenn ausschließlich öffentlich-rechtliche Anstalten-Gesellschafterinnen sind und sich der Gesellschaftszweck in der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erschöpft; aufgegriffen von *Sasse*, ArbRB 2016, 264.

²⁵ Vgl. etwa BVerwGE 110, 304 (332 f.).

und ist Folge der Sachkunde des jeweiligen Aufgabenträgers für den eigenverantwortlich wahrgenommenen Aufgabenbereich. Nichtsdestotrotz haben Personalentscheidungs- oder -mitbestimmungsrechte uneingeschränkt der Funktionslogik des Art. 33 Abs. 2 GG zu folgen.²⁶

2. Statusänderung

Der Grundsatz der Bestenauslese ist nicht nur bei Einstellungen, sondern auch bei Beförderungen von Beamten von ausschlaggebender Bedeutung. Mit einer diesem Grundsatz entsprechenden Beförderung werden Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beamten förmlich anerkannt.²⁷ Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist jedoch zu beachten, dass soweit sich der Dienstherr entscheidet, eine Stelle allein im Wege der Versetzung oder Umsetzung zu besetzen, das hiernach durchzuführende Auswahlverfahren nicht den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG zu folgen hat, denn dem Dienstherrn kommt eine Organisationsfreiheit zu, wie er offene Stellen besetzen will. Dabei hat er nach pflichtgemäßem Ermessen das Recht, zwischen Umsetzung, Versetzung oder Beförderung zu wählen. Entscheidet er sich eine offene Stelle durch vorhandene Bewerber zu besetzen und ist damit kein beruflicher Aufstieg von Bewerbern aus niedrigeren Besoldungsgruppen und keine Statusveränderung verbunden, so ist er nicht gehalten, diese Maßnahme am Prinzip der Bestenauslese auszurichten. Mit Ausnahme statusrechtlicher Veränderungen im Hinblick auf das vom Beamten innegehaltene Amt ist nach Ansicht des BVerfG und BVerwG Art. 33 Abs. 2 GG bei entsprechenden dienstlichen Maßnahmen grundsätzlich nicht anwendbar.²⁸ Nur soweit sich der Dienstherr bei der konkreten Stellenbesetzung dazu entscheidet, zugleich Beförderungs- und Versetzungsbewerber zu berücksichtigen und eine Ausschreibung der Stellen erfolgte, legt er sich auch gegenüber den Versetzungsbewerbern auf eine Auswahl entsprechend den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG fest. Ein unter den Bedingungen des Art. 33 Abs. 2 GG in Gang gesetztes Auswahlverfahren darf nachträglichen Einschränkungen nur aus Gründen unterworfen werden, die den Anforderungen der Verfassungsnorm gerecht werden.²⁹

Die Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG nur auf Fälle, in denen eine Statusänderung betroffen ist, ermöglicht Missbrauchsfälle dergestalt, dass der Dienstherr sich im Rahmen seiner Organisationsfreiheit entscheiden kann, einen freien Posten allein Versetzungsbewerbern zur Verfügung zu stellen,

²⁶ So auch *Kümper*, DÖV 2017, 414 (420).

²⁷ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 68.

²⁸ BVerfG NJW 2008, 909 (909 f.); BVerwG NJW 1976, 1224 (1226).

²⁹ BVerwG NVwZ 2005, 702 (703).

um so die gewünschte Personalauswahl abseits der Prinzipien von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung treffen zu können. Zwar sind diese denkbaren Fälle darauf beschränkt, dass der Versetzungsbewerber bereits das gleiche statusrechtliche Amt wie für die Versetzungsstelle gefordert aufweisen muss. Nichtsdestotrotz ergibt sich infolge dieser Ausnahme gewissermaßen eine systematische Bruchstelle, die geeignet ist das Leistungsprinzip bewusst zu umgehen.³⁰ Entsprechend sieht auch das BAG, dass es keinen sachlich rechtfertigenden Grund für eine Benachteiligung von Versetzungsbewerbern gibt und wendet Art. 33 Abs. 2 GG gleichermaßen auf Beförderungs- und Versetzungsbewerber an.³¹

Einer gesonderten Betrachtung bedarf der Fall, ob die Kriterien des Leistungsgrundsatzes auch für die Besetzung von Dienstposten gelten, wenn jedoch mit der Dienstpostenübertragung gerade nicht gleichzeitig die Übertragung des statusrechtlichen Amtes beabsichtigt ist. Dafür spricht ein funktionsbezogenes Verständnis, nachdem die leistungsbezogenen Anforderungen an den Stelleninhaber in der Wahrnehmung entsprechender Funktionen begründet liegen und nicht bereits allein aus der Trägerschaft eines bestimmten statusrechtlichen Amtes herrühren. Sofern man dieser Ansicht nicht folgt, ergibt sich ein systematischer Ausnahmeanwendungsbereich für den Leistungsgrundsatz bei reiner Dienstpostenübertragung, der ansonsten an die Veränderung des statusrechtlichen Amtes anknüpft.

3. Gehalte

Dem Leistungsgrundsatz kann eine objektive sowie eine subjektive Dimension entnommen werden, die verschiedene Gehalte aufweisen.

a) Objektive Dimension

Der sachwidrigkeitsbefreite Zugangsanspruch zu öffentlichen Ämtern gilt heute als Kernelement des Beamtenverfassungsrecht im Sinne eines republikanischen Amtsverständnisses und Verfassungsstaates.³² Entsprechend der Entwicklung des öffentlichen Dienstrechts adressiert der Leistungsgrundsatz heute die öffentlichen Arbeitgeber unabhängig davon, ob eine Einstellung

³⁰ Es verwundert daher, dass hierüber meist ohne Würdigung hinweggeblickt wird. Vgl. z.B. *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 27; auch *Neuhäuser*, NVwZ 2013, 176 (177).

³¹ BAGE 89, 300 (302); auch BAG NZA 2003, 798 (799 f.); gleichwohl kritisiert, vgl. BVerwG NVwZ 2005, 702 (703).

³² Ähnlich *Lindner*, BayVBl. 2012, 581 (583).

unter Berufung in das Beamtenverhältnis oder in ein sonstiges Arbeitsverhältnis erfolgt.³³

(1) Professionalität und Unabhängigkeit

In objektiver Hinsicht ist eine staatsorganisatorische Dimension der Norm auszumachen, die Regelung ist als Richtlinie für die Ausgestaltung und Handhabung des öffentlichen Dienstrechts zu sehen.³⁴ Das fachliche Niveau und die rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes sollen durch die ungeschmälernte Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese bei der Bewerberauswahl gewährleistet werden.³⁵

Die Bindung des Zugangs zu öffentlichen Ämtern an das Prinzip der Bestenauslese gewährleistet die staatstragenden Funktionen des Berufsbeamtentums, aber auch des öffentlichen Dienstes insgesamt. Es soll sicherstellen, dass die Erwartungen der Legitimierenden und gleichzeitig Adressaten öffentlicher Gewalt an die Aufgabenerfüllung des jeweiligen Amtsträgers nicht enttäuscht werden. Dazu gehören die Unabhängigkeit und Professionalität des Amtsträgers, die Gesetzmäßigkeit seines Handelns und dessen Legitimation sowie rechtlich, aber auch politisch klare Verantwortlichkeiten. Kristallisationspunkt der Amtspflichten ist die auf Sachwissen gegründete, parteipolitisch neutrale, rechts- und weisungsgebundene Amtsführung, da nur diese Legalität und Einheitlichkeit des Verwaltungshandelns nach vorgegebenen Maßstäben und Zielen gewährleisten kann. Die Wertentscheidung des Art. 33 Abs. 2 GG stellt sich insofern als unentbehrliches Strukturmerkmal des öffentlichen Dienstes und des Verwaltungsamtes dar,³⁶ sichert sie doch das technokratische Regierungselement.

(2) Personale Gewaltenteilung

Die Bedeutung der Bestenauslese im öffentlichen Dienst in seiner gesamten staatsorganisatorischen Tragweite wird deutlich, besinnt man sich auf das Verhältnis von Staat und Staatsvolk. Art. 20 Abs. 1 GG legt die Staatsform der Republik fest und erteilt damit eine Absage an andere Staatsformen, die eine der Verfassung übergeordnete Verleihung von Herrschaftsbefugnissen festlegen. Die Staatsgewalt in der Republik erhält ihre Legitimation ausschließlich

³³ Vgl. BVerwGE 81, 212 (215); BAG NZA 2003, 798 (799) m. w. N.

³⁴ *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 26.

³⁵ BAG NZA 2009, 901.

³⁶ Vgl. auch *Schröder*, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR V, § 106 Rn. 35.

aus dem Berufsakts des Volkes.³⁷ Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt, Art. 20 Abs. 2 GG. Die Übertragung eines Amtes zur Ausübung öffentlicher Aufgaben ist daher immer auch ein Vertrauensakt der Allgemeinheit.

Im Gegensatz zu politischen Wahlen wird die Legitimation bei Einstellungsentscheidungen im öffentlichen Dienst gerade nicht direkt durch einen demokratischen Wahlakt vermittelt, vielmehr erfolgt die personell-organisatorische Legitimation in diesen Fällen allein und nur, sofern es sich um rechtsstaatliche Ämterbesetzungen durch rechtsgebundene Personalentscheidungen handelt.³⁸ Insofern setzt sich in den unterschiedlichen Legitimationsmodi eine personale Gewaltenteilung fort, die die politische Führungsgewalt von der ausführenden Gewalt abgrenzt.³⁹ Gesprochen werden kann in diesem Zusammenhang auch von einer statusrechtlichen bzw. dienstrechtlichen Gewaltenteilung.⁴⁰ In diesem Sinne erfolgt eine Fortführung der Legitimationskette vom Wahlvolk zum Ausübenden öffentlicher Gewalt. Die erschreckende Folge ist, dass unter Verletzung des Leistungsprinzips in öffentliche Ämter gelangte Personen nicht (hinreichend) legitimiert sind, Herrschaftsgewalt auszuüben.⁴¹

Dies gilt umso mehr, vergegenwärtigt man sich, dass nur die rechtsstaatlich fundierte Demokratie auch gerechte Ergebnisse hervorbringt. So ist demokratische Legitimation allein noch kein Garant für die inhaltliche Richtigkeit einer im politischen Prozess entstandenen Entscheidung. Zunehmend verstanden als formales Prinzip schaffen demokratische Entscheidungsmechanismen zwar Legitimation kraft der Art und Weise des Zustandekommens der Entscheidung und der gewählten personellen Zusammensetzung der Entscheidungsorgane. Nicht gewährleistet durch den allein demokratischen Prozess werden jedoch die materiellen Rechtmäßigkeitsanforderungen (sachlich-inhaltliche Legitimation). Hierzu sind zum einen das Rechtsstaatsprinzip und dessen Ausprägungen von besonderer Bedeutung, die u. a. auch über die Funktionen des Berufsbeamtentums gesichert werden.⁴² Zum anderen ist es

³⁷ Antoni, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 20 Rn. 2.

³⁸ S. auch den eindeutigen Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein: „Die Verwaltung wird durch die *gesetzmäßig bestellten* Organe [...] ausgeübt.“

³⁹ Isensee, in: Bachof/Heigl/Redeker (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Kap. 20 S. 341.

⁴⁰ Vgl. etwa Schröder, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR V, § 106 Rn. 36 m. w. N.

⁴¹ Ausführend unter C. IV. 2.

⁴² Vgl. etwa Merten, Das Berufsbeamtentum als Element deutscher Rechtsstaatlichkeit, ZBR 1999, 1, oder Lindner, Die grundrechtssichernde Funktion des Berufsbeamtentums, ZBR 2006, 1; auch BVerfG NVwZ 2007, 1396 (1398).

das Prinzip der Bestenauslese und somit die Anbindung des öffentlichen Dienstes an allein fachliche Befähigung, das die demokratischen Entscheidungen mit der erforderlichen materiellen Rationalität fundiert. Da in der politischen Debattenkultur zunehmend Komplexität reduziert wird, um sinnvolle Debatten und Meinungsaustausch überhaupt zu ermöglichen, und damit eine Entmaterialisierung demokratischer Entscheidungsprozesse einhergeht, entsteht ein Kompensationsbedarf hinsichtlich der erforderlichen materiellen Rationalität. Diese Reduktion der sachlichen Komplexität in den demokratischen Gremien ist entsprechend an anderer Stelle des politischen Entscheidungsprozesses aufzufangen, namentlich durch eine materiell-inhaltliche Kompensation des fachlich fundierten öffentlichen Dienstes. Dieser stellt mit seinem Sachwissen in den Fachministerien und weiteren Behörden sicher, dass die demokratischen Entscheidungen eine sachlich fundierte und fachlich adäquate Begleitung erfahren und gibt diesen neben der politischen Legitimation eine weitere, inhaltliche Legitimationsebene. Diesen Zusammenhang betonend spricht Lindner von einer Arbeitsteilung zwischen Demokratieprinzip und Berufsbeamtentum.⁴³

Die Funktionsbestimmung des Berufsbeamtentums trägt gleichzeitig auch der Tatsache Rechnung, dass im demokratischen Staatswesen Herrschaft stets nur auf Zeit vergeben wird und die Verwaltung schon im Hinblick auf wechselnde politische Ausrichtungen der jeweiligen Staatsführungen neutral sein muss. Insoweit kann die strikte Bindung an Recht und Gemeinwohl, auf die die historische Ausformung des deutschen Berufsbeamtentums im Sinne eines republikanischen Amtsverständnisses ausgerichtet ist, auch als Funktionsbedingung der rechtsstaatlichen Demokratie begriffen werden.⁴⁴

(3) Demokratische Egalität

Zugleich verfolgt die in diesem Sinne staatsorganisatorische Norm das soziale Staatsziel. Wie bereits aus den historischen Aufrissen erkenntlich wird, sind die Entwicklungen der Staatsform, von Staatsfunktionen und des öffentlichen Dienstes als Errungenschaften zu begreifen, die zu Gerechtigkeit und somit zur Befriedung des Zusammenlebens beitragen. Insbesondere der diskriminierungsfreie Zugang zu den öffentlichen Ämtern im Land für potentiell alle Bürger fördert diesen Effekt, wenn er ihn nicht sogar bedingt. Der Grundsatz der Bestenauslese gewährleistet eine prinzipielle und chancengleiche Offenheit der öffentlichen Ämter und ermöglicht so eine Partizipation des Bürgers am staatlichen Leben. Er trägt zu einer erhöhten Integration des

⁴³ Lindner, ZBR 2010, 26 (29).

⁴⁴ So ausdrücklich BVerfG NVwZ 2007, 1396 (1398); auch BVerwG NVwZ 2008, 318 (320).

Staatsvolkes bei und schafft so demokratische Egalität.⁴⁵ Es gilt eine staatsbürgerliche Gleichheit im öffentlichen Dienst. Insbesondere dem wieder erstarkenden Gedanken des Staates als Gegenspieler des Bürgers, der unter dem Namen Kampf gegen das Establishment kursiert, kann nur im Wege eines chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugangs zum öffentlichen Dienst mit transparenten Besetzungsmethoden entgegengewirkt werden. So verstanden ist die Norm auch als Ausdruck grundrechtlich demokratischer Gleichheit zu werten, die in ihrer Ausprägung als Chancengleichheit maßgeblich sozialstaatlich fundiert ist.⁴⁶

b) Subjektive Dimension

Art. 33 Abs. 2 GG enthält in subjektiver Hinsicht ein grundrechtsgleiches Recht,⁴⁷ das sich insbesondere in dem durch richterliche Rechtsfortbildung konkretisierten Bewerbungsverfahrensanspruch manifestiert. Als besonderes Gleichheitsrecht für den Zugang zu öffentlichen Ämtern ist es insbesondere zu verstehen als Chancengleichheit aller Bewerber. Durch die Gewährleistung des grundrechtsgleichen Rechts auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl wird dem berechtigten Interesse der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst an einem angemessenen beruflichen Fortkommen Rechnung getragen.⁴⁸

(1) Personeller Anwendungsbereich

Anknüpfend an den eindeutigen Wortlaut der Norm wird der gleichberechtigte Zugang nach den ausschließlichen Bewertungskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG nur deutschen Staatsbürgern gewährt. Zu beachten ist jedoch das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, wonach im Anwendungsbereich der Verträge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Entsprechend wurde bereits früh die ursprünglich eigentümliche Einstellungsvoraussetzung der deutschen Staatsangehörigkeit durch (heute) § 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG bzw. § 7 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG relati-

⁴⁵ *Isensee*, in: Bachof/Heigl/Redeker (Hrsg.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Kap. 20 S. 340.

⁴⁶ So insbesondere *Schmidt-Aßmann*, *Leistungsgrundsatz des Art 33 Abs. 2 GG und soziale Gesichtspunkte bei der Regelung des Zugangs zum Beamtenverhältnis*, NJW 1980, 16 (17).

⁴⁷ BVerfGE 108, 282 (295); *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 20, 23; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 33 Rn. 9 ff.

⁴⁸ BVerwG NJW 1989, 538 (538); BVerwG, Urteil vom 25.4.1996 – 2 C 21/95 – juris Rn. 20.

viert.⁴⁹ Auf der anderen Seite wird auch eine gewisse nationale Sensibilität des staatlichen Verwaltungsbereiches anerkannt. So findet z.B. die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung auf Beschäftigte in den öffentlichen Verwaltungen, vgl. Art. 45 Abs. 4 AEUV. Jedoch ist dieser nationale Vorbehalt eng auszulegen. Es sind hierunter nur diejenigen Stellen zu verstehen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind, und die deshalb ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen.⁵⁰ Dieser engen, funktionellen Auslegung des EuGH entsprechend, sehen die einfachgesetzlichen Bestimmungen der §§ 7 Abs. 2 BBG und 7 Abs. 2 BeamStG vor, dass, wenn die Aufgaben es erfordern, nur eine Deutsche oder ein Deutscher i. S. d. Art. 116 Abs. 1 GG in ein Beamtenverhältnis berufen werden darf. Auch hierzu besteht gem. § 7 Abs. 3 BBG bzw. § 7 Abs. 3 Nr. 1 BeamStG jedoch wiederum eine Gegen Ausnahme, wonach das Bundesministerium des Innern Ausnahmen zulassen kann, wenn für die Berufung der Beamtin oder des Beamten ein dringendes dienstliches Bedürfnis besteht.

(2) Bewerbungsverfahrensanspruch

Der Bewerbungsverfahrensanspruch als grundrechtsgleiches Recht begründet einen subjektiven Anspruch auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl⁵¹ bei Einstellungen sowie Beförderungen und auf deren Durchführung grundsätzlich ausschließlich anhand der Kriterien Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.

Die Beurteilung dieser Kriterien bei einem Bewerber ist ein persönlichkeitsbezogenes Werturteil, das sich in einem Akt wertender Erkenntnis vollzieht und auch prognostische Elemente beinhaltet, weshalb dem Beurteilenden ein originärer Beurteilungsspielraum zusteht. Entsprechend handelt es sich bei diesen Kriterien um unbestimmte Rechtsbegriffe wertenden Inhalts, die nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegen.⁵²

⁴⁹ Vgl. Zehntes Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 20.12.1993, BGBl. I S. 2136.

⁵⁰ So wörtlich EuGH NVwZ 1987, 41 (41 f.) m. w. N.

⁵¹ Zum Anspruch auf Teilnahme an einem Stellenbesetzungsverfahren im öffentlichen Dienst vgl. BAG, Urteil vom 10.02.2015 – 9 AZR 554/13.

⁵² Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.04.2007 – 1 WB 31/06 – juris Rn. 44; auch Urteil vom 24.11.2005 – 2 C 34/04 – juris Rn. 8.

Die Eignung umfasst die allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen und die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Eigenschaften, und zwar in fachlicher, physischer, psychischer sowie charakterlicher Hinsicht. Die Befähigung umfasst die für die dienstliche Verwendung wesentlichen Fähigkeiten, Kenntnisse, Fertigkeiten und sonstigen Eigenschaften des Beamten. Hierzu zählen auch die allgemeine Ausbildung, Allgemeinwissen und Lebenserfahrung. Fachliche Leistung heißt Fachwissen, Fachkönnen und Bewährung im Fach. Sie besteht in den nach den dienstlichen Anforderungen bewerteten Arbeitsergebnissen.⁵³

Nur soweit mehrere Bewerber die gleiche Qualifikation in Bezug auf diese abschließenden Kriterien vorweisen, dürfen andere Hilfskriterien bei der Auswahlentscheidung herangezogen werden. Diese müssen jedoch auf sachlichen Erwägungen beruhen; insbesondere die Heranziehung der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten verbotenen Differenzierungsmerkmale und demnach gerade eine Auswahl unter Berücksichtigung von politischen Anschauungen ist unzulässig.⁵⁴ Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, können bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist.⁵⁵

Infolge des originären Beurteilungsspielraums können die Gerichte neben dem ordnungsgemäßen Verfahrensablauf die sachliche Entscheidung im Wesentlichen nur daraufhin kontrollieren, ob der Dienstherr von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, den beamten- und verfassungsrechtlichen Rahmen verkannt, allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat.⁵⁶ Neben der Erstellung des Anforderungsprofils ist insbesondere die Gewichtung der einzelnen Qualifikationsmerkmale wesentlicher Bestandteil des Beurteilungsspielraums des Dienstherrn bzw. Arbeitgebers.⁵⁷ Da jede Beurteilung zudem unvermeidlich subjektiv geprägt ist, wird notwendigerweise auch das Vertrauen in die Befähigung des Beurteilten zur Wahrnehmung der geforderten Aufgaben umfasst.

So nahm auch das VG Münster an, dass die Vorstellung, die Verwaltung müsse stets völlig ergebnisoffen in ein bestimmtes Auswahlverfahren gehen und dürfe sich insbesondere im Zusammenhang mit der Fassung fachlicher Anforderungsprofile nicht schon (zumindest intern) Gedanken machen, mit

⁵³ Zu den drei Kriterien: BVerfGE 110, 304 (322); *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 33 Rn. 54 ff.; vgl. auch § 2 Abs. 2 bis 4 BLV.

⁵⁴ Vgl. BVerwGE 81, 24 (26).

⁵⁵ BVerfG NVwZ 2011, 746 (747); NVwZ 2008, 194 (194); BVerwGE 124, 99 (102).

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 39, 334 (354); BVerwGE 68, 109 (110).

⁵⁷ Vgl. beispielhaft BAG NZA 2005, 879 (881) und VGH Mannheim NVwZ-RR 2004, 120 (120).

welchem potentiellen Bewerber der Posten nach ihrer Auffassung bestmöglich besetzt werden könnte, völlig lebensfremd sei und sich mit einer vorausschauenden, geordneten Personalplanung nur schwer in Einklang bringen lasse. Es könne in Ausschöpfung des in der Sache bestehenden Ermessensspielraums durchaus objektiv wünschenswert und interessengerecht sein, dass die Besetzung des Dienstpostens am Ende mit dem „Wunschkandidaten“ des Dienstherrn erfolge. Liegen diese Voraussetzungen vor, stelle es sich mithin auch nicht als sachwidrig oder gar manipulativ dar, einen solchen Kandidaten in besonderer Weise beruflich zu fördern. Dies befinde sich vielmehr gerade in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG.⁵⁸

Der Anspruch kann grundsätzlich keine Einstellung bzw. Beförderung des Anspruchstellers auf die konkrete Stelle begründen, er zielt lediglich auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung ab. Im Kern handelt es sich um besondere Beteiligungs- und Verfahrensrechte.⁵⁹ Infolge der vorangestellten Organisations- und Personalhoheit des jeweiligen Dienstherrn kann sich der Bewerbungsverfahrensanspruch nur auf vorhandene Ämter beziehen und eröffnet unter keinem Gesichtspunkt einen Anspruch auf Einrichtung eines öffentlichen Amtes.⁶⁰ Auch umfasst der Teilhabeanspruch grundsätzlich keinen gebundenen Anspruch auf tatsächlichen Zugang zur Stelle, sondern zielt vielmehr und ausschließlich auf die Chancengleichheit der Bewerber ab. Nur sofern sämtliche Einstellungs-voraussetzungen in der Person des Bewerbers erfüllt sind und darüber hinaus das Ermessen des Arbeitgebers so weit reduziert ist, dass sich jede andere Entscheidung als ermessensfehlerhaft und deshalb rechtswidrig darstellen würde, der Anspruchsteller somit der in jeder Hinsicht am besten Geeignete in Bezug auf die konkrete Stelle ist, kann sich der Bewerbungsverfahrensanspruch zu einem Einstellungsanspruch verdichten.⁶¹

Der Schutz dieser Rechte wird im Wesentlichen durch konkrete Vorgaben bei der Ausgestaltung des Bewerbungsverfahrens gewährleistet, die Einstellungen und Beförderungen gleichermaßen betreffen. Dabei lassen sich verschiedene Phasen des Stellenbesetzungsverfahrens differenzieren.

⁵⁸ Zum Ganzen: VG Münster, Beschluss vom 03.01.2012 – 4 L 670/11 – juris Rn. 87 f. m. w. N.

⁵⁹ Vgl. *Kümper*, DÖV 2017, 414 (418).

⁶⁰ S. auch *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 27 f.

⁶¹ *Kalenbach*, Bewerberauswahl im öffentlichen Dienst, öAT 2013, 7 (8 f.).

(a) Festlegung des Anforderungsprofils

Zu Beginn des Stellenbesetzungsverfahrens hat der Dienstherr ein konkretes Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle zu erstellen, durch das die eignungs-, befähigungs- und leistungsbezogenen Anforderungen an die Auswahl der Bewerber in Bezug auf den bestimmten Dienstposten näher konkretisiert werden.

Dabei folgt die Erstellung des Anforderungsprofils und die darauf basierende Auswahl der Organisations- und Personalhoheit des jeweiligen Dienstherrn. Bei der Bestimmung des Anforderungsprofils ist der Dienstherr aber an die gesetzlichen Vorgaben gebunden. So unterliegt auch die Festlegung des Anforderungsprofils als vorweggenommener, wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Fehler im Anforderungsprofil führen grundsätzlich auch zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswählerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Leistungsgrundsatz orientierten Gesichtspunkten beruhen.⁶² Die Auswahlentscheidung hat sich an diesem dienstpostenspezifischen Anforderungsprofil als Maßstab zu orientieren.⁶³ Die Einengung des Bewerberkreises muss aufgrund sachlicher Erwägungen erfolgen. Entsprechend muss das Anforderungsprofil zwingend vor Beginn des Auswahlverfahrens festgelegt worden sein. Eine nachträgliche Modifizierung ist unzulässig. Es muss hinreichend bestimmt, klar, eindeutig, in sich schlüssig und auch sonst nachvollziehbar sein.⁶⁴

Ist das Anforderungsprofil in unsachlicher Weise auf eine bestimmte Person zugeschnitten, ist die Ausschreibung und zugleich die gesamte Auswahlentscheidung ermessensfehlerhaft.⁶⁵ Zwar folgt die Befugnis des Dienstherrn zur Bestimmung der Funktionen eines Dienstpostens nach Art und Umfang sowie der an den Amtsinhaber zu stellenden Anforderungen aus dessen Organisationsgewalt, sodass dem Dienstherrn ein weites Ermessen mit der Folge eingeräumt ist, dass der gerichtlichen Überprüfung engere Grenzen gesetzt sind. Grund und Umfang der gerichtlichen Kontrolle folgen jedoch daraus, dass durch die Festlegung eines Anforderungsprofils und die Kundgabe in der Ausschreibung ein Teil der Auswahlentscheidung vorweggenommen bzw. zumindest vorbestimmt wird. So besteht die Möglichkeit, dass bereits in der Ausschreibung das Anforderungsprofil aus unsachlichen Gründen auf eine

⁶² BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 08.10.2007 – 2 BvR 1846/07 – juris Rn. 18.

⁶³ Zur Verbindlichkeit des Anforderungsprofils für Beförderungsdienstposten, vgl. BVerwG NVwZ-RR 2002, 47 (48); OVG Münster NVwZ-RR 2003, 52.

⁶⁴ VG Münster, Beschluss vom 25.02.2015 – 4 L 25/15 – juris Rn. 23 f., 42.

⁶⁵ VG Wiesbaden NVwZ-RR 2003, 582 (583).

bestimmte Person in der Weise zugeschnitten oder in anderer Weise manipuliert wird, sodass Mitbewerber in unzulässiger, sachwidriger Weise von vornherein ausgeschlossen werden. Daher umfasst der gerichtliche Prüfungsumfang auch die Frage, ob sich das Anforderungsprofil in sachgerechter Weise an den Aufgaben der zu besetzenden Stelle orientiert.⁶⁶

(b) Stellenausschreibung

Sodann folgt eine Ausschreibung der vakanten Stelle, die im Interesse der Chancengleichheit aller potentiell geeigneten Kandidaten sowie im öffentlichen Interesse an der Gewinnung des geeignetsten Bewerbers öffentlich zu erfolgen hat.⁶⁷

Einfachgesetzlich wird eine solche öffentliche Ausschreibung, soweit es um die Begründung eines Beamtenverhältnisses geht,⁶⁸ auch von (§ 46 DRiG i. V. m.) § 8 Abs. 1 S. 1 u. 2 BBG, § 4 Abs. 1 BLV und entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen gefordert.⁶⁹ Jedoch besitzen diese einfachgesetzlichen Regelungen nur eine Konkretisierungs- und Klarstellungsfunktion; die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung folgt nach zutreffender Ansicht bereits aus der Verfassungsnorm des Art. 33 Abs. 2 GG.⁷⁰ Dies beruht auf dem Gedanken, dass der Grundsatz der Bestenauslese die Kenntnis aller geeigneten Kandidaten von dem Stellenbesetzungsverfahren erfordert.⁷¹ Denn nur, wenn die Möglichkeit der Kenntnisnahme von einer offenen Stelle für alle potentiellen Bewerber besteht, kann gewährleistet werden, dass tatsächlich ein ausreichend großer Bewerberkreis zur Verfügung steht, aus dem der fachlich am besten geeignete Kandidat zu wählen ist. Das Ziel des Leistungsprinzips, die Professionalität und Unabhängigkeit des Berufsbeamten­tums und des öffentlichen Dienstes insgesamt zu befördern und zu erhalten, kann nur erreicht werden, sofern eine ausreichend große Auswahl generell

⁶⁶ VG Wiesbaden NVwZ-RR 2003, 582 (582 f.); s. auch OVG Weimar NVwZ-RR 2020, 224 (225).

⁶⁷ Vgl. *Koll*, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Ausschreibung, LKV 2001, 394 (395).

⁶⁸ Beförderungstellen werden von der Ausschreibungspflicht nicht erfasst, vgl. den ausdrücklichen Wortlaut der Normen; auch BVerwGE 49, 232 (235).

⁶⁹ Vgl. beispielhaft § 10 Abs. 1 LBG SH.

⁷⁰ So *Neuhäuser*, NVwZ 2013, 176 (178 f.): Ausschreibungspflicht als verfassungsrechtliche Vorwirkung des Art. 33 Abs. 2 GG; grundlegend: v. *Hippel*, Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibung; hierauf weist auch der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung hin, vgl. *BRH*, Gutachten zum Verfahren der internen und externen Personalauswahl in der Bundesverwaltung, S. 17.

⁷¹ So auch *Bochmann*, ZBR 2008, 397.

geeigneter Bewerber vorhanden ist, was gerade eine öffentliche Ausschreibung der Stelle erforderlich macht. Die Ausschreibung dient demnach dem Zweck, überhaupt geeignete Bewerber zu ermitteln. „Soll das Verfassungsgebot der gleichen Zugänglichkeit zu den öffentlichen Ämtern nicht nur eine leere Hülse bleiben, so enthält Art. 33 Abs. 2 GG nach Sinn und Zweck zugleich die Verpflichtung, Möglichkeiten für einen realisierbaren Zugang zu freien öffentlichen Ämtern zu schaffen. Das setzt die Information über diese Ämter voraus. Diese Information muss so breit und effizient gestreut sein, dass für die an dem jeweils zu besetzenden öffentlichen Amt potenziell Interessierten und zu Interessierenden tatsächlich die Möglichkeit der Kenntniserlangung geschaffen wird.“⁷² Dabei ist die Information jedoch nur geeignet diesen Zweck zu erreichen, sofern sie in einem entsprechenden Publikationsorgan (Amtsblättern, Tageszeitungen, Fachzeitschriften, Internetportalen⁷³) erscheint, insbesondere ein Aushang in den Diensträumen der entsprechenden Behörde im Sinne einer sog. dienststelleninternen Ausschreibung geeignet dem Zweck dieser Vorschrift nicht.⁷⁴

Die frühe Ansicht des BVerwG, wonach sich aus dem Gebot des Art. 33 Abs. 2 GG eine allgemeine Ausschreibungspflicht nicht herleiten lasse, da die konkretisierenden Regelungen des § 8 Abs. 1 S. 1 BBG nicht die einzige mögliche Form darstellten, dem verfassungsrechtlichen Gebot nachzukommen,⁷⁵ überzeugt nicht. Insbesondere lässt der Senat offen, welche weiteren im Vergleich mit einer öffentlichen Ausschreibung mindestens gleich geeigneten Formen der Bewerberermittlung in Frage kommen. Die Rechtsprechung führt aus, dass in den gesetzlich nicht geregelten Fällen die Ausschreibungspflicht im Ermessen des Dienstherrn stehe, das sich allerdings durch Verwaltungsvorschriften und einer gefestigten Übung im Wege der Selbstbindung der Verwaltung zu einer Ausschreibungspflicht verdichten könne.⁷⁶ Die organisatorische Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn umfasse es dabei, den Kreis der für die Planstelle in Frage kommenden Beamten gemäß den konkreten Verwaltungserfordernissen sachbezogen zu bestimmen.⁷⁷ Insofern könne ein Ausschluss externer Bewerber aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein, wozu auch die Entscheidung der einstellenden Stelle zähle, im Hinblick auf die finanzielle

⁷² BremStGH NVwZ-RR 1993, 417 (2. LS und 418); zitiert von OVG Schleswig-NJW 2001, 3495 (3498).

⁷³ Nach Ansicht des VG Berlin stellt die Internet-Homepage eines Unternehmens demgegenüber kein einem allgemeinen öffentlichen Stellenanzeigenmarkt vergleichbares Forum dar, vgl. Beschl. v. 06.09.2001 – 25 A 226.01 – 2. LS.

⁷⁴ So ausdrücklich BVerwG VerwRspr 1979, 426 (428).

⁷⁵ BVerwG VerwRspr 1979, 426 (428).

⁷⁶ BVerwG ZBR 1979, 176 (177); auch VGH Kassel NVwZ-RR 1992, 34 (35).

⁷⁷ OVG Münster DÖD 2004, 252 (253).

Situation „Personallücken“ vorrangig aus dem eigenen Personal zu decken.⁷⁸ Ein solcher, die Ausschreibungspflicht beschränkender, sachlicher Grund müsse sachlich vertretbar sein und dürfe nicht gegen die Wertungen des Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen.⁷⁹ Der Schutzbereich des Art. 33 Abs. 2 GG werde erst durch eine im Rahmen der Organisationsgewalt zur Verfügung gestellte und für die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben gewidmete Stelle eröffnet. Dies geschehe im Rahmen der Bestimmung der legitimen Verwaltungsaufgaben einerseits und der verfügbaren Finanzmittel andererseits und könne eine sachliche und damit willkürfreie Erwägung darstellen, die die Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG hindere.⁸⁰

Diese Wertungen verkennen jedoch die Notwendigkeit einer Stellenausschreibung für die effektive Grundrechtsausübung. Ohne Kenntnis von einer freien Amtsstelle vermag ein etwaiger Bewerber sein Recht auf Bewerbung nicht ausüben zu können, weshalb an dieser Stelle das Verfahren zum notwendigen Element der Verwirklichung der materiell-rechtlichen Rechtsposition wird.⁸¹ Das grundrechtsgleiche Recht ist in besonderem Maße als verfahrensabhängig anzusehen, da seine materiellen Rechtsverbürgungen ohne eine Verfahrensabsicherung im Ergebnis leer liefen.⁸² Das Verfahren, das dem Einzelnen den gleichen Zugang zum öffentlichen Amt gewährleisten soll, ist somit gleichzeitig notwendige Bedingung, um diesen gleichen Zugang zu realisieren.⁸³ Anders gewendet sind Art. 33 Abs. 2 GG und das Verfahren untrennbar und dergestalt aufeinander bezogen, dass das Verfahren überhaupt geeignet sein muss, zu einem realisierbaren Zugang zu dem öffentlichen Amt zu führen. Insofern wurde der Funktionswert von Stellenausschreibungen im öffentlichen Dienst⁸⁴ von einigen Autoren bereits deutlich hervorgehoben: Die Ausschreibung ist das der pluralistischen Gesellschaft gemäße Verfahren, um das Leistungsprinzip zu verwirklichen.⁸⁵ Die Personal- und Organisationshoheit des jeweiligen Dienstherrn muss hinter diesen Wertungen zurücktreten. Im Interesse des Grundrechtsschutzes besteht der

⁷⁸ Vgl. VGH Kassel NVwZ-RR 2003, 664.

⁷⁹ OVG Münster NVwZ-RR 2013, 423 (425), abgelehnt für eine „Bleibeverpflichtung“.

⁸⁰ OVG Münster, Beschl. v. 6.3.2007 – 6 B 48/07 – juris Rn. 8 ff.; OVG Weimar, Beschl. v. 17.6.2009 – 2 EO 222/08 – juris Rn. 47.

⁸¹ So auch *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 94.

⁸² Zur Verwirklichung von Grundrechten durch eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung, s. auch bereits BVerfGE 52, 380 (389 f.); 53, 30 (65 f.) und BVerfG NJW 1987, 887 (888).

⁸³ *Ladeur*, Jura 1992, 77 (81).

⁸⁴ Vgl. *Lorse*, ZTR 2006, 14 (15).

⁸⁵ *Battis*, BBG, § 8 Rn. 2.

Grundsatz eines streng sachbezogenen und objektiv verlaufenden, ergebnis-offenen Verwaltungsverfahrens.⁸⁶

Unter Anerkennung dieser Verfahrensabhängigkeit der Grundrechtsgewährleistung folgte auch bereits das schleswig-holsteinische Obergerverwaltungsgericht mutig, dass das verfassungsunmittelbare subjektive Recht des Art. 33 Abs. 2 GG nicht nur denjenigen Personen zustehe, die sich um ein öffentliches Amt förmlich beworben haben. Fehle es an einer Stellenausschreibung oder einer vergleichbaren Information über ein zu besetzendes öffentliches Amt und haben potenziell Interessierte und zu Interessierende somit keine Möglichkeit, sich um dieses Amt förmlich zu bewerben, so stehe das genannte subjektive Recht sämtlichen potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten zu. Dies ergebe sich gerade daraus, dass das Recht auf Zugangsgleichheit in besonderem Maße verfahrensabhängig sei und das Verfahren daher zu einem notwendigen Element der Verwirklichung der materiellrechtlichen Rechtsposition werde. Solle das Verfassungsgebot der gleichen Zugänglichkeit zu den öffentlichen Ämtern nicht nur eine leere Hülse bleiben, so sei der Norm zugleich die Verpflichtung zu entnehmen, Möglichkeiten für einen realisierbaren Zugang zu freien öffentlichen Ämtern zu schaffen. Dies setze unweigerlich die Information über diese Ämter voraus, die so breit und effizient gestreut sein müssten, dass für die an dem jeweils zu besetzenden, öffentlichen Amt potentiell Interessierten und zu Interessierenden tatsächlich die Möglichkeit der Kenntniserlangung geschaffen werde. Werde der Verpflichtung, Möglichkeiten für einen realisierbaren Zugang zu einem freien öffentlichen Amt zu schaffen, weder durch eine Ausschreibung dieses Amtes noch durch eine vergleichbare Information über dieses Amt entsprochen und somit eine Möglichkeit zur Bewerbung um das Amt nicht eröffnet, so könne die verfassungsrechtlich gebotene gleiche Zugänglichkeit zu dem Amt grundsätzlich nur dadurch gesichert werden, dass die potentiellen Kandidatinnen und Kandidaten hinsichtlich der sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechtsposition so behandelt werden, als hätten sie sich um das freie öffentliche Amt beworben.⁸⁷

Etwas anders interpretierte es das sächsische Obergerverwaltungsgericht, das die Geltung der grundrechtsgleichen Gewährleistung des Zugangs zum öffentlichen Dienst in der Ausgestaltung des (in diesem Falle Beförderungs-) Verfahrens als Kompensationsfunktion für die weitgehend fehlende gerichtliche Kontrolle der auf einem Beurteilungsspielraum beruhenden Verwaltungsentscheidung ansah. Denn die Einräumung eines solchen Beurteilungsspielraumes und damit einer weitgehenden Freistellung von gerichtlicher

⁸⁶ OVG Weimar, Beschl. v. 30.01.2008 – 2 EO 236/07 – juris Rn. 54 m. w. N.

⁸⁷ OVG Schleswig NJW 2001, 3495 (3498f.) mit teilweisem Verweis auf BremStGH NVwZ-RR 1993, 417.

Kontrolle in einem System des lückenlosen effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG sei nur dann zu rechtfertigen, wenn das auf die Verwaltungsentscheidung abzielende Verwaltungsverfahren so ausgestaltet sei, dass leistungsverzerrende bzw. leistungsverwischende Personalentscheidungen möglichst vermieden würden.⁸⁸

(c) Dokumentation der Eignungsfeststellung und Auswählerwägungen

Die Bewertung der Bewerber erfolgt anhand von dienstlichen Beurteilungen, Zeugnissen und aktuellen Leistungsberichten unter Zugrundelegung eines einheitlichen Bewertungsmaßstabes.

Bei gleichlautendem Gesamturteil ist der Dienstherr zunächst verpflichtet die Beurteilungen umfassend inhaltlich auszuwerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung unter Anlegung gleicher Maßstäbe zur Kenntnis zu nehmen. Führt auch dies zu keinem Qualifikationsunterschied zwischen den Bewerbern, sind als weitere unmittelbar leistungsbezogene Kriterien frühere dienstliche Beurteilungen mit ihren Gesamturteilen und erforderlichenfalls auch den Einzelfeststellungen zu berücksichtigen. Zwar verhalten frühere Beurteilungen sich nicht zu dem nunmehr erreichten Leistungsstand des Beurteilten in seinem derzeitigen statusrechtlichen Amt. Gleichwohl können diese vor allem bei einem Vergleich von Bewerbern bedeutsame Rückschlüsse und Prognosen über die künftige Bewährung in einem Beförderungsamte ermöglichen. Dies kommt insbesondere in Betracht, soweit frühere Beurteilungen positive oder negative Aussagen über Charaktereigenschaften, Kenntnisse, Fähigkeiten, Verwendungen und Leistungen sowie deren voraussichtliche weitere Entwicklung enthalten.⁸⁹ Als Erkenntnisse, die über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung Aufschluss geben, sind frühere Beurteilungen somit vor Hilfskriterien heranzuziehen. Es gilt die nicht ausschließbare, primäre Berücksichtigung unmittelbar leistungsbezogener Erkenntnisse für die Bewerberauswahl. Erst wenn alle unmittelbar leistungsbezogenen Erkenntnisquellen ausgeschöpft sind und die Bewerber „im Wesentlichen gleich“ einzustufen sind, darf auf Hilfskriterien für die Auswahlentscheidung zurückgegriffen werden.⁹⁰

Zur Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes müssen neben dem Anforderungsprofil auch diese Leistungsbewertung und die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich dokumentiert und dem abgelehnten Bewerber

⁸⁸ OVG Bautzen, Beschl. v. 11.04.2001 – 3 BS 84/01 – juris Rn. 6.

⁸⁹ BVerwG NVwZ 2003, 1397 (1398).

⁹⁰ Vgl. BVerwG NVwZ 2003, 1397 (1398); OVG Münster NVwZ 2017, 807 (809).

ber zugänglich gemacht werden.⁹¹ Die schriftliche Niederlegung der wesentlichen Auswählerwägungen wird dabei bereits aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) gefordert. Erst die Dokumentation ermöglicht eine sachgerechte Kontrolle durch den unterlegenen Bewerber und gegebenenfalls durch die Gerichte. Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen – deren Kenntnis sich der unterlegene Bewerber durch Akteneinsicht verschaffen kann – wird dieser in die Lage versetzt, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Insbesondere ist es nicht zumutbar, die Auswahlentscheidung eines Dienstherrn gewissermaßen „ins Blaue hinein“ in einem gerichtlichen Eilverfahren anzugreifen, um überhaupt nur die tragenden Entscheidungsgründe zu erfahren.⁹² Die Auffassung, der Dienstherr könne die Gründe für seine Auswahlentscheidung noch erstmals im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren darlegen, erschwert den gerichtlichen Rechtsschutz des Betroffenen unzumutbar und ist daher abzulehnen.⁹³ Auch wird erst über die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen. Die schriftliche Dokumentation der Auswählerwägungen stellt sicher, dass die Bewertungsgrundlagen der entscheidenden Stelle vollständig zur Kenntnis gelangt sind und erweist sich damit als verfahrensbegleitende Absicherung der Einhaltung der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG.

Die schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen muss nicht zwingend in einem Schriftstück erfolgen, das ausdrücklich als Auswahlvermerk oder Besetzungsbericht bezeichnet ist. Dies mag zwar aus Gründen der Klarheit sinnvoll und deshalb auch üblich sein, eine den genannten Zwecken genügende schriftliche Fixierung der Auswählerwägungen kann jedoch auch in einer Vorlage etwa für die Personalvertretung oder auch in einer Zusammenschau mehrerer Schriftstücke liegen, solange die wesentlichen Erwägungen in einer Weise hinreichend zeitnah, ausführlich und eindeutig dokumentiert werden, sodass der unterlegene Bewerber und das Gericht diese ohne Weiteres nachvollziehen können.⁹⁴ Auch die Frage, welchen Mindestinhalt die Dokumentation der Auswählerwägungen haben

⁹¹ Beispielhaft BVerfG NVwZ-RR 2016, 187 (188); OVG Münster DÖV 2018, 719 – LS.

⁹² BVerfG NVwZ-RR 2016, 187 (188); OVG Münster, Beschl. v. 22.05.2018 – 6 B 88/18 – juris Rn. 9.

⁹³ So auch BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

⁹⁴ Klarstellend: OVG Münster, Beschl. v. 22.05.2018 – 6 B 88/18 – juris Rn. 11, 18 ff.

und welche Begründungstiefe diese aufweisen muss, kann nicht regelhaft und losgelöst vom jeweiligen Einzelfall beantwortet werden. Die Erwägungen müssen jeweils ausreichen, um den beschriebenen Zweck der Dokumentationspflicht zu erfüllen, d.h. eine hinreichende und zumutbare Orientierung hinsichtlich einer etwaigen Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu ermöglichen.⁹⁵

(d) Benachrichtigungs- und Wartepflicht

Zudem muss der abgelehnte Bewerber rechtzeitig vor der Stellenbesetzung von der Entscheidung informiert werden, damit ihm angesichts der Endgültigkeit der Besetzung aufgrund des Grundsatzes der Ämterstabilität noch die Möglichkeit der Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes verbleibt.⁹⁶ Denn durch die Ernennung eines ausgewählten Konkurrenten werden hinsichtlich der umstrittenen Stelle vollendete Tatsachen geschaffen, weil die Ernennung aus Gründen der Ämterstabilität und des Vertrauensschutzes grundsätzlich nicht mehr rückgängig gemacht werden darf. Das Amt soll mit der Ernennung des ausgewählten Bewerbers unwiderruflich vergeben sein, ohne dass es darauf ankommt, ob die Ernennung mit Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang steht.⁹⁷ Daher erledigt sich der um die Auswahlentscheidung geführte Rechtsstreit regelmäßig mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle. Die Besetzung führt zum endgültigen Abschluss des Auswahlverfahrens, womit regelmäßig auch der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers seine rechtliche Bedeutung verliert.⁹⁸ Das Gebot effektiven Rechtsschutzes verlangt daher, dass vor Aushändigung der Urkunde an den ausgewählten Bewerber der unterlegene Bewerber die Möglichkeit hat, Eilantrag, Beschwerde oder Verfassungsbeschwerde zu erheben. Eine Frist von zwei Tagen genügt dieser Anforderung nicht,⁹⁹ regelmäßig wird eine Frist von mindestens 2 Wochen verlangt.¹⁰⁰

Nach Ansicht des BVerfG stellt es eine mit Art. 19 Abs. 4 i. V.m. Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbare Überspannung der Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs zu Lasten des erfolglosen Bewerbers dar, wenn dieser für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht nur die

⁹⁵ OVG Münster, Beschl. v. 2.10.2015 – 6 B 794/15 – juris Rn. 4.

⁹⁶ BVerfG NJW-RR 2005, 998 (999); auch NVwZ 2007, 1178 (1179).

⁹⁷ BVerwGE 80, 127 (130 f.); auch BGHZ 165, 139 (142 f.).

⁹⁸ Vgl. ausführend BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 – 2 C 14/02 – juris Rn. 16 mit zahlreichen Nachweisen.

⁹⁹ BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

¹⁰⁰ Vgl. statt vieler BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 09. Juli 2009 – 2 BvR 706/09 – juris Rn. 4 m. w. N.

Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung, sondern darüber hinaus auch die realistische, nicht nur entfernte Möglichkeit einer für ihn positiven neuen Auswahlentscheidung glaubhaft machen muss.¹⁰¹ Der verwaltungsgerichtliche Eilrechtsschutz setzt zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs lediglich voraus, dass die Aussichten des Antragstellers, im Falle eines ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens zum Zuge zu kommen, offen sind, das heißt seine Auswahl muss zumindest möglich erscheinen.¹⁰² Insofern gilt eine vereinfachte Glaubhaftmachung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren.¹⁰³

Soweit ein Rechtsschutzverfahren angestrengt wird, ist bis zum rechtskräftigen Abschluss abzuwarten, bevor die Stellenbesetzung erfolgen darf. Bei sachlichen Gründen jedoch, die insbesondere in einer gerichtlichen Beanstandung bestehen können, kann der Dienstherr das Stellenbesetzungsverfahren zugunsten eines neuen Verfahrens abbrechen, womit die Verfahrensrechte der Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG untergehen. Der Anspruch geht jedoch nicht unter, wenn der Arbeitgeber die Ernennung ohne abzuwarten vornimmt und so den gebotenen effektiven Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers vereitelt.¹⁰⁴ Der Grundsatz der Ämterstabilität steht daher der Aufhebung der Ernennung auf Klage eines unterlegenen Bewerbers nicht entgegen, wenn dieser daran gehindert worden ist, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs vor der Ernennung auszu-schöpfen.¹⁰⁵

(3) Verfahrensabhängigkeit

Für die Gewährleistung der subjektiven Dimension des grundrechtsgleichen Rechts auf chancengleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern wird wie aufgezeigt das Verfahren zum notwendigen Element der Verwirklichung der materiell-rechtlichen Rechtsposition. Wird ein streng sachbezogenes und objektiv verlaufendes, ergebnisoffenes Verwaltungsverfahren nicht gewährleistet, bleibt Art. 33 Abs. 2 GG auch in seiner objektiven staatsfundamentalen Dimension nicht mehr als ein gut gemeinter Gedanke. Dabei liegt es neben der Verantwortung der verfahrensgestaltenden Funktionsträger auch immer in der Verantwortung der als Funktionsträger fungierenden natürlichen Person,

¹⁰¹ BVerfG NVwZ 2003, 200 (201).

¹⁰² BVerfG NVwZ-RR 2016, 187 (188).

¹⁰³ Ausführend *Kühling*, NVwZ 2004, 656.

¹⁰⁴ Zum Ganzen: *Kalenbach*, öAT 2013, 7 (9 f.); *Eckstein*, Der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG in der neuesten verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, ZBR 2009, 86 (88 f.).

¹⁰⁵ BVerwG NVwZ 2011, 358 – 2. Leitsatz.

entgegen subjektiv un- und unterbewusster Präferenzen eine gleichheitsorientierte, dem Gemeinwohl dienende Auswahlentscheidung zu treffen.

„Wo das subjektive Recht als Ferment des Rechtsstaats nicht hinreicht, steigt die Bedeutung der objektivrechtlichen und der politischen Kontrollen. Wo aber auch diese enden, wird Selbstkontrolle der Verantwortlichen zur alleinigen Vertrauensgrundlage des Verfassungsstaats.“¹⁰⁶

4. Grenzen und Konkurrenzen

Art. 33 Abs. 2 GG ist der einzige Gleichheitssatz, der im positiven Sinne Kriterien vorschreibt, anhand derer die Bewerberauswahl beim Zugang zu öffentlichen Ämtern vorzunehmen ist.¹⁰⁷ Die Geltung dieses Grundsatzes wird unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet.¹⁰⁸ Er gilt damit für alle öffentlichen Arbeitgeber verbindlich und vorbehaltlos.

Gleichwohl kann der Grundsatz der Bestenauslese entsprechend der allgemeinen Grundrechtslehre zu verfassungsimmanenten Schranken durch Belange eingeschränkt werden, denen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist.¹⁰⁹ Es ist vorrangig Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers, die Abwägung und den Ausgleich zwischen dem Leistungsgrundsatz und anderen in der Verfassung geschützten Belangen vorzunehmen. Ausnahmen vom Leistungsgrundsatz beim Zugang zu öffentlichen Ämtern bedürfen demnach einer formell-gesetzlichen und verfassungsrechtlich tragfähigen Grundlage. Gleiches gilt für Ausnahmen bei der Vergabe von Ämtern im Rahmen von Beförderungsverfahren.¹¹⁰

Die grundgesetzlich verankerte Förderung der geschlechtsbezogenen Gleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) ist nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes generell einzuschränken; vielmehr ist die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen auf Fälle gleicher Qualifikation beschränkt.¹¹¹ Insofern dürfen Frauen bei gleicher Gesamtnote nicht einschränkungslos besser eingestuft werden als Männer. Dies gilt indes auch für Personen mit einer Behinderung (vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), die bei gleicher Gesamtnote nicht einschränkungslos besser eingestuft werden dürfen als

¹⁰⁶ *Isensee*, in: Bachof/Heigl/Redeker (Hrsg.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Kap. 20 S. 356.

¹⁰⁷ *Sachs*, *Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes*, ZBR 1994, 133 (133).

¹⁰⁸ BVerfG NVwZ 2011, 746 (747); NVwZ 2019, 1760 (1761).

¹⁰⁹ Vgl. BVerfG NVwZ 1997, 54 (55); BVerwGE 124, 99 (102).

¹¹⁰ So auch BVerfG NVwZ 2019, 1760 (1761).

¹¹¹ Vgl. OVG Münster NVwZ 2017, 807 (812 ff.) m. Anm. *Trierweiler und Baumanns*.

Personen ohne Behinderung.¹¹² Auch § 8 Abs. 1 S. 3 BGleIG¹¹³ setzt für die Bevorzugung von Bewerberinnen voraus, dass diese die gleiche Qualifikation aufweisen wie ihre männlichen Mitbewerber. Soweit keine Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung vorhanden sind, sind als weitere unmittelbar leistungsbezogene Kriterien zunächst frühere dienstliche Beurteilungen mit ihren Gesamturteilen und erforderlichenfalls auch den Einzelfeststellungen zu berücksichtigen. Erst wenn alle unmittelbar leistungsbezogenen Erkenntnisquellen ausgeschöpft sind und die Bewerber „im Wesentlichen gleich“ einzustufen sind, können Aspekte der Frauenförderung oder auch des Dienstalters Hilfskriterien bei einer Auswahlentscheidung sein.¹¹⁴

II. Anwendungsbereich

Ob der Leistungsgrundsatz vollständige oder auch nur teilweise Geltung erlangt in Bezug auf den Amtszugang der in Blick genommen besonderen Amtsgruppen, war und ist teilweise auch heute noch strittig.

1. Politische Beamte

Das von den politischen Beamten geforderte Vertrauens- und Übereinstimmungserfordernis in die grundsätzlichen politischen Ansichten und Ziele der Regierung könnte der ausschließlichen oder auch nur vorrangigen Geltung der Leistungskriterien entgegenstehen.

Dabei unterscheidet sich das von den politischen Beamten geforderte Vertrauen bzgl. ihrer persönlichen und politischen Loyalität von dem allgemein erforderlichen Vertrauen in die Befähigung zur Wahrnehmung der geforderten Aufgaben inhaltlich dadurch, dass es sich nicht unmittelbar aus Befähigungsmerkmalen der bisherigen Leistungsbewertungen vorheriger Amtsposten herleiten lässt. Es liegt vielmehr subjektiv im Zutrauen in den Beamten, dass mit ihm die Regierungspolitik in gewünschter Weise betrieben und gefördert werden kann.¹¹⁵ Der Beamte kann es daher auch nicht eigenständig herstellen, es muss ihm entgegengebracht werden.¹¹⁶

¹¹² VGH Kassel, Urt. v. 09.03.2010 – 1 A 286/09 – juris Rn. 26 ff.

¹¹³ Bundesgleichstellungsgesetz v. 24.04.2015, BGBl. I S. 642, 643 (Nr. 17).

¹¹⁴ Vgl. BVerwG NVwZ 2003, 1397 (1398); OVG Münster NVwZ 2017, 807 (809).

¹¹⁵ Vgl. VG Berlin, Urteil vom 20.02.2015 – 28 K 254.13 – juris Rn. 40.

¹¹⁶ Siehe auch *Bracher*, Vertrauen in politische Anschauungen und persönliche Loyalität bei beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen, DVBl. 2001, 19 (20).

a) Keine Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes

Vereinzelte wurde eine Durchbrechung des Leistungsprinzips bei politischen Beamten angenommen, da die Übereinstimmung mit den politischen Ansichten der Regierung und deren Vertrauen in die persönliche Loyalität des Amtsträgers insbesondere im Hinblick auf eine effektive Steuerungsfähigkeit der Regierung als gewichtigere Aspekte anzusehen seien. Die Regierung solle im Hinblick auf dieses Interesse möglichst frei über die personelle Besetzung der Spitzenpositionen entscheiden können. Der Leistungsgrundsatz werde in der Folge gewissermaßen durch das Erfordernis des politischen Vertrauens durchbrochen. Ein fachlich besser geeigneter Bewerber könne somit selbst bei grundsätzlichem Bestehen eines solchen Vertrauensverhältnisses durch einen weniger qualifizierten, aber „vertrauenswürdigeren“ Bewerber ausgestochen werden.¹¹⁷

Die grundsätzliche Geltung des Art. 33 Abs. 2 GG bei der Einstellung von politischen Beamten wird jedoch ganz überwiegend nicht in Frage gestellt.¹¹⁸ Dies ist folgerichtig, denn die besonderen Vorschriften für diese Beamten finden sich sowohl im Bundes- als auch Landesrecht einzig und allein in dem jeweiligen Unterabschnitt über die Beendigung des Beamtenverhältnisses. Es bestehen jedoch keine Sondervorschriften für die Begründung der Beamtenverhältnisse mit politischen Beamten bzw. deren Ernennung. Daher ergibt sich schon aus einer allgemeinen systematischen Auslegung, dass die allgemein geltenden Regelungen, und somit die Kriterien des Leistungsgrundsatzes auch auf politische Beamte Anwendung finden.¹¹⁹

Die Anwendung des Leistungsgrundsatzes auf die Einstellung von politischen Beamten wird auch durch Sinn und Zweck der beamtenrechtlichen Sonderregelungen belegt. Zwar muss aus der gesetzlichen Ermächtigung der Regierung, den Amtsträger bei Zweifeln in seine persönliche und politische Loyalität des Amtes zu entheben, gefolgert werden, dass die Berücksichtigung eines solchen Vertrauens auch bereits bei der Einstellung erforderlich, wenn nicht sogar zwingend ist. Denn daran, die betroffenen Amtsstellen zunächst anschauungsungebunden zu vergeben, die Amtsinhaber dann aber bei festgestellten Abweichungen der politischen Ansichten bereits nach kurzer

¹¹⁷ Vgl. *Leuze*, Anmerkungen zu der Abhandlung von Wolfgang Franz „Dilettanten im Amt“, *PersV* 2009, 37 (39 Fn. 7) m. w. N.

¹¹⁸ In der Literatur vgl. bereits *Kugele*, Politische Beamte, S. 347, 352 und 372 ff., 447; *Schunke*, Politische Beamte, S. 189; *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 4; einzig ablehnend wohl *Rottmann*, Obsolet-Werden von Verfassungsnormen, S. 1110 f. Die Figur des Obsolet-Werdens von Verfassungsnormen ist jedoch generell, insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit, abzulehnen, vgl. dazu auch *Franz*, ZBR 2008, 236 (237 f.) m. w. N.

¹¹⁹ So auch *Franz*, ZBR 2008, 236 (236 f.).

Zeit in den Ruhestand zu versetzen, kann grundsätzlich kein Interesse bestehen.¹²⁰ Ein solches Ergebnis wäre weder personalpolitisch noch fiskalisch zu rechtfertigen. Daneben und trotz dieses Umstands sind jedoch gerade für Amtsträger solcher Spitzenpositionen in besonderer Weise dem Amt angemessene fachliche Qualifikationen und die tatsächliche Befähigung zur oft komplexen Aufgabenerledigung erforderlich. Zwar ist der vom Amt des politischen Beamten umfasste Ämterkreis in funktioneller Hinsicht nicht einheitlich, vielmehr werden vielfältige Funktionsposten von politischen Beamten bekleidet. Gemeinsam ist diesen Posten jedoch, dass sie regelmäßig die administrative Hausspitze oder doch wenigstens die Führungsebene darstellen und sie daher sowohl die beamtenrechtlich geforderte Professionalität als auch das politische Verständnis mitbringen müssen, um die Verbindung zwischen dem Verwaltungsapparat und der politischen Spitze ausfüllen zu können. Der Grundsatz der Bestenauslese wird insoweit zwar von vornherein begrenzt, ist jedoch gleichwohl im Übrigen zu beachten.¹²¹

b) Vertrauen als Teil der Eignung

Unklar bleibt dabei dennoch zunächst die Einordnung und Wertigkeit des besonderen Vertrauens- bzw. Übereinstimmungserfordernisses. Soweit das Vertrauens- bzw. Übereinstimmungserfordernis nicht als eigenständiges Kriterium Geltung beansprucht, wird eine inhaltliche Verbindung zwischen dem Leistungsgrundsatz und dem Vertrauens- bzw. Übereinstimmungserfordernis teilweise über das Merkmal der Eignung erreicht. Als unbestimmter Rechtsbegriff eröffne die Eignung die Einbeziehung des Vertrauens- bzw. Übereinstimmungserfordernisses als Teilaspekt. Bei der vergleichenden Eignungsbewertung müsse daher berücksichtigt werden, ob der Bewerber das Vertrauen der für die Auswahlentscheidung zuständigen politischen Funktionsträger in seine politischen Überzeugungen und persönliche Loyalität genieße.¹²² Dies sei insbesondere aus dem Umkehrschluss der Ruhestandsversetzung zwingend, werde diese doch bereits durch auf Unwägbarkeiten beruhenden Zweifeln gerechtfertigt. Den Aspekten, ob der politische Beamte die Regierungspolitik aktiv unterstütze oder durch seinen persönlichen Einsatz den höchstmöglichen Grad einer zielstrebigem wirkungsvollen Zusammenarbeit und damit das reibungslose Funktionieren des Über-

¹²⁰ Auch Jasper, Öffentliche Ämter, S. 392; ähnlich auch Plog/Wiedow, BBG alt, § 36 Rn. 4.

¹²¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 23.05.2018 – 5 M 32/18 – Rn. 45; OVG Münster, Beschl. v. 20.11.1998 – 12 B 2446/98.

¹²² So Battis, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 39 m. w. N.; auch Bracher, DVBl. 2001, 19 (27); etwas anders Anders, Zur Problematik der Institution des politischen Beamten, DÖV 1964, 109 (116, 118 f.), der das Vertrauens- bzw. Übereinstimmungserfordernis als einfachgesetzliches Eignungskriterium einordnet.

gangs von der politischen Spitze in die Beamtenhierarchie gewährleiste, müsse somit bereits bei der Auswahlentscheidung in besonderer Weise Rechnung getragen werden. Dabei könne im Einzelfall den Vertrauensgesichtspunkten eine bedeutendere Rolle zugemessen werden als den Leistungsgesichtspunkten,¹²³ sodass in dieser Ansicht zwar noch keine Durchbrechung, wohl aber eine Überlagerung der reinen Leistungskriterien durch das Übereinstimmungserfordernis begründet liegt.

c) Vertrauen als eigenständiges Kriterium

Eine klare Positionierung in der Rechtsprechung entwickelte sich erst im Laufe der Zeit. Während das OVG Münster noch die Ansicht vertrat, dass sich der Grundsatz der Bestenauslese bei den politischen Beamten auf den Bewerberkreis begrenze, der das Vertrauen der amtierenden Regierung genieße,¹²⁴ sprach das BVerwG in diesen Fällen lediglich von einer den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechenden Auswahlentscheidung.¹²⁵

In besonderer Prägnanz hob sodann jedoch das BVerwG im Fall eines Generalarztes die Geltung der Leistungskriterien hervor. Nach Ansicht des Senats könne aus der Möglichkeit der Versetzung von politischen Soldaten in den einstweiligen Ruhestand nicht gefolgert werden, dass es zulässig sei, eine Auswahlentscheidung nicht am Prinzip der Bestenauslese, sondern alternativ an politischen Zweckmäßigkeitserwägungen zu orientieren. Zwar sei das jeweilige Regierungsmitglied nicht gebunden, den Dienstposten einem Bewerber zu übertragen, der die Kriterien des Leistungsgrundsatzes erfülle, nicht aber – zusätzlich – sein uneingeschränktes Vertrauen besitze.¹²⁶ Auch könne bei (späterem) Entfall dieses Vertrauens der jeweilige Inhaber des Dienstpostens auf jederzeitigen Vorschlag des angehörigen Regierungsmitgliedes durch den Bundespräsidenten in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Kriterien des Leistungsgrundsatzes bei diesen Ämtern außer Kraft gesetzt seien. Vielmehr stehe auch den politischen Beamten ein Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung unter strikter Beachtung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu. „Objektive Defizite hinsichtlich der an Eignung, Befähigung und Leistung zu stellenden Anforderungen können nicht durch politisches Vertrauen kompensiert werden.“¹²⁷

¹²³ Bracher, DVBl. 2001, 19 (21) m. w. N.

¹²⁴ OVG Münster, Beschluss vom 20.11.1998 – 12 B 2446/98 – juris Rn. 3.

¹²⁵ Beispielhaft BVerwGE 115, 89 (92).

¹²⁶ So auch schon OVG Münster a. a. O.

¹²⁷ BVerwG, Beschluss vom 25.04.2007 – 1 WB 31/06 – juris Rn. 45.

Damit stellte das Gericht nicht nur die kompromisslose Anwendung des Leistungsprinzips auf politische Beamte fest. Zugleich stellte das Gericht mit dieser Entscheidung auch die Eigenständigkeit des Merkmals des Vertrauens-erfordernisses gegenüber den Kriterien des Leistungsgrundsatzes heraus,¹²⁸ woraus sich eine Absage an die Einbeziehung des besonderen Vertrauens in das Merkmal der Eignung ergibt. Das besondere Vertrauen der politischen Führung in den jeweiligen politischen Beamten ist zusätzlich erforderlich und darf die vorauszusetzende fachliche und führungsmäßige Qualifikation einschließlich breiter fachlicher Erfahrung weder ganz noch teilweise ersetzen.¹²⁹ Dies scheint bereits im Hinblick auf das öffentliche Interesse an der Funktionalität und Professionalität des öffentlichen Dienstes geboten, jedoch auch hinsichtlich der gleichsam von politischen Beamten geforderten Loyalität gegenüber dem ganzen Volke und nicht nur einer Partei, vgl. § 60 Abs. 1 BBG. Das Urteil behandelte zwar einen politischen Soldaten, Gesichtspunkte, die eine unterschiedliche Behandlung der Personengruppen aus § 50 Abs. 1 SG und § 54 Abs. 1 BBG erfordern oder auch nur nahelegen, sind jedoch nicht gegeben. Insbesondere verweist § 50 Abs. 2 SG auf die Vorschriften für politische Beamte im BBG, sodass sich auch hieraus eine nach Gesetzessystematik und Zweck gerechtfertigte Gleichbehandlung dieser Personengruppen ergibt.¹³⁰

Gleichwohl ist mit dem Zweck der Einrichtung des Instituts des politischen Beamten wie bereits angeklungen auch das der Professionalität des öffentlichen Dienstes nicht zwingend gegenläufige Interesse einer effektiven Steuerungskraft und -fähigkeit der Regierung zu beachten. Daher kann aufgrund des in diesem Interesse zwingend vorausgesetzten Vertrauens- und Übereinstimmungserfordernisses bei politischen Beamten, ein Defizit dieses Vertrauens andersherum auch nicht durch herausgehobene Leistungsaspekte kompensiert werden.

Das Vertrauens- und Übereinstimmungserfordernis ist im Verhältnis zu den Kriterien des Leistungsgrundsatzes somit als eigenständig und gleichwertig anzusehen. Die Besetzung der Stelle eines politischen Beamten mit einem Bewerber, der zwar fachlich in bester Weise für das Amt geeignet ist, jedoch nicht das Vertrauen der Regierung besitzt, ist genauso politisch unzumutbar, wie die Besetzung einer solchen Stelle mit einem Kandidaten, der zwar das Vertrauen der Regierung besitzt, aber nicht den fachlichen Anforderungen entspricht, rechtswidrig ist. In der Folge muss der fachlich beste Bewerber ausgewählt werden, der zusätzlich das politische Vertrauen der Regierung

¹²⁸ So auch bereits *Schunke*, Politische Beamte, S. 189.

¹²⁹ So auch *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 4; im Ergebnis so auch *Steinbach*, VerwArch 2018, 2 (16f.).

¹³⁰ Ähnlich auch *Franz*, DÖV 2009, 1141 (1143).

genießt. Lediglich bei sonst gleich geeigneten Bewerbern, was jedoch in den seltensten Fällen vorliegen dürfte, ist das Kriterium der politischen Übereinstimmung als ausschlaggebend anzusehen. Insofern wird der Leistungsgrundsatz zwar grundsätzlich nicht beschränkt, durch die zusätzlich erforderliche, fortdauernde Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten des zuständigen politischen Funktionsträgers erfährt er jedoch eine wesentliche Modifikation.

2. Kommunale Wahlbeamte

Bei der Frage der Anwendbarkeit des Leistungsgrundsatzes auf die Ämter der kommunalen Wahlbeamten sind vorliegend die Besonderheiten dieser Amtsgruppe zu beachten. Die Amtsträger werden nicht wie andere (Lebenszeit-)Beamte ernannt, sondern gelangen in ihr Amt kraft eines Wahlaktes, der sie zugleich (unmittelbar bei Direktwahl bzw. mittelbar bei Wahl durch das Vertretungsorgan) demokratisch legitimiert.

a) Grundsätzliche Unvereinbarkeit von Wahl und Bestenauslese

Damit geraten in dieser Fallgruppe insbesondere zwei Prinzipien in Widerspruch: das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG, hier in Verbindung mit der Erstreckung auf die kommunale Ebene und der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, vgl. Art. 28 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 GG) und das Rechtsstaatsprinzip (v. a. Art. 20 Abs. 3 GG). Dass das Stellenbesetzungsverfahren des Art. 33 Abs. 2 GG durch rechtsgebundene Personalentscheidungen der Verwaltung auch Folge einer rechtsstaatlichen Bewertung ist, ist bereits an anderer Stelle hervorgehoben worden. Diesem gegenüber steht der politische Ämterbesetzungsmodus durch demokratische Wahlen im Wege einer (ggf. qualifizierten) Mehrheitsentscheidung als Rechtsakt eigener Art.¹³¹

Diese zwei Prinzipien ergänzen einander dergestalt, dass sie die Gewaltenteilung auf personaler Ebene fortsetzen, indem sie die politische Führungsgewalt von der (primär) ausführenden Gewalt abgrenzen.¹³² Insofern vermitteln sie das anspruchsvolle Zusammenspiel von Demokratie und Rechtsstaat. Erleichternd für dieses Verständnis mögen die Ausführungen von Schröder sein: „Tatsächlich wäre das uneingeschränkte Mehrheitsprinzip die Tyrannei der Mehrheit, also eine der tyrannischen oder despotischen Staatsformen. Das Wort Demokratie ist erst aufgrund der Einschränkung des

¹³¹ Vgl. *Gern/Brüning*, Kommunalrecht, Rn. 467 m. w. N.

¹³² *Isensee*, in: *Bachof/Heigl/Redeker* (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Kap. 20 S. 341.

Mehrheitsprinzips durch Gewaltenteilung und mehrheitenfeste Grundrechte, also durch Machtkontrolle, sozusagen geadelt worden.“¹³³ Durch Demokratie wird die Mitbestimmung des Volkes gesichert, indem sie die Bildung, Legitimation und Kontrolle derjenigen Organe organisiert, die staatliche Herrschaftsgewalt gegenüber dem Bürger ausüben. Der Rechtsstaat hingegen bestimmt die Fragen über Inhalt, Umfang und Verfahrensweise der staatlichen Tätigkeit. Dabei zielt er insbesondere durch die Anerkennung der Grundrechte, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Individualrechtsschutzes durch unabhängige Gerichte im Interesse der Sicherung individueller Freiheit zugleich auf eine Begrenzung und Bindung der staatlichen Herrschaftsgewalt ab.¹³⁴

Für den Modus der Ämterbesetzung ist zwar festzustellen, dass sowohl die politische Wahl als auch die rechtsgebundene Bestenauslese in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen demokratische und rechtsstaatliche Berufungsmechanismen darstellen. Abseits dieser ergänzenden, das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat ausfüllenden Wirkung schließen sich die verschiedenen Modi der Ämterbesetzungen jedoch gegenseitig aus. Dies ist gerade Folge des demokratischen Prinzips, in dem Herrschaft immer nur auf bestimmte Zeit vergeben wird, sodass sich das Wahlvolk die politische Führung weitgehend frei aussuchen kann. Eine Bindung der Wahlentscheidung an bestimmte in der zu wählenden Person liegenden Voraussetzungen würde die Freiheit der Wahl konterkarieren. Mit dem Wesen einer Wahl als einer freien, nur an Gesetz und Gewissen gebundenen Entscheidung wäre es nicht zu vereinbaren, ihr dieselben Grenzen zu setzen wie einer Ermessensentscheidung.¹³⁵ Denn durch den Wahlakt wird dem Gewählten die notwendig abgeleitete Staatsgewalt (vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse und somit unmittelbare Legitimation verliehen. Diese Machtverleihung erfolgt unmittelbar durch den Souverän, der insofern nicht an weitere Voraussetzungen gebunden werden kann. Die unmittelbare Legitimation infolge direkter Wahl überlagert somit Anforderungen aus dem Leistungsgrundsatz.

Zumeist liegt in der Wahlentscheidung gleichzeitig das Vertrauen in die Befähigung des Gewählten, die anvertrauten Aufgaben gemäß Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auch erfüllen zu können. Dass dies jedoch nicht so sein muss, sondern die Entscheidung des Wählers vielmehr völlig frei und voraussetzungslos erfolgt, wird u. a. auch durch Wahlerfolge von

¹³³ *Limperg/Mayen/Rüthers/Safferling/Schröder*, NJW 2016, 3698 (3704).

¹³⁴ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR II, § 26 Rn. 96.

¹³⁵ OVG Weimar, Beschl. v. 30.3.2007 – 2 EO 729/06 – juris Rn. 40 m. w. N.

sog. „Spaßparteien“ belegt.¹³⁶ Die nicht zwingend rationalen, sondern auch indifferenten Präferenzen des zum Souverän erklärten Wahlvolkes gilt es im Sinne eines republikanischen Staatsverständnisses uneingeschränkt zuzulassen. Eine politische Wahlentscheidung dürfte sich auch an den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG, wie Geschlecht, politische oder religiöse Zugehörigkeit, orientieren. In diesem Sinne konstatierte auch bereits Isensee: „Daß der demokratische Prozess eine leistungsfähige Staatsführung hervorbringt, ist eine politische Hoffnung, gegen deren Scheitern keine rechtsstaatliche Versicherung möglich ist.“¹³⁷

Deutlich wird dies auch, fokussiert man den gerichtlichen Prüfungsumfang einer demokratischen Wahlentscheidung. So lässt eine durch demokratische Wahlentscheidung getroffene, politische Personalauswahl abseits der Verfahrensanforderungen weder Raum noch Möglichkeiten, diese im Kern inhaltlich gerichtlich zu überprüfen. Dem Wesen der Wahl ist immanent, dass sie neben Eignung, Leistung und Befähigung der Kandidaten auch von politischen Opportunitätserwägungen geleitet werden darf, die nicht mit dem Bestenauslesegrundsatz korrelieren müssen.¹³⁸ Die freie und unbeschränkte Entscheidungskompetenz des Wählers sowie das Wahlgeheimnis schließen es gerade aus, für die getroffene Entscheidung eine Begründung zu verlangen, erst Recht an die Begründung für die getroffene Auswahlentscheidung dieselben Anforderungen zu stellen wie in rechtsgebundenen Auswahlverfahren.

b) Hauptverwaltungsamt

Es ist mithin davon auszugehen, dass der Grundsatz der Bestenauslese i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG auf die kommunalen Hauptverwaltungsämter keine Anwendung findet. Dogmatisch kann insoweit von einer Überlagerung des Grundsatzes der Bestenauslese durch den politischen Berufungsmodus des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 und 2, 28 Abs. 1 S. 1 GG) gesprochen werden.¹³⁹ Erneut ist zu betonen, dass es mit dem Wesen einer Wahl als einer freien, nur an Gesetz und Gewissen gebundenen Entscheidung nicht zu vereinbaren wäre, ihr dieselben Grenzen zu setzen wie einer Ermessensentscheidung.¹⁴⁰

¹³⁶ Vgl. beispielhaft den wiederholten Einzug von Martin Sonneborn in das Europaparlament 2019 als Spitzenkandidat der Satirepartei die PARTEI.

¹³⁷ Isensee, in: Bachof/Heigl/Redeker (Hrsg.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Kap. 20 S. 341.

¹³⁸ Jaeckel, *VerwArch* 2006, 220 (227).

¹³⁹ Vgl. ähnlich VG Dessau, *Urt. v. 28.04.2004 – 1 A 2/04 – juris* Rn. 30; OVG Lüneburg *NVwZ* 1993, 1124.

¹⁴⁰ S. auch OVG Weimar *ThürVBl.* 2007, 187.

Dies gilt zumindest uneingeschränkt für die unmittelbar demokratisch legitimierten Ämter der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten¹⁴¹, was sich auch daran zeigt, dass für diese abseits von Wählbarkeitsvoraussetzungen¹⁴² keine Qualifikationsvoraussetzungen für den Amtszugang bestimmt sind. Vielmehr ist die unmittelbar demokratische Legitimation der Hauptverwaltungsbeamten über das kommunale Wahlvolk in der Abwägung gegenüber dem Grundsatz der Bestenauslese als vorrangiges Rechtsgut hervorzuheben und verdrängt diesen entsprechend.¹⁴³ Anders gewendet tritt in diesen Fällen die demokratische, durch politische Wahl vermittelte Legitimation an die Stelle der sachlichen Legitimation durch rechtlich gesteuerte und gerichtlich überprüfbare Bestenauslese.¹⁴⁴ Statt Gewährleistung von Chancengleichheit durch rechtsstaatlich gesteuerte Ämtervergabe gilt im Rahmen des demokratischen Wahlprozesses nur das Postulat der Wahlgleichheit. Die Wahl als Akt demokratischer, periodisch zu erneuernder Willensbildung ist somit das bestimmende Sachmerkmal, das den kommunalen Wahlbeamten von dem Normalfall des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit unterscheidet.¹⁴⁵

Ein anderes Ergebnis wird auch nicht durch die vereinzelt zu findenden Anforderungen an das Stellenbesetzungsverfahren erreicht. So führt insbesondere die teilweise zu findende Ausschreibungspflicht für einzelne kommunale Hauptverwaltungsämter¹⁴⁶ nicht zu einer generellen Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG auf die kommunalen Wahlbeamten. Dem Gesetzgeber steht es allerdings frei, für den demokratischen Entscheidungsmechanismus auf kommunaler Ebene hinsichtlich der Besetzung der politischen Führungsämter ergänzende, dem Leistungsprinzip dienende Voraussetzungen und Anforderungen zu etablieren. Unter diesem Gesichtspunkt sind auch die vereinzelt vorzufindenden Qualifikationsanforderungen für die kommunalen Hauptverwaltungsämter besonderer kommunaler Zusammenschlüsse¹⁴⁷ zu sehen, die keine generelle Anwendbarkeit des Leistungsprinzips auf diese Amtsgruppe begründen. Entsprechend der alternativen Erfüllung dieser Min-

¹⁴¹ Vgl. jedoch die teilweise vorgesehene mittelbare Wahl des Hauptverwaltungsbeamten, so z.B. in Schleswig-Holstein auf Kreisebene, vgl. § 43 Abs. 1 KrO SH.

¹⁴² Beispielhaft §§ 65 Abs. 2 GO NRW, 12 KWG NRW.

¹⁴³ S. ausführend etwa *Wagner*, Prinzip der Bestenauslese, S. 88 ff.; auch *Umbach/Dollinger*, Bestenauslese und Demokratieprinzip, S. 44 ff.

¹⁴⁴ *Grigoleit*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 33 Rn. 24 m.w.N.

¹⁴⁵ So auch BVerfG NVwZ 2018, 1044 (1046).

¹⁴⁶ Vgl. z.B. § 44 Abs. 1 KrO SH für das Amt des Landrats oder § 138 Abs. 2 S. 1 Bbg. KVerf für die Stelle eines Amtdirektors.

¹⁴⁷ Beispielhaft § 20 Abs. 2 S. 3 LVerbO NRW für den Direktor der Landschaftsverbände; § 16 Abs. 2 RVRG NRW für das Amt eines Regionaldirektors; § 138 Abs. 1 S. 4 Bbg. KVerf für den Amtdirektor oder § 212 Abs. 2 SaarL. KSVG für den Regionalverbandsdirektor. Bei allen diesen Ämtern handelt es sich um solche, die durch das jeweilige Vertretungsorgan der kommunalen Körperschaft gewählt wurden.

destqualifikationsanforderungen in der Person des Hauptverwaltungsbeamten oder einer Person der zweiten Leitungsebene sollen diese Anforderungen lediglich gewährleisten, dass eine der Aufgabenbewältigung entsprechende Qualifikation in der Verwaltung der jeweiligen kommunalen Körperschaft überhaupt vorhanden ist. Überwiegend sind jedoch entsprechende, zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs getroffene verfahrensrechtliche Regelungen oder andere stellenbezogene Anforderungen in Bezug auf die Gruppe der kommunalen Wahlbeamten nicht vorhanden.

c) Zweite Leitungsebene

Hinsichtlich der kommunalen Wahlämter der zweiten Leitungsebene unter dem Amt des jeweiligen Hauptverwaltungsbeamten (v. a. Beigeordnete) gilt dies nach teilweise vertretener Ansicht wiederum nicht uneingeschränkt.

(1) Keine Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes

Diese Amtsträger gelangen in ihr Amt über eine Wahl des jeweiligen Vertretungsorgans, also regelmäßig der Gemeindevertretung. Die demokratische Legitimation ist daher nur mittelbar und gegenüber dem Amt des jeweiligen Hauptverwaltungsbeamten abgeschwächt. Zwar ist auch hier vom Gesetzgeber in Kenntnis der politischen Ausrichtung der meisten Kommunalvertretungen ein faktischer Einfluss der politischen Position der Bewerber auf die Auswahlentscheidung in Kauf genommen worden. Das bedeutet indes nicht zwingend, dass der Rat seine Wahlbeamten willkürlich und unter Außerachtlassung der Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG allein oder vorrangig nach der Parteizugehörigkeit der Bewerber auswählen könnte. Die „Demokratisierung“ des Auswahlverfahrens führe nicht zu einer Befreiung von materiellrechtlichen Bindungen; auch wenn Art. 33 Abs. 2 GG infolge der Einflüsse des Kommunalverfassungsrechts auf die Stellung des kommunalen Wahlbeamten nur in eingeschränktem Maße gelte, sei von kommunalen Wahlkörpern eine fachbezogene Wahlentscheidung zu treffen.¹⁴⁸ Insofern stellen auch die geltenden gesetzlichen Regelungen bestimmte Qualifikationsanforderungen an den jeweiligen Amtsträger.¹⁴⁹ Bei der Wahl der Beigeordneten (und der entsprechenden Positionen in anderen kommunalen Gebietskörperschaften) habe sich im Widerstreit zwischen demokratischen Elementen und dem Auswahlprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG letzteres durchgesetzt; insofern sei die Entscheidung zumindest in der Vorauswahl der Kandidaten uneinge-

¹⁴⁸ So OVG Lüneburg, Beschl. v. 25.6.1992 – 5 M 2798/92 – juris Rn. 25.

¹⁴⁹ Vgl. beispielhaft § 71 Abs. 3 GO NRW, § 47 Abs. 1 S. 3 KrO NRW bzw. § 20 Abs. 2 S. 3 LVerbO NRW.

schränkt den entsprechenden Bindungen unterworfen. Dass politischen Erwägungen und anderen Vertrauensgesichtspunkten gleichwohl eine gewisse Bedeutung zukomme, sei Folge der amtsbezogenen Bestimmung von Eignung und Befähigung innerhalb des Art. 33 Abs. 2 GG und für das Ergebnis irrelevant.¹⁵⁰

So änderte auch der Senat des OVG Lüneburg seine bisherige Rechtsansicht, an der insbesondere „mit Blick auf den Bedeutungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr festzuhalten“ sei.¹⁵¹ So dürfe weder der Bürgermeister bei Ausübung des Vorschlagsrechts hinsichtlich eines Beigeordneten, noch der Rat bei der Wahlentscheidung die gesetzlichen Bindungen und dabei insbesondere den Leistungsgrundsatz außer Acht lassen. Nach Ansicht des Senats schließt die Beachtung des Leistungsgrundsatzes die Berücksichtigung politischer Überzeugungen und anderer Erwägungen, die die vertrauensvolle Zusammenarbeit betreffen, weder bei dem Vorschlag des Bürgermeisters noch bei der Wahl durch den Rat aus. Vielmehr können diese Gesichtspunkte in Bezug auf den zu besetzenden Dienstposten im Rahmen der persönlichen Eignung des Bewerbers ohne weiteres Berücksichtigung finden, ohne dass hierdurch der in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Leistungsgrundsatz verdrängt werde.¹⁵²

Auch das VG Gelsenkirchen vertrat die Ansicht, dass die Wahl eines Beigeordneten nicht allein im politischen Raum verhaftet sei. So seien insbesondere die von den Kommunalverfassungen an die Beigeordneten gestellten Qualifikationsanforderungen als Konkretisierungen der verfassungsimmanenten Schranken des Leistungsgrundsatzes zu verstehen. Der Gesetzgeber habe jedoch in Kenntnis der politischen Ausrichtung der Kommunalvertretungen einen faktischen Einfluss der politischen Position der Bewerber für das Auswahlverfahren in Kauf genommen, indem er die Wahl der Beigeordneten durch das Vertretungsorgan vorsehe.¹⁵³ Die Kammer führt aus, dass eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers nur in Betracht komme, wenn die Verfahrensvorschriften nicht eingehalten worden seien, wenn also der Rat eine Auswahlentscheidung unter Missachtung des Vorschlagsrechts des Bürgermeisters getroffen habe. Darüber hinausgehende Anforderungen an das Verfahren seien Art. 33 Abs. 2 GG

¹⁵⁰ *Wagner*, Prinzip der Bestenauslese, S. 99; s. auch *Herrmann*, LKV 2006, 535 (537): Als Bestandteil des objektiven Organisationsrechts beanspruche das Leistungsprinzip gem. Art. 33 Abs. 2 GG bei der Auswahlentscheidung durch das Vertretungsorgan bereits objektive Rechtsgeltung.

¹⁵¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.01.2008 – 5 ME 491/07 – juris Rn. 21.

¹⁵² OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.01.2008 – 5 ME 491/07 – juris Rn. 21.

¹⁵³ VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 05.12.2013 – 12 L 1212/13 – juris Rn. 16 m. w. N.

i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG bei der Besetzung eines Dienstpostens mit einem kommunalen Wahlbeamten auf Zeit in Bezug auf das Vorschlagsrecht des Bürgermeisters nicht zu entnehmen.¹⁵⁴

(2) Überlagerung der Bestenauslese

Überwiegend wird jedoch wie bei den Hauptverwaltungsbeamten auch bei diesen Ämtern der zweiten Leitungsebene eine Überlagerung des Bestenauslesegrundsatzes durch das mittelbar zum Tragen kommende Demokratieprinzip angenommen.¹⁵⁵ Zwar besitzen die Beigeordneten im Gegensatz zum Bürgermeister keine eigene Organstellung, sondern sind vielmehr regelmäßig zwischen den Organen Bürgermeister und Gemeinderat funktionell eingebettet. Jedoch ist zum einen der Umstand einer nur mittelbaren Wahl durch das Vertretungsorgan bereits in seiner Wertigkeit nicht geeignet, die grundlegenden demokratischen Funktionsmechanismen zu beseitigen.¹⁵⁶ Zum anderen ergibt sich die Beschränkung des Art. 33 Abs. 2 GG aus der Stellung und Funktion des Wahlbeamten, dessen Tätigkeit durch eine enge Verzahnung mit dem kommunalen politischen Raum gekennzeichnet ist, ferner durch das Agieren auf der Grundlage eines Vertrauensvorschlusses, durch das Überzeugen und Gewinnen von Mehrheiten.¹⁵⁷ In Kenntnis des Spannungsfeldes zwischen demokratischer und rechtsstaatlicher Ämterbesetzung haben die Landesgesetzgeber die Möglichkeit einer Beigeordnetenwahl eingeführt und sich somit zugunsten der Verwirklichung des Demokratieprinzips hinsichtlich der Auswahl der politischen Führungsriege auch auf kommunaler Ebene entschieden.

Entsprechend erlangen auch die zu unmittelbaren Wahlen angestellten Erwägungen hinsichtlich einer etwaigen Überprüfbarkeit der Entscheidung Geltung. Auch bei einer Wahlentscheidung eines aus Personen unterschiedlicher politischer Ausrichtung zusammengesetzten Gremiums wie dem Gemeinderat liegt es in der Natur der Sache, dass diese nicht näher begründet werden kann, denn in eine solche Wahlentscheidung gehen die unterschiedlichsten Vorstellungen und Motive ein. Es ist auch gerade Sinn einer solchen

¹⁵⁴ VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 05.12.2013 – 12 L 1212/13 – juris Rn. 22.

¹⁵⁵ Vgl. *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 25; *Grigoleit*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 33 Rn. 24; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 33 Rn. 24; *Hebeler*, Verwaltungspersonal, S. 142 ff.; ausdrücklich auch VG Dessau, Urt. v. 28.04.2004 – 1 A 2/04 – juris Rn. 30 m. w. N.: „Kommunale Wahlämter fallen im Übrigen nicht in den Gewährleistungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG.“

¹⁵⁶ S. auch OVG Weimar ThürVBl. 2007, 187.

¹⁵⁷ Vgl. grundlegend BVerfG NJW 1957, 1795 (1796); BVerwG NVwZ 1990, 772 (773).

Entscheidung, verschiedenartige Standpunkte und Motive wirksam werden zu lassen. So könnte auch eine Begründung über die vielfältigen und möglicherweise widersprüchlichen Motive der Mitglieder des Wahlgremiums keinen Aufschluss geben und wäre deshalb wertlos.¹⁵⁸ Ob und in welchem Maße ein Bewerber die politisch geprägten Merkmale des kommunalen Wahlamtes im Sinne von Eignung, Leistung und Befähigung erfüllt, ist allein durch das Wahlgremium zu bestimmen und entzieht sich grundsätzlich einer gerichtlichen Bewertung.¹⁵⁹ Unabhängig von einer unmittelbaren oder mittelbaren Wahlentscheidung bleibt insbesondere die Einhaltung der entsprechenden Verfahrensanforderungen an den Wahlvorgang überprüfbar.

In der Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Abwahl eines Bürgermeisters durch die Gemeindevertretung stellte das BVerfG die nach seiner Ansicht verfassungsrechtlich allein entscheidende Frage, ob bei dem Versuch, zwischen der Gewährleistung persönlicher Unabhängigkeit einerseits und der Sicherung der Gleichgestimmtheit mit der Gemeindevertretung andererseits einen Mittelweg zu finden, die Grenze so weit zugunsten des politischen Postulats verschoben sei, dass der auch für politische Beamte hergebrachte Grundsatz eines Mindestmaßes an Unabhängigkeit durch wirtschaftliche Sicherung im Wesensgehalt verletzt sei. Dies verneinte der Senat im Hinblick auf die für die Gemeindevertretung errichteten gesetzlichen Hemmnisse, die insbesondere in den Erfordernissen wiederholter Abstimmungen und qualifizierter Mehrheiten sowie in der finanziellen Belastung der Gemeinde mit der lebenslänglichen Pensionszahlung im Falle einer Abwahl lägen, und die dazu führten, dass dem hauptamtlichen Bürgermeister das erforderliche Mindestmaß an Unabhängigkeit von politischen Instanzen gewährt werde.¹⁶⁰

(3) Einzelne Anforderungen

Entsprechend den Ausführungen zu den Hauptverwaltungsbeamten führt auch die Ausschreibungspflicht hinsichtlich der Beigeordnetenstellen, soweit vorhanden, nicht zu einer Anwendbarkeit des Leistungsprinzips.

Auch die Festlegung von Mindestanforderungen an das Amt eines Beigeordneten¹⁶¹ steht dem demokratischen Wahlmodus nicht entgegen. Die Personalhoheit der Städte und Gemeinden einschließlich des Rechts auf freie Auswahl ihrer Bediensteten ist nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Daher ist der Landesgesetzgeber nicht gehindert,

¹⁵⁸ So OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.01.2008 – 5 ME 491/07 – juris Rn. 20 m. w. N.

¹⁵⁹ VG Bremen, Beschl. v. 23.8.2013 – 6 V 827/13 – juris Rn. 36 m. w. N.

¹⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57 – juris Rn. 49 ff.

¹⁶¹ Vgl. beispielhaft § 71 Abs. 3 GO NRW.

Regelungen zu erlassen, die eine Personalauswahl und -einstellung von Leistungsanforderungen abhängig macht, die nicht der Disposition der Städte und Gemeinden unterliegen.¹⁶² Zwar ist der Gemeinderat bei der Wahl eines Beigeordneten an die Beachtung der gesetzlich festgelegten Mindestanforderungen an die Qualifikation des Bewerbers gebunden, sodass er keinen Bewerber in das Amt eines Beigeordneten wählen darf, der zwar den politischen Erwartungen entspricht, die Eignungskriterien aber nicht erfüllt. Diesbezüglich ist auch eine gerichtliche Kontrolle der Wahlentscheidung möglich. Jedoch steht dem Rat zum einen insofern ein weiterer Beurteilungsspielraum zu, der nur eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolle ermöglicht. Zum anderen handelt es sich bei diesen Anforderungen anders als bei der reinen Bestenauslese nur um die Feststellung der erforderlichen und zudem sehr allgemein gehaltenen Mindestqualifikation, nicht jedoch um einen direkten Vergleich aller Bewerber im Sinne einer Rangfolge.¹⁶³ Insofern dienen diese allgemeinen Mindestanforderungen nach allgemeinem Verständnis allein dem öffentlichen Interesse und nicht dem Schutz von Mitbewerbern, so dass sie keine drittschützende Wirkung entfalten und auch ein Konkurrent sich nicht hierauf berufen kann.¹⁶⁴ Bereits aufgrund des systematischen Zusammenhangs der nordrhein-westfälischen Vorschrift mit der Wahlentscheidung des Rates ergebe sich, dass es sich allein um eine objektiv-rechtliche Vorschrift handle, die den Rat im öffentlichen Interesse zu einer „fachbezogenen Wahlentscheidung“ anhalten soll, deren Verletzung jedoch nicht zugleich subjektive Rechte des unterlegenen Bewerbers generiere, die dieser in einem Konkurrentenstreitverfahren in Gestalt des Bewerbungsverfahrensanspruches geltend machen könne.¹⁶⁵ In der Folge handelt es sich bei diesen Mindestanforderungen im Gegensatz zu Leistungsanforderungen i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG eher um zusätzliche Wählbarkeitsvoraussetzungen, die in der Zuordnung des Beigeordnetenamtes zur rechtsgebundenen Exekutive ihre Rechtfertigung finden.¹⁶⁶ In der Wahlentscheidung des Gemeinderats selbst verwirklicht sich sodann das demokratische Moment des Wahlaktes, dass gerichtlich gerade nicht auf die Einhaltung von Leistungskriterien überprüft werden kann.

¹⁶² VG Münster, Beschluss vom 25.02.2015 – 4 L 25/15 – juris Rn. 13 ff. m. w. N. Entsprechendes gilt für die Landkreise.

¹⁶³ So auch *Jaeckel*, VerwArch 2006, 220 (231).

¹⁶⁴ VG Münster, Beschluss vom 03.01.2012 – 4 L 670/11 – juris Rn. 34 f.

¹⁶⁵ VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 05.12.2013 – 12 L 1212/13 – juris Rn. 30 m. w. N.

¹⁶⁶ Dass nach den dargestellten gerichtlichen Entscheidungen über § 71 Abs. 3 GO NRW der Leistungsgrundsatz als verfassungsimmanente Schranke erhalten bleibe, kann von hier nicht nachvollzogen werden. So aber *Müller*, in: Smith/Bender, Kommunale Wahlbeamte, § 5 S. 147.

Soweit hinsichtlich des Bewerberkreises eine Vorauswahl durch den Bürgermeister erfolgt,¹⁶⁷ soll dies eine vertrauensvolle Zusammenarbeit von Bürgermeister und Beigeordneten befördern. Zwar ist der Bürgermeister in der Vorauswahl von Kandidaten unstreitig an die Beachtung der Mindestqualifikationsanforderungen gebunden, darüber hinaus trifft ihn jedoch keine Pflicht zu einer Bestenauslese. Die Vorauswahlentscheidung zugunsten des Bürgermeisters soll vor allem die politische Gleichgestimmtheit zwischen Bürgermeister und Beigeordnetem gewährleisten und somit eine wirkungsvolle Zusammenarbeit dieser beiden Akteure für den Verlauf der Amtszeit ermöglichen. Die Erforderlichkeit einer solchen, zumindest partiellen Gleichgestimmtheit ergibt sich u. a. aus dem Direktionsrecht des Bürgermeisters, der dem Beigeordneten Weisungen fachlicher Art erteilen kann.

Hinsichtlich der statusrechtlichen Entscheidungen ist der Beigeordnete jedoch zugleich vom Gemeinderat abhängig, der insbesondere über Wahl und Abwahl entscheidet. Dieses Auseinanderfallen der Zuständigkeiten hinsichtlich der Festlegung der für das Amt erforderlichen Voraussetzungen in der Stellenbeschreibung und der Vorauswahl der Kandidaten durch den Bürgermeister einerseits und der statusrechtlichen Entscheidung hinsichtlich der Wahl (und Abwahl) durch die Gemeindevertretung andererseits kann ein schwieriges Arbeitsfeld für das entsprechende Amt bedeuten.¹⁶⁸ Nicht zuletzt dieses politische und rechtliche Spannungsfeld, in dem sich das Beigeordnetenamt zwischen den kommunalen Organen bewegt, begründet seine besondere Stellung im Vergleich zu den sonstigen kommunalen Beamten.

Gemeinsam mit den sonstigen Laufbahnbeamten ist, dass Beigeordnete – oft im Gegensatz zu den Hauptverwaltungsbeamten¹⁶⁹ – regelmäßig der Ernennung durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde bedürfen.¹⁷⁰ Doch zeigt bereits die regelungstechnisch sehr differierende Ausgestaltung der einzelnen Länder, dass hieran und hieraus keine allzu gewichtigen Folgen gezogen werden können, ist der Stellenbesetzungsmodus durch Wahl und damit die Einstufung als kommunaler Wahlbeamter mit seinen Besonderheiten in der Schnittstelle zwischen Politik und Verwaltung doch allen Ländern gemein. Zudem lässt sich hiergegen zutreffend einwenden, dass nach einer

¹⁶⁷ Vgl. beispielhaft die umfangreiche Regelung in § 32 Abs. 5 ThürKO.

¹⁶⁸ Hierzu *Jaeckel*, *VerwArch* 2006, 220 (232 ff.).

¹⁶⁹ Vgl. zunächst § 6 BeamtStG; dann für NRW § 118 Abs. 3 S. 1 und Abs. 10 LBG NRW; auch ausdrücklich § 92 Nr. 2 GemO BW, aber nicht für Landräte, vgl. Nr. 3 der Vorschrift; anders auch § 57 c Abs. 1 und 3 GO SH und § 46 Abs. 1 und 3 KrO SH, wonach auch Hauptverwaltungsbeamte erst durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde zu Beamten auf Zeit ernannt werden.

¹⁷⁰ Vgl. beispielhaft § 119 Abs. 1 i. V. m. § 16 Abs. 3 LBG NRW.

erfolgreichen Wahl eine materielle Entscheidung mit der Ernennung ohnehin nicht mehr verbunden sein kann.¹⁷¹

Entsprechend wird auch hinsichtlich der sonstigen kommunalen Wahlbeamten der Kreis der durch die Garantie des gleichen Zugangs erfassten öffentlichen Ämter durch das politische Wahlverfahren der kommunalen Selbstverwaltungsträger eingeschränkt.

3. Richter der obersten Bundesgerichte

Mit Blick auf das oben dargestellte Ernennungsverfahren für die Richter der obersten Bundesgerichte könnte der repräsentativ-demokratische Wahlmodus einer Anwendbarkeit des Leistungsgrundsatzes entgegenstehen.

Dabei ist zunächst ausgehend von vorstehenden Erwägungen, dass Demokratie und Rechtsstaat sich zwar im modernen staatsrechtlichen Gefüge notwendigerweise ergänzen, aber sich in Bezug auf den Modus der Stellenbesetzung konträr gegenüberstehen, die vom OVG Schleswig vertretene These, dass bei ordnungsgemäßer Wahl davon auszugehen sei, dass die vom jeweiligen Gremium getroffene Auswahlentscheidung schon kraft demokratischer Legitimation sowie des vorgeschriebenen Verfahrens – insbesondere durch besondere Mehrheitserfordernisse – eine Bestenauslese i. S. v. Art. 33 Abs. 2 GG darstelle,¹⁷² entschieden abzulehnen. Die demokratische Ausgestaltung des (Aus-)Wahlverfahrens allein bietet nicht die Gewähr für einen Wahlausgang entsprechend dem Leistungsprinzip. Vielmehr liegt es wie aufgezeigt in der Freiheit der Wahlentscheidung jedes Wählers, sein Vertrauen in geheimer Weise jemandem auszusprechen, der entsprechende Qualifikationen zur Bewältigung der anstehenden Aufgaben tatsächlich nicht besitzt. Das Element einer *freien* Wahlentscheidung lässt sich in keinerlei Weise harmonisieren mit Vorgaben, die nicht lediglich im Vorlauf der Wahl gewissermaßen Wählbarkeitsvoraussetzungen statuieren, sondern solche Anforderungen gerade im Hinblick auf die eigentliche Wahlentscheidung vorgeben, und damit zugleich die Freiheit der Wahl beschränken.

Da der Grundsatz der Bestenauslese demnach allein infolge eines (repräsentativ-)demokratischen Wahlmodus nicht erfüllt wird, vielmehr hierdurch ausgeschlossen sein könnte, stellt sich die Frage, in welcher Stufe des Richterwahlverfahrens diesem Geltung verschafft werden könnte. Dabei erfolgt eine Orientierung an den oben vorgestellten Phasen des Richterwahlverfahrens jeweils mit der Untersuchung, ob und inwieweit in der besonderen Phase des Verfahrens eine Bindung an den Grundsatz der Bestenauslese besteht.

¹⁷¹ So *Oebbecke*, in: Magiera/Sommermann/Ziller, FS Siedentopf, S. 454.

¹⁷² OVG Schleswig NVwZ-RR 1999, 420 (421).

Zumindest die einfachgesetzliche Systematik deutet über § 46 DRiG, wonach für die Rechtsverhältnisse der Richter im Bundesdienst bis zu einer besonderen Regelung die Vorschriften für Bundesbeamte entsprechend gelten, i. V. m. insbesondere § 9 S. 1 BBG, auf die generelle Anwendbarkeit des Leistungsgrundsatzes auch für die Bundesrichterwahlen hin. Dieser systematischen Folgerung könnten jedoch verfassungsrechtliche Wertentscheidungen entgegenstehen.

a) Vorbereitung der Wahl

Bereits in der vorbereitenden Phase des Richterwahlverfahrens, in der potentielle Kandidaten durch die Mitglieder des Richterwahlausschusses vorgeschlagen und die wesentlichen Daten dieser Kandidaten für den Ausschuss in der Personalakte bzw. dem Personalaktenauszug inklusive der präsidentialen Stellungnahme des obersten Bundesgerichts aufbereitet werden sowie eine Prüfung des Richterwahlausschusses dahingehend erfolgt, ob der Vorgeschlagene die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt besitzt, könnte der Grundsatz der Bestenauslese zu beachten sein. Um eine ausdifferenzierte Lösung zu erhalten, werden die einzelnen Schritte in der Vorbereitungsphase im Folgenden isoliert betrachtet.

(1) Kandidatenvorschlagsrecht

Fraglich ist somit zunächst, ob der Grundsatz der Bestenauslese von den Mitgliedern des Ausschusses bereits bei Ausübung ihres Vorschlagsrechts zu beachten ist. Dies könnte in der Weise erfolgen, dass bereits bei der Suche nach geeigneten Kandidaten, die wie oben dargestellt in der Praxis wohl zuvorderst von den Landesministerien vorgeschlagen werden, sobald ein potentieller Kandidat gefunden ist, zugleich weitere Kandidaten zu suchen sind, um einen Leistungsvergleich zwischen diesen herbeiführen zu können. Bei uneingeschränkter Anwendung einer Bestenauslese führte dies zu dem Ergebnis, dass aus jedem Bundesland denklogisch nur jeweils ein Kandidat bzw. eine Kandidatin als gewissermaßen der oder die Beste vorgeschlagen werden könnte. Zwar ist es theoretisch denkbar, dass zwei oder auch mehr Kandidaten zumindest bei erster Beurteilung der „hard facts“ die gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung aufweisen; in der Praxis wird dieses Ergebnis gleichwohl zum einen infolge der subjektiven Einschätzung des Bewertenden kaum eintreffen, zum anderen ist in diesen Fällen einer Gleichwertigkeit die Hinzuziehung von Hilfskriterien zulässig, die sodann eine weitere Differenzierung ermöglichen.

Dieses aus dem Grundsatz der Bestenauslese zwingende Ergebnis, dass mithin nur der jeweils Beste eines jeden Bundeslandes vorgeschlagen werden könnte, ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Zum einen wird weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich das Vorschlagsrecht der Mitglieder des Richterwahlausschusses beschränkt. Nach Wortlaut und Systematik der gesetzlichen Regelungen, insbesondere § 10 Abs. 1 RiWG, steht es dem zuständigen Bundesminister sowie den Mitgliedern des Ausschusses frei, beliebig viele Kandidaten vorzuschlagen. Dies wird zudem nicht nur durch die Historie der Normen belegt, auch Sinn und Zweck der Richterwahlregelungen legen dieses Ergebnis nahe. Wesentlich hervorzuheben ist, dass der Verfassungsgesetzgeber die Auswahlentscheidung für oberste Bundesrichter dem Richterwahlausschuss als plural zusammengesetzten Gremium insgesamt überantwortet hat, sodass insofern jede Begrenzung einer freien Wahlentscheidung des Ausschusses, die sich insbesondere auch auf die Pluralität vorhandener Kandidaten bezieht, vermieden werden muss. Bei Anwendung einer Bestenauslese bereits auf das Aufstellen der Landeslisten würde bereits ein wesentlicher Teil der Entscheidung gewissermaßen vorverlagert und vorweggenommen. Denn möglicherweise hätten die stimmberechtigten Mitglieder des Ausschusses für einen Kandidaten gestimmt, der infolge der Anwendung einer Bestenauslese auf die Landeslisten bereits ausgeschieden wäre. Das freie Wahlrecht der Mitglieder des Ausschusses wäre damit von vornherein beschnitten.

Es ist an dieser Stelle vielmehr im Sinne des Leistungsgrundsatzes und diesem förderlich, dem verantwortlichen und zuständigen Richterwahlausschuss eine möglichst große Kandidatenzahl zur Wahl zu stellen. Im Ergebnis kann daher der Grundsatz der Bestenauslese auf die Ausübung des Vorschlagsrechts für Kandidaten und das Erstellen der Landeslisten zumindest nach geltenden Regelungen keine Anwendung finden.

(2) Präsidialvotum

In der Phase der Wahlvorbereitung ist der nächste zu prüfende Schritt, ob der Grundsatz der Bestenauslese möglicherweise Anwendung finden muss auf die Erstellung der präsidialen Voten des anstellenden obersten Bundesgerichtes gem. §§ 55 und 57 DRiG. Wie bereits an anderer Stelle dargestellt, wird das Verfahren, das der Erstellung der Stellungnahme des Präsidialrates zugrundeliegt, von Bundesgericht zu Bundesgericht anders gehandhabt. Anders als die auch für Bundesrichter regelmäßig zu erstellende dienstliche Beurteilung, die sich ausdrücklich auf die Beurteilung der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung bezieht (vgl. § 46 DRiG i. V. m. § 21 S. 1 BBG), existiert hinsichtlich der begründeten Stellungnahme des Präsidialrates

über die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers (vgl. § 57 Abs. 1 S. 1 DRiG) kein einheitlicher Kriterienkatalog.

Nach überwiegender Meinung können die präsidialen Stellungnahmen für die Entscheidung des Richterwahlausschusses keine Bindungswirkung entfalten. Dies ist bereits Folge des Demokratieprinzips, dass im Sinne einer ununterbrochenen formalen Legitimation eine Verantwortlichkeit des für die Entscheidung zuständigen Organs vor dem Parlament fordert.¹⁷³ Auch muss eine bindende Wirkung bereits aus dem Umstand ausscheiden, dass Art. 95 Abs. 2 GG i. V. m. mit den Regelungen des Richterwahlgesetzes einer Ko-optation eine klare Absage erteilt.¹⁷⁴ Doch trotz dieser fehlenden Bindungswirkung der Präsidialvoten für die stimmberechtigten Mitglieder des Richterwahlausschusses sowie die oberste Dienstbehörde ist das tatsächliche Gewicht dieser Voten nicht zu unterschätzen. Ihnen wird eine „entscheidende Weichenstellung“ zugeschrieben, mit unverkennbarem „Einfluss auf die Wahlentscheidung“.¹⁷⁵ Die Stellungnahme erhält ihr natürliches Gewicht u. a. dadurch, dass der Präsidialrat die jeweilige Gerichtsbarkeit und ihre fachliche Sicht repräsentiert, der in Bezug auf die Bestellung neuer Richter zu diesem Gericht eine besondere Bedeutung zukommt. Dieses Gewicht ist durch die grundsätzlich verpflichtende Einholung der präsidialen Stellungnahme (vgl. § 57 Abs. 3 Var. 1 DRiG) auch gesetzgeberisch intendiert. Insofern wird auch in Rechtsprechung und Literatur betont, dass der zuständige Minister und die Mitglieder des Ausschusses diese Stellungnahmen „zu berücksichtigen“ haben.¹⁷⁶

Eine Berücksichtigungspflicht enthält jedoch kein Verbot, von der Einschätzung in der Stellungnahme abzuweichen. Eine solche Bindung ist wie dargestellt ohnehin ausgeschlossen. Die Berücksichtigungspflicht wird dadurch erfüllt, dass sich Minister und Ausschussmitglieder mit der Stellungnahme auseinandersetzen und im Falle einer abweichenden Einschätzung diese sachgerecht begründen. Es muss mithin erkenntlich sein, dass die Beurteilungsbeiträge in die Überlegungen einbezogen wurden und Abweichungen müssen nachvollziehbar begründet werden.¹⁷⁷ Die Begründungspflicht steht dabei zwar auf ersten Blick in Widerspruch mit dem Grundsatz der Freiheit der Wahl, der eine reine Gewissens- und Vertrauensentscheidung schützt, die sich keiner Rechtfertigung stellen muss. Jedoch urteilte auch das BVerfG, dass der dem öffentlichen Interesse der bestmöglichen Besetzung

¹⁷³ BVerfG NVwZ 1996, 574 (576 f.); OVG Lüneburg NVwZ 2016, 786 – 5. LS; auch BVerfG NJW 2016, 3425 (3428).

¹⁷⁴ U. a. *Wieland*, in: Hermann/Krämer (Hrsg.), FS Kirchberg, S. 222 f.

¹⁷⁵ *Bowitz*, DÖV 2016, 638 (638).

¹⁷⁶ Vgl. BVerfG NJW 2016, 3425 (3428); *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 57 Rn. 17.

¹⁷⁷ Vgl. auch BVerfG, Urt. v. 27.11.2014 – 2 A 10/13 – juris Rn. 24.

des öffentlichen Dienstes dienende Grundsatz der Bestenauslese es erfordert, Entscheidungen nachvollziehbar zu machen und über sie Rechenschaft abzugeben, wenn sie „derart weit von grundlegenden Eignungsanforderungen entfernt zu sein scheinen“.¹⁷⁸

Aus diesen Erwägungen geht jedoch noch nicht hervor, ob sich die Begründung der Stellungnahme des Präsidialrates hinsichtlich persönlicher und fachlicher Eignung des Kandidaten von den ausschließlichen Leistungskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG leiten lassen muss. Jedoch handelt es sich bei der Stellungnahme bereits nicht unmittelbar um einen Fall des Zugangs zu öffentlichen Ämtern im Anwendungsbereich des grundrechtsgleichen Rechts. Die Stellungnahme soll vielmehr die Auswahlentscheidung des Richterwahlausschusses unterstützen und hat mithin vorbereitenden Hilfscharakter. Insbesondere durch die bereits bei dem jeweiligen Gericht tätigen Beurteilenden sollen vielfältige, für die Tätigkeit erforderliche, aber auch sonstige hilfreiche Merkmale des Kandidaten Eingang in die Stellungnahme finden. Abseits einer Kooptation scheint es zweckmäßig, den in der spruchrichterlichen Tätigkeit erfahrenen Mitgliedern des Präsidialrates einen weiten Beurteilungsspielraum zuzugestehen, auch unter dem Aspekt eines potentiell zukünftigen Kollegen, mit dem es gilt, konstruktiv zusammenzuarbeiten.

Teilweise wird, wohl aus einer aus der Not geborenen Notwendigkeit heraus, angenommen, dass das Votum des Präsidialrates den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG in gleicher Weise allen Bewerbern gegenüber genügen müsse.¹⁷⁹ Durch ihr natürliches Gewicht als fachliche Sicht der jeweiligen Gerichtsbarkeit sei die Stellungnahme eine entscheidende Weichenstellung des Verfahrens mit Einfluss auf die Wahlentscheidung. Gerade da die Wahlentscheidung der Richterwahlausschussmitglieder selbst keinem Begründungszwang unterliege, biete faktisch nur die präsidiale Stellungnahme einen solchen Begründungsansatz, die damit zugleich als „Vehikel gegen Klagen gegen demokratische Entscheidungen“ gesehen werden könne.¹⁸⁰ So stelle die Stellungnahme gewissermaßen die einzige Angriffsfläche für ein Konkurrentenstreitverfahren dar, bilde sie doch die entscheidende und den einzelnen Kandidaten auch zugängliche Entscheidungsgrundlage. Entsprechend müsse dem klagenden Bewerber Akteneinsicht in die Stellungnahmen des Präsidialrates gegenüber allen Mitbewerbern gewährt werden, da dieser nur so Leistungsvergleichende Anhaltspunkte gewinnen könne. Die Vertraulichkeit der Daten stehe dem nicht entgegen, denn ohne Offenbarung dieser Informationen wäre ein effektiver Rechtsschutz nicht zu gewährleisten.¹⁸¹ Das Fehlen

¹⁷⁸ BVerfG NJW 2016, 3425 (3429).

¹⁷⁹ *Bowitz*, DÖV 2016, 638 (638).

¹⁸⁰ *Gärditz*, ZBR 2015, 325 (333) m. w. N.

¹⁸¹ *Bowitz*, DÖV 2016, 638 (644).

einer Begründung der Wahlentscheidung des Ausschusses könne eben nur durch eine solche Akteneinsicht ausgeglichen werden. Eine für den Richterwahlausschuss erstellte Stellungnahme des Präsidialrates eines obersten Bundesgerichtes müsse genauso überprüfbar sein wie eine sonstige dienstliche Beurteilung.

Dieser Ansicht ist zuzugestehen, dass sie versucht potentiellen Bundesrichtern effektiven Rechtsschutz in Bezug auf chancengleiche Einbeziehung in das Richterwahlverfahren zu gewährleisten. Jedoch wird dabei ein wesentlicher Punkt verkannt: Ob der Richterwahlausschuss die präsidiale Stellungnahme überhaupt zur Kenntnis nimmt oder sich zumindest hieran orientiert, erscheint nicht zuletzt infolge der fehlenden Begründungspflicht der Ausschussentscheidung unsicher. Eine Bindungswirkung für die Wahlentscheidung des Ausschusses vermag die Stellungnahme ohnehin nicht zu entfalten. Zwar scheint es theoretisch denkbar, dass sich für die Mitglieder des Ausschusses infolge einer angefochten und daraufhin verbesserten Stellungnahme des Präsidialrates ein neues Bild des Bewerbers ergibt und sie diesen mithin besser bewerten als andere Bewerber. Überwiegend ist jedoch davon auszugehen, dass infolge der Freiheit der Wahlentscheidung ohne jegliche Bindung an die Stellungnahmen auch bei Zulassung der Anfechtung solcher Stellungnahmen kein anderes Ergebnis in der Wahlentscheidung erzielt würde. Es kann mithin bezweifelt werden, ob der angedachte Weg überhaupt geeignet ist, mithin das Ziel, effektiven Rechtsschutz i. S. d. Art. 33 Abs. 2 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG zu gewährleisten, überhaupt fördert. Zumindest würde eine Überprüfbarkeit der präsidialen Voten am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG infolge der fehlenden Bindungswirkung dieser Voten für die Wahlentscheidung für einen effektiven Rechtsschutz keine zwingenden rechtlichen Wirkungen haben.¹⁸²

Zudem ist die präsidiale Stellungnahme gerade nicht mit einer dienstlichen Beurteilung vergleichbar, verfolgt sie doch einen anderen Zweck. Dienstliche Beurteilungen dienen der Verwirklichung des mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatzes, Beamte nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung einzustellen und zu befördern. Ihr Ziel ist es, die den Umständen nach optimale Verwendung des Beamten zu gewährleisten und so die im öffentlichen Interesse liegende Erfüllung hoheitlicher Aufgaben durch Beamte

¹⁸² Ein leicht bitterer Nachgeschmack bleibt bestehen, soweit der Präsidialrat einen Kandidaten als ungeeignet einstuft, denn in diesem Fall besteht unter den Mitgliedern des Ausschusses scheinbar Einigkeit, dass ein als „nicht geeignet“ eingestuftter Kandidat nicht gewählt wird, so u. a. *Wieland*, Stellungnahme – Reform der Wahl für die obersten Bundesgerichte, S. 4. In diesen Fällen könnte die erfolgreiche Anfechtung des Präsidialvotums zumindest zu einem weiteren Verbleib im Verfahren führen, natürlich ohne jegliche Auswirkungen auf die freie Wahlentscheidung der Ausschussmitglieder.

bestmöglich zu sichern. Zugleich dient die dienstliche Beurteilung dem berechtigten Anliegen des Beamten, in seiner Laufbahn entsprechend seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung voranzukommen. Angesichts dieser beiden Funktionen hat die dienstliche Beurteilung im Kern die Aufgabe, den Vergleich mehrerer Beamter oder Richter miteinander zu ermöglichen.¹⁸³ Dem Präsidialvotum liegt – anders als einer dienstlichen Beurteilung – keine Leistungsbeurteilung für einen bestimmten (Beurteilungs-)Zeitraum zugrunde; Grundlage der Eignungsprognose der Präsidialratsstellungnahme sind der Lebenslauf des Kandidaten, seine dienstlichen Beurteilungen, Arbeitsproben und der Eindruck aus dem Gespräch mit dem Präsidialrat und ggf. dessen Vorsitzenden. Die Präsidialratsstellungnahme wird von einem richterlichen Beteiligungsorgan erstellt, nicht aber vom für den Dienstherrn handelnden Vorgesetzten als dem für die Eignungsprognose für ein zu vergebendes Amt Verantwortlichen.¹⁸⁴ In dieser Zielsetzung unterscheiden sich Stellungnahmen des Präsidialrats wesentlich von dienstlichen Beurteilungen. Käme ihnen die gleiche Funktion zu, wäre deren Erstellung und Vorlage neben den im Verfahren der Bundesrichterwahl ebenfalls vorzulegenden dienstlichen Beurteilungen der Bewerber ganz oder zumindest weitgehend obsolet. Im Übrigen würde es dem Präsidialrat auch schon an einer Zuständigkeit zur dienstlichen Beurteilung fehlen.¹⁸⁵

Eine Präsidialratsstellungnahme wird somit ausschließlich für das Bundesrichterwahlverfahren erstellt. Ihre Rechtswirkungen sind damit zugleich auf das Bundesrichterwahlverfahren begrenzt; bei Auswahl- und Verwendungsentscheidungen in anderen Bereichen besitzt sie keine rechtliche Bedeutung.¹⁸⁶ Zweck der Stellungnahme ist es, dem Richterwahlausschuss und der obersten Dienstbehörde aufgrund einer eigenständigen Beurteilung der persönlichen und fachlichen Eignung des Bewerbers eine Einschätzung aus Sicht des von der Ernennung des Bewerbers betroffenen Gerichts oder Gerichtszweigs zu vermitteln. Um dieser Zielsetzung willen soll das Organ fachlich in besonderer Weise qualifiziert sein, was für die Präsidialräte der Bundesgerichte durch die spezifische, gesetzlich in § 54 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 und 2 DRiG geregelte Zusammensetzung gewährleistet wird.¹⁸⁷ Insofern stellte auch der VGH Mannheim und diesem nachfolgend das BVerwG diese Unterschiede in Bezug auf die Frage der Entfernung von Unterlagen aus der Personalakte gem. § 112 BBG deutlich heraus. Im Gegensatz zu einer dienst-

¹⁸³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.05.2015 – 2 C 27.14 – juris Rn. 13.

¹⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 13.11.2019 – 2 C 35/18 – juris Rn. 23.

¹⁸⁵ So richtigerweise VGH Kassel, Beschluss vom 10.06.2015 – 1 B 24/15 – juris Rn. 40.

¹⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 13.11.2019 – 2 C 35/18 – juris Rn. 23.

¹⁸⁷ BVerwG, Beschluss vom 29.03.1993 – 6 P 19.91 – juris Rn. 16.

lichen Beurteilung sei die Stellungnahme des Präsidialrats im Rahmen der Bundesrichterwahl als unselbstständige Vorbereitungshandlung für die verfahrensabschließende Sachentscheidung gerichtlich grundsätzlich nicht isoliert angreifbar. Bis zum endgültigen Verfahrensabschluss stehe einer Anfechtung § 44a VwGO entgegen. Regelmäßig könne die Stellungnahme daher nur inzident im Rahmen eines Konkurrenteneilantrages überprüft werden.¹⁸⁸

Innerhalb der Grenzen der Diskriminierungsverbote des Art. 3 GG bestimmt der jeweilige Präsidialrat mithin selbst, was er zur persönlichen und fachlichen Eignung zählt. Der Kreis für eine Bewertung des anstehenden Bewerbers ist mithin auch weitergezogen als die entsprechende Befugnis des Personalrats in Personalangelegenheiten;¹⁸⁹ der Präsidialrat darf gegen die Auswahl eines Bewerbers auch andere Gründe als die in § 77 Abs. 2 BPersVG genannten anführen.¹⁹⁰ Der Präsidialrat ist zu einer uneingeschränkt eigenständigen und unabhängigen Bewertung der persönlichen und fachlichen Eignung des Bewerbers berufen.¹⁹¹ Die Stellungnahme bezweckt dabei nicht eine gewissermaßen gerichtsförmliche Überprüfung der Vorschläge der Mitglieder des Richterwahlausschusses auf ihre Eignung, sondern soll vielmehr dem Richterwahlausschuss und der obersten Dienstbehörde als Entscheidungsgrundlage die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers aus der Sicht des anstellenden Gerichts vermitteln.¹⁹² Dabei ist es dem Präsidialrat unter der notwendigen Kenntnis von anderen Bewerbern zwar nicht verwehrt, Vergleiche dahingehend anzustellen, dass der vorgeschlagene Anwärter in persönlicher oder fachlicher Hinsicht nicht so geeignet sei wie ein anderer Anwärter.¹⁹³ Gefordert im Sinne einer Bestenauslese wird dies aber nicht; das Ergebnis der Abwägung aller Umstände erschöpft sich in der Feststellung der Eignung bzw. Nicht-Eignung des jeweils Bewerteten. Eine Bindung des Präsidialrates an die Beurteilungskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG besteht nicht.

¹⁸⁸ VGH Mannheim, Urteil vom 06.06.2018 – 4 S 756/17 – juris Rn. 27; BVerwG, Urteil vom 13.11.2019 – 2 C 35/18 – juris Rn. 18 ff.

¹⁸⁹ *Staats*, DRiG, § 57 Rn. 1.

¹⁹⁰ Vgl. auch *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 57 Rn. 5.

¹⁹¹ OVG Münster DRiZ 1998, 422 (423); OVG Schleswig NJW 2001, 3495 (3497 f.); auch OVG Koblenz DVBl. 1991, 719.

¹⁹² *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 57 Rn. 5 m. w. N.

¹⁹³ Vgl. OVG Koblenz NVwZ-RR 1997, 369 (369 f.); auch OVG Münster DRiZ 1998, 422 (423).

(3) Prüfung der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen

Schließlich könnte der Grundsatz der Bestenauslese zumindest für die Prüfung der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen durch die Ausschussmitglieder Anwendung finden. Dagegen spricht jedoch der folgende Gedankengang: Da Art. 95 Abs. 2 GG die Entscheidung über die Richterwahl verfassungsrechtlich dem Richterwahlausschuss insgesamt zuweist, wäre es nur schwer vertretbar, bereits aus einer solchen Vorprüfung eine inhaltliche Bindung für das Wahlgremium insgesamt herzuleiten, zumindest soweit eine solche über die grundlegenden persönlichen und sachlichen Voraussetzungen¹⁹⁴ der Ausübung des Amtes eines obersten Bundesrichters hinausginge. Würde diese Prüfung bereits am Maßstab einer Bestenauslese erfolgen mit dem Ergebnis einer leistungsorientierten Selektion der Vorgeschlagenen, verringerte dies zugleich den Entscheidungsspielraum des Wahlgremiums insgesamt. Da das Grundgesetz jedoch dem Richterwahlausschuss in seiner Gänze eine echte Wahlentscheidung überantwortet, widerspricht dieses Ergebnis der verfassungsrechtlichen Entscheidung und ist daher abzulehnen. Insofern kann festgehalten werden, dass Gegenstand der Vorprüfung nur solche Voraussetzungen sein können, die unabdingbare Grundvoraussetzungen für die Ausübung des bestimmten Richteramtes darstellen, zumindest aber nicht darüberhinausgehende Voraussetzungen, insbesondere nicht bereits eine mehrere Kandidaten miteinander vergleichende Prüfung hinsichtlich ihrer Qualifikation angestellt werden darf, die sodann auch Auswirkungen auf die eigentliche Wahlentscheidung hätte.

Im Ergebnis findet daher der Grundsatz der Bestenauslese im Stadium der Vorbereitung der Wahl nach geltendem Recht weder auf die Erstellung der Landeslisten noch auf die Präsidialvoten oder die generelle Voraussetzungsprüfung Anwendung. Dies lässt sich auch generell mit dem Gedanken des § 44a VwGO begründen, denn die vorgestellten Verfahrensabläufe in diesem Stadium dienen allein der *Vorbereitung* der Wahl- und späteren Ernennungsentscheidung. Sie zielen nicht unmittelbar auf die Veränderung des statusrechtlichen Amtes und sind als unselbstständige Verfahrenshandlungen nicht isoliert anfechtbar.¹⁹⁵

b) Wahl im Ausschuss und Zustimmung des Bundesministers

Der Grundsatz der Bestenauslese könnte für die Wahlentscheidung des Ausschusses oder auch für die Zustimmungentscheidung des zuständigen

¹⁹⁴ Vgl. hierzu oben unter B. III. 2. c).

¹⁹⁵ Vgl. auch beispielhaft VGH Mannheim, Urt. v. 06.06.2018 – 4 S 756/17 – juris Rn. 35 ff.

Ministers die Beachtung der leistungsbezogenen Kriterien verpflichtend vorschreiben.

(1) Wahlentscheidung

Der Grundsatz der Bestenauslese könnte für die Wahlentscheidung des Ausschusses insoweit zu beachten sein, dass grundsätzlich nur der bzw. die geeignetste, befähigste und nach fachlicher Leistung stärkste Kandidat/in gewählt werden dürfte. Dabei kann ausgehend von voriger Argumentation zunächst festgehalten werden, dass ein demokratischen Grundsätzen entsprechender, politischer Wahlmodus als Wert von Verfassungsrang grundsätzlich geeignet und fähig ist, den Grundsatz der Bestenauslese zu überlagern bzw. zu verdrängen.

Entsprechend bereits der Ausführungen zum Berufungsmodus kommunaler Wahlbeamter darf die geheime Wahlentscheidung im Ausschuss gem. § 12 Abs. 1 RiWG in ihrem Charakter als echte Wahl nicht ausgehöhlt werden durch weitere, die Freiheit der Wahl beschränkende Vorgaben, und sei es auch nur im Vorfeld der Wahlentscheidung. Auch diese Wahl folgt in ihrem Wesen grundsätzlich einer freien, nur an Gesetz und Gewissen gebundenen Entscheidung, mit der es nicht zu vereinbaren wäre, ihr dieselben Grenzen zu setzen wie einer Ermessensentscheidung. Sobald und soweit eine nur nach Gesetz und nach freiem Gewissen vorzunehmende Wahlentscheidung in Bezug auf die zur Wahl stehenden Personen außerhalb von absoluten Wählbarkeitsvoraussetzungen eingeschränkt wird, verliert sie ihren Charakter als echte Wahl. So statuiert auch das BVerfG, dass der mit der Wahl einhergehende legitimatorische Mehrwert nicht erreicht werden könne, wenn es eine Pflicht zur Wahl eines bestimmten Kandidaten gäbe; es bliebe nur eine auf eine breite Grundlage gestützte Auswahl-, aber eben keine Wahlentscheidung.¹⁹⁶

In der Folge besteht für die geheime Wahlentscheidung des Richterwahlausschusses gem. § 12 Abs. 1 RiWG zunächst keine Bindung an die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG. Dies erscheint auch systemgerecht, stehen sich doch Legitimation durch Wahl und eine solche durch Bestenauslese grundsätzlich gleichrangig gegenüber.¹⁹⁷ Bedenklich erscheint es aber, sollte bereits im

¹⁹⁶ BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 = NVwZ 2016, 3425 (3427 f., Rn. 28 m. w. N.) und m. Anm. Gärditz.

¹⁹⁷ A.A. etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG III, Art. 95 Rn. 29: Die materiellrechtlichen Maßstäbe für die Auswahl der Richter bestimmen sich allein nach dem Prinzip der Bestenauslese nach Maßgabe von Art. 33 II GG, dessen Maßstäbe durch Art. 95 II GG weder verdrängt noch modifiziert noch auf sonstige Weise rechtlich tangiert werden; Art. 95 II GG modifiziert nur Organisation und Verfahren der Beru-

Vorfeld der Wahl die Kandidatenliste dergestalt unter den großen Parteien feststehen und aufgeteilt sein, dass schließlich kein Raum für eine echte Wahlentscheidung mehr bleibt.¹⁹⁸ So findet verborgen unter einem intransparenten Prozedere letztlich eine parteipolitisch überformte Praxis der Ämterverteilung statt, wie sie auch für parlamentarische Personalwahlen typisch erscheint.¹⁹⁹ Dies entspricht jedoch nicht der verfassungsrechtlichen Konzeption und Verantwortungsverteilung, da die Entscheidung dann letztlich im Vorfeld und außerhalb der Ermächtigungsgrundlagen und Zuständigkeiten getroffen wird.

Angesichts des vorgefundenen Ergebnisses, namentlich, dass der Grundsatz der Bestenauslese bei der Wahlentscheidung der Ausschussmitglieder keine Anwendung findet, vielmehr durch den Berufungsmodus der Wahl gerade ausgeschlossen wird, mögen die Leitsätze der diesbezüglich jüngeren Gerichtsentscheidungen Verwirrung stiften. So urteilte das OVG Lüneburg am Ende des Jahres 2015, dass Richterwahlausschüsse bei ihren Entscheidungen an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden sind.²⁰⁰ Diesem nachfolgend entschied auch das BVerfG im Jahr 2016, dass die Berufung von Richtern an den obersten Gerichtshöfen des Bundes an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen ist.²⁰¹ Diese Aussagen finden jedoch zugleich wieder gewichtige Einschränkungen. Denn das durch Art. 95 Abs. 2 GG vorgegebene Wahlverfahren bedinge Modifikationen gegenüber rein exekutivischen Auswahl- und Beförderungsentscheidungen.

„Die entscheidende Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit besteht auf Grund der in Art. 95 Abs. 2 GG geregelten Entscheidungsfindung hingegen in materiell-rechtlicher Hinsicht. Weil die Motivation der Mitglieder des Wahlausschusses bei der geheimen Abstimmung nicht zu Tage tritt, lässt sich vom Gericht in der Regel auch nicht ermitteln, ob deren Entscheidung dem materiellen Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG genügt. Diese Be-

fung von Bundesrichtern durch politischen Wahlakt. Insofern werde nur die Personalgewalt der jeweils zuständigen Bundesminister durch die Notwendigkeit der Mitwirkung der Richterwahlausschüsse bei der Berufung der Bundesrichter einschränkt.

¹⁹⁸ Vgl. das Beispiel der Blockwahl.

¹⁹⁹ So auch *Tschentscher*, Legitimation, S. 327. In der Schweiz hingegen sind auf Bundesebene mit Ausnahme des Bundespatentgerichts alle Gerichte nach dem Parteienproporz zusammengesetzt mit der direkten persönlichen Folge, dass, wer sich nicht zu einer Partei bekennen will, faktisch von der Richterlaufbahn ausgeschlossen ist. Dieses System wird sowohl im Ausland als auch im Inland nicht unkritisch betrachtet, hierzu z.B. *Tschentscher*, Legitimation, S. 273 ff. oder auch *Lübbe-Wolff*, Richterwahlen in der Schweiz: Wo liegt das Problem? Auf [verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de/richterwahlen-in-der-schweiz-wo-liegt-das-problem/) vom 09.08.2019 (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/richterwahlen-in-der-schweiz-wo-liegt-das-problem/>, Aufruf am 05.11.2019).

²⁰⁰ OVG Lüneburg NVwZ 2016, 786 – 1. LS.

²⁰¹ BVerfG NJW 2016, 3425 – 1. LS.

schränkung resultiert aus dem besonderen vom Verfassungsgeber in Art. 95 Abs. 2 GG normierten Auswahlverfahren und ist daher von den betroffenen Bewerbern, ebenso wie von den im Einzelfall angerufenen Gerichten, zu akzeptieren [...]; sie ist Ausdruck des im Wege der praktischen Konkordanz zu erfolgenden Ausgleichs der kollidierenden Verfassungsbestimmungen des Art. 33 Abs. 2 GG und des Art. 95 Abs. 2 GG.²⁰²

Ungeachtet der Frage einer rechtstheoretischen Möglichkeit und Zulässigkeit der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen einem Grundsatz und einem Prinzip²⁰³, geht auch das BVerfG davon aus, dass in Bezug auf die Wahlentscheidung des Richterwahlausschusses der grundsätzlich zu beachtende Grundsatz der Bestenauslese durch das verfassungsrechtlich vorgeschriebene Wahlverfahren „modifiziert“ wird.²⁰⁴ Bevor jedoch dargestellt wird, in welcher Weise die vom BVerfG angedachte Modifikation erfolgt, soll zunächst auf die Zustimmungsentscheidung des zuständigen Bundesministers eingegangen werden.

(2) Zustimmungsentscheidung

Im Hinblick auf die Zustimmungs- bzw. Ablehnungsentscheidung des jeweiligen Bundesministers steht weitestgehend fest, dass diese grundsätzlich eine an die rechtlichen Kriterien der Bestenauslese gebundene Entscheidung darstellt.²⁰⁵ Dies ergibt sich bereits aus der Leitnorm²⁰⁶ der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Art. 1 Abs. 3 GG. Die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte binden zwar grundsätzlich jede Ausübung öffentlicher Gewalt,²⁰⁷ wie sie auch durch die berufenen Mitglieder des Richterwahlausschusses wahrgenommen wird. Im Gegensatz zur Entscheidung des Ministers liegt in dem Wahlverfahren durch die wahlberechtigten Ausschussmitglieder jedoch ein demokratisches Element, dass von seiner Wertigkeit grundsätzlich geeignet ist, den Grundsatz der Bestenauslese zumindest zu modifizieren. Betrachtet man allein das Amt des zur Gubernative zählenden Ministers und das diesem obliegende Entscheidungsverfahren, sind weder

²⁰² So OVG Lüneburg NVwZ 2016, 786 (788); auch das OVG Schleswig stellte in seiner Entscheidung NJW 2001, 3495 (3499) bereits auf die praktische Konkordanz zwischen diesen Verfassungswerten ab.

²⁰³ Hierzu bereits *Mehde*, NordÖR 2001, 470 (472).

²⁰⁴ BVerfG NJW 2016, 3425 – 1. LS.

²⁰⁵ Vgl. BVerfG NJW 2016, 3425 (3428, Rn. 29 und 32); *Schmidt-Räntsch*, RiWG, § 13 Rn. 2; weitergehend wohl *Detterbeck*, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR III, § 66 Rn. 37; vgl. auch BGH NJW 2007, 1133 (1135) für die Wahl zur Rechtsanwaltschaft beim BGH.

²⁰⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 04. Mai 1971 – 1 BvR 636/68 – juris Rn. 40.

²⁰⁷ Vgl. *Antoni*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 1 Rn. 20.

wertgleiche Elemente vorhanden noch andere Gründe ersichtlich, die es erlauben würden, diesen von grundrechtlichen Bindungen freizustellen bzw. solche Bindungen zu lockern. In der Folge ist der Minister in seiner Entscheidungsgewalt an die Grundrechtsnorm des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden und darf grundsätzlich keine hiervon abweichende Entscheidung treffen bzw. einer solchen zustimmen.

(3) Institutionelles Treueverhältnis

Zugleich ist zu beachten, dass eine Bindung des Ministers an Art. 33 Abs. 2 GG dergestalt, dass er nur der Wahl des bzw. der „Besten“ zustimmen dürfte, die Wahlentscheidung des Richterwahlausschusses entwerten und ins Leere laufen lassen würde. Das Wahlverfahren wäre sinnberaubt, dürfte der Minister dem Gewählten ohnehin nicht zustimmen. Aufgrund dieser Spannungslage geht das BVerfG einen besonderen Weg: In Anerkennung der Wechselbezogenheit der Entscheidung und dem faktischen Einigungszwang zwischen wahlberechtigten Ausschussmitgliedern und dem zuständigen Bundesminister betont es das zwischen den Akteuren bestehende „*institutionelle Treueverhältnis*“: Richterwahlausschuss und Minister „agieren nicht unabhängig voneinander, sondern aufeinander bezogen. Aufgrund dieser geteilten Verantwortung müssen sie bei ihren Entscheidungen die Bindungen, aber auch die verfassungsrechtlichen Freiräume beachten, die für den jeweils anderen Akteur bestehen.“²⁰⁸

Konkret bedeute dies für die Mitglieder des Richterwahlausschusses, dass sie die Bindung des Ministers an den Grundsatz der Bestenauslese zumindest zu beachten haben, und zwar in der Weise, dass sie nur jemanden wählen, dessen Wahl der Minister auch zustimmen kann. Dies lässt sich auch aus anderer Perspektive begründen: So erscheint eine rechtsstaatliche Legitimation durch konkrete materiell-rechtliche Bindungen allein dort nicht erforderlich, wo der Souverän selbst oder ein von diesem unmittelbar bestimmtes Wahlorgan den demokratischen Rekrutierungsakt vornimmt. Dies folgt aus dem Gedanken einer ausreichenden Legitimation durch enge Rückkopplung an den Wählerwillen.²⁰⁹ Der Richterwahlausschuss ist indes weder selbst Souverän noch unmittelbar durch diesen gewählt. Vielmehr ist der Richterwahlausschuss infolge der Zusammensetzung aus Mitgliedern kraft Amtes, namentlich der jeweiligen Landesminister, und Mitgliedern kraft Wahl, die durch den Bundestag gewählt werden, selbst nur, man könnte sagen „doppelt-mittelbar“ legitimiert, sodass eine rechtsstaatliche Legitimation

²⁰⁸ BVerfG NJW 2016, 3425 (3428, Rn. 31) mit Verweis auf OVG Hamburg, Beschl. v. 14.09.2012 – 5 Bs 176/12 – juris Rn. 23.

²⁰⁹ So auch *Hellermann/Sievers*, JuS 2002, 998 (1001) m. w. N.

durch Rechtsbindung trotz Wahlmodus nicht gänzlich außer Acht gelassen werden darf.

Andersherum sei der Minister nicht daran gebunden, nur der Wahl des seiner Meinung nach Besten zuzustimmen, denn ansonsten wäre auch die Einrichtung des Ausschusses weitestgehend sinnentleert. Die Entscheidung läge in diesem Fall entgegen der verfassungsrechtlichen Konzeption letztlich doch allein bei der Justizverwaltung. Vielmehr habe sich der Minister die Wahlentscheidung grundsätzlich zu eigen zu machen, jedoch mit einigen gewichtigen Ausnahmen: So treffe den zuständigen Bundesminister die Pflicht seine Zustimmung zu verweigern, wenn zum einen die formellen Ernennungsvoraussetzungen nicht gegeben sind, zum anderen wenn die verfahrensrechtlichen Vorgaben nicht eingehalten werden. Darüber hinaus müsse der Bundesminister die Zustimmung verweigern, soweit das Ergebnis nach Abwägung aller Umstände und insbesondere vor dem Hintergrund der Wertungen des Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr nachvollziehbar erscheint. Für eine solche Nachvollziehbarkeit habe der Minister u. a. auch die Präsidialvoten sowie die sonstigen dienstlichen Beurteilungen zu sichten. Zwar bestehe weder eine Bindung an eine sich aus dem Vergleich dienstlicher Beurteilungen ergebende Rangordnung der Kandidaten, noch an eine durch den Präsidialrat etwa vorgenommene Reihung oder der Einstufung einzelner Bewerber als ungeeignet. Der Minister müsse jedoch all diese Anhaltspunkte für die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in seine Zustimmungsentscheidung einbeziehen und im Gegensatz zur Wahlentscheidung des Ausschusses seine Entscheidung erforderlichenfalls begründen bzw. diese sogar verweigern.²¹⁰

Das BVerfG erkennt an, dass die Gewährleistung des grundrechtsgleichen Rechts auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl insbesondere durch eine entsprechende Ausgestaltung des Verfahrens und durch eine eignungs- und leistungsorientierte Einhegung der Wahl erfolgt. Nur durch eine nachvollziehbare Dokumentation der Eignungsfeststellung und der Auswählerwägungen könne der Leistungsgrundsatz im Vorfeld der Wahl operationalisierbar gemacht werden. Dies sei umso mehr geboten, treffe den Ausschuss bezüglich seiner Wahlentscheidung doch keine Begründungspflicht.²¹¹ Dies ist folgerichtig, erfolgt die freie und geheime Wahlentscheidung doch allein auf Grundlage einer Vertrauensstiftung, deren Gründe nach außen nicht erkenntlich gemacht werden müssen, soweit dies überhaupt möglich ist.

²¹⁰ Zum Ganzen BVerfG NJW 2016, 3425 (3428, Rn. 32).

²¹¹ BVerfG NJW 2016, 3425 (3428, Rn. 33).

Hingegen treffe den Minister, soweit er sich die Entscheidung des Ausschusses nicht zu eigen mache, in bestimmten Konstellationen eine Begründungspflicht. Eine solche Pflicht zur Begründung besteht nach Ansicht des BVerfG „immer dann, wenn es sich aufdrängt, dass der Richterwahlausschuss offenkundig relevante Aspekte zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung des Vorgeschlagenen in einer den Spielraum des Art. 95 Abs. 2 GG überschreitenden Weise missachtet hat“.²¹² Konkret benennt das BVerfG zwei Fallgestaltungen, in denen eine Begründungspflicht des zuständigen Bundesministers bestehe. Dies betreffe zum einen den Fall der Verweigerung der Zustimmung, da anderenfalls eine Einigung im Rahmen des institutionellen Treueverhältnisses nur schwer möglich erscheine. Zum anderen müsse der Minister seine Zustimmung zur Wahl eines nach dem Präsidialvotum oder den dienstlichen Beurteilungen nicht Geeigneten begründen, denn der Grundsatz der Bestenauslese erfordere es, „Entscheidungen nachvollziehbar zu machen und über sie Rechenschaft abzulegen, wenn sie derart weit von grundlegenden Eignungsanforderungen entfernt zu sein scheinen. Art. 33 Abs. 2 GG unterliegt insoweit zwar Modifikationen, wird von Art. 95 Abs. 2 GG aber nicht vollständig verdrängt.“²¹³

Der Ansicht des BVerfG ist zuzugestehen, dass sie nach langer Zeit schließlich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Richterwahlausschuss und Bundesminister einer Lösung zuführt, die jedoch nur begrenzt überzeugen kann. Die verfassungsrechtliche Konzeption des Art. 95 Abs. 2 GG legt gemäß Wortlaut und auch Entstehungsgeschichte²¹⁴ ein wirklich gleichberechtigtes Entscheidungsverfahren von Ausschuss und Minister fest. Mit der Ansicht des BVerfG, dass sich der Minister die Ausschussentscheidung grundsätzlich zu eigen zu machen habe und nur in den genannten besonderen Konstellationen die Zustimmung verweigern dürfe, wird der Entscheidungsspielraum des zuständigen Bundesministers erheblich verkürzt. Das Ungleichgewicht der Rollen verdeutlicht sich dadurch, dass der Ausschuss zwar die vom Minister vorgeschlagenen Kandidaten ablehnen kann, die Zustimmung des Ministers sich aber auf die vom Ausschuss gewählten Kandidaten beschränkt und der Minister dabei zusätzlich unter dem Handlungsdruck der Anforderungen der Bundesgerichte steht. Auch § 1 Abs. 2 RiWG, der die diesbezügliche Aufgabe des Ministers zumindest sprachlich auf eine bloße Mitwirkung festlegt, vermag die verfassungsrechtlich bestimmte Gleichberechtigung im Entscheidungsverfahren bereits aus normhierarchischen Grün-

²¹² BVerfG NJW 2016, 3425 (3428, Rn. 35).

²¹³ BVerfG NJW 2016, 3425 (3428 f., Rn. 35); zur fehlenden Übertragbarkeit dieser Grundsätze zur Bundesrichterwahl auf das schleswig-holsteinische Landesrichterwahlverfahren vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 21.10.2019 – 2 MB 3/19.

²¹⁴ Vgl. hierzu *Ebertz*, DRiZ 2017, 197 (204).

den nicht wirksam zu begrenzen. Teilweise ist daher bei der verfassungsgerichtlichen Entscheidung von einer Marginalisierung der Rolle des zuständigen Bundesministers die Rede.²¹⁵

c) Ernennung durch den Bundespräsidenten

Der Grundsatz der Bestenauslese könnte schließlich in der sich anschließenden Ernennungsentscheidung des Bundespräsidenten zu beachten sein. Dabei wurde bereits oben dargelegt, dass das aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Gebot der Bestenauslese umso mehr an Bedeutung verliert, je stärker Wahlelemente Eingang in das Auswahlverfahren finden.²¹⁶ So wird dem Bundespräsidenten neben seiner Rolle als bloßem Staatsnotar im institutionellen Verfassungsgefüge zwar eine grundsätzliche rechtswahrende Kontrollfunktion zugesprochen.²¹⁷ Zugleich ist vorliegend jedoch die verfassungsrechtlich überantwortete Legitimation durch einen Wahlakt des Richterwahlausschusses zu beachten.

Anders als bei der Ausübung der ungeschriebenen Prärogativrechte und des Begnadigungsrechtes, wird dem Bundespräsidenten bei der Ausübung des Ernennungs- und Entlassungsrechtes nach wohl herrschender Auffassung kein freies Ermessen, sondern höchstens ein materielles, d. h. rechtsgebundenes Prüfungsrecht einräumt. Abseits dieser materiell evidenten Rechtsverstöße sei der Bundespräsident grundsätzlich verpflichtet zur Unterzeichnung der ihm vorgelegten Personalvorschläge.²¹⁸ Dies ist folgerichtig und ergibt sich bereits daraus, dass der Bundespräsident abseits der unmittelbar ihm unterstellten Bediensteten keine uneingeschränkte oder auch nur grundsätzliche Personalhoheit besitzt. Die verfassungsrechtliche Gewichtsverteilung zwischen dem Bundespräsidenten und den anderen Verfassungsorganen legt nahe, dass das Ernennungs- und Entlassungsrecht des Art. 60 Abs. 1 GG vielmehr unter jene Befugnisse des Staatsoberhauptes einzuordnen ist, bei deren Ausübung dieser zur Unterzeichnung der vorgelegten Entscheidungen verpflichtet ist, soweit nicht Rechtsgründe entgegenstehen.

Solche, der Ernennung entgegenstehende Rechtsgründe sind sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht vorstellbar. Ausgehend von dem verfassungsrechtlichen Gesamtgefüge und der daraus resultierenden institutionellen Funktionsabhängigkeit der Organe, die schließlich in der Anerken-

²¹⁵ So insbesondere *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 308.

²¹⁶ Vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 16. November 1998 – 3 M 50/98 – juris Rn. 21; OVG Lüneburg, Beschl. v. 25.06.1992 – 5 M 2798/92 – juris Rn. 24 f.

²¹⁷ Vgl. z. B. *Nierhaus*, in: Sachs, GG, Art. 54 Rn. 6 und Art. 82 Rn. 9 ff.

²¹⁸ *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 60 Rn. 8.

nung des jeweils anderen Akteurs in Ausprägung eines institutionellen Treueverhältnisses gipfelt, hat der Bundespräsident dennoch infolge seiner rechtswahrenden Kontrollfunktion in formeller Hinsicht zumindest die Ernennungsvoraussetzungen sowie den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu prüfen bzw. zu kontrollieren. Insbesondere die Prüfung des Verfahrensablaufes ist streng im Sinne des Leistungsgrundsatzes, da der verfahrensabhängige Bewerbungsverfahrenanspruch wie aufgezeigt nur so operationalisierbar gemacht werden kann. Soweit daher nicht bereits der zuständige Bundesminister fehlende Ernennungsvoraussetzungen oder einen nicht ordnungsgemäßen Verfahrensablauf beanstandet, fällt es in die Pflicht des Bundespräsidentenamtes, die Ernennung infolge dieser Fehlergründe zu verweigern.

In materieller Hinsicht kann ein der Ernennung entgegenstehender Rechtsgrund auch insbesondere in der Nichtbeachtung des Art. 33 Abs. 2 GG liegen. Hierbei sind jedoch gewichtige Einschränkungen zu machen. Zum einen bekommt hier der Umstand besonderes Gewicht, dass die Personalhoheit der Richterstellen verfassungsrechtlich nicht dem Bundespräsidenten, sondern dem Richterwahlausschuss überantwortet ist, dem insofern die Entscheidung zukommen muss. Zum anderen sind die Auswirkungen des institutionellen Treueverhältnisses zu beachten. Dem eigenen, nur der eingeschränkten Überprüfung unterliegenden Beurteilungsspielraum der Ausschussmitglieder in Bezug auf die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Richterkandidaten wäre nicht genügt, würde der Bundespräsident seine eigenen Einschätzungen und Werturteile an Stelle der des Ausschusses setzen. So könnte selbst in dem Fall, dass der Bundespräsident einen Kandidaten nur leicht besser einschätzt als einen anderen, die Ernennung verweigert werden aufgrund einer Verletzung des streng verstandenen Art. 33 Abs. 2 GG. Dies verkennt jedoch zum einen die verfassungsrechtliche Entscheidungsüberantwortung zugunsten des Ausschusses, zum anderen die Wechselseitigkeit und gegenseitige Abhängigkeit von Richterwahlausschuss, zuständigem Bundesminister und Bundespräsidenten in Bezug auf diese Personalentscheidungen. Eine solches Letztentscheidungsrecht des Bundespräsidenten würde die vorgesehene Beurteilung durch die Ausschussmitglieder unterlaufen und somit das Wahlverfahren insgesamt entwerten. Insofern ist insbesondere der Spielraum bei der Beurteilung der Qualifikationsmerkmale von Kandidaten durch die Mitglieder des Richterwahlausschusses zu beachten. Zugleich besteht infolge der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 33 Abs. 2 GG die Notwendigkeit einer wirksamen Kontrollinstanz in Fällen extremer Abweichung. Insofern muss dem Bundespräsidenten im Hinblick auf den Grundsatz der Bestenauslese ein Prüfungsrecht für zumindest evidente und schwere Verstöße zugebilligt werden. Ist hingegen die durch die Ausschussmitglieder vorgenommene Beurteilung eine Frage der Bewertung innerhalb des Rahmens des Art. 33 Abs. 2 GG, so hat der Bundespräsident diesen Beurteilungs-

und Entscheidungsspielraum zu respektieren und ist grundsätzlich verpflichtet, die beantragte Ernennung vorzunehmen.

In der Folge ist es zwar nicht primäre Aufgabe des Bundespräsidenten, die fachliche Eignung des zu Ernennenden (erneut) zu prüfen. Ist die Wahlentscheidung des Ausschusses jedoch unter Abwägung aller Umstände und insbesondere vor dem Hintergrund der Wertungen des Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr nachvollziehbar, so hat der Bundespräsident die Ernennung zu verweigern. Da es vorliegend weitestgehend um subjektive Wertungen und Bewertungen geht, kann die Frage der Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen abstrakt und losgelöst vom Einzelfall nur schwer beantwortet werden. In den konkreten Einzelfällen bieten die Bewertungen wohl theoretisch viel Streitpotential, vor dem Hintergrund des anzunehmenden hohen Niveaus und der hohen Qualifikation der Bundesrichterkandidaten dürfte die in der Praxis vorgenommene Bewertung der Kandidaten durch den Ausschuss sich aber im Regelfall im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG bewegen. Eine rechtsgebundene Pflicht zur Verweigerung der Ernennung dürfte daher nur in eng begrenzten Ausnahmefällen bestehen.²¹⁹

Dass ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG grundsätzlich besteht, gleichwohl unter Beachtung des Beurteilungsspielraums des für die Wahl zuständigen Gremiums, lässt sich auch an der verfassten Kritik am Gesetzesvorbehalt des Art. 60 Abs. 1 GG ableiten. In der Norm heißt es abgekürzt, der Bundespräsident ernennt die Bundesrichter, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Die verfassungspolitischen Bedenken gegen den Gesetzesvorbehalt bestehen darin, dass der Bundesgesetzgeber unter Berufung auf diesen die Bundesregierung von der Rechtliechkeitskontrolle des Bundespräsidenten fast beliebig freizeichnen könnte und so die Ernennungs- und Entlassungskompetenzen des Bundespräsidenten gewissermaßen „legislatorisch ausgehöhlt“ würden.²²⁰ Dass dies verfassungspolitisch nicht intendiert ist, dürfte auf der Hand liegen. Es wird daher vorgeschlagen, den Gesetzesvorbehalt restriktiv auszulegen und einzufangen durch eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung der Abweichungsregelung, teilweise auch durch die Wesensgehaltsgarantie. Unbedenklich und mit dem gleichen Ergebnis einer Entlastung wirkt hingegen die Vorschrift des Art. 60 Abs. 3 GG, wonach der Bundespräsident seine Ernennungs- und Entlassungsbefugnisse auf andere Behörden übertragen kann. Denn hierbei entscheidet das Organ selbst, ob es einer Entlastung bedarf und es besteht nicht die Gefahr, dass eine Entlastung gewissermaßen nur vorgeschoben

²¹⁹ Beispielhaft hierfür wäre eine unter Anwendung der Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG) getroffene Auswahlentscheidung, soweit eine solche nachweisbar ist.

²²⁰ So *Nierhaus*, in: Sachs, GG, Art. 60 Rn. 10.

wird, um Personalentscheidungen vor den kritischen Blicken des Staatsoberhauptes zu bewahren.²²¹

Zum Tragen kommt in den vorgestellten Fällen die rechtswahrende Kontrollfunktion des Bundespräsidenten, die sich daran zeigt, dass vor dem Hintergrund der Wertungen des Art. 33 Abs. 2 GG eine Vertretbarkeitskontrolle der Auswahlentscheidung erfolgt. Nur bei unvertretbaren Entscheidungen ist der Bundespräsident zur Verweigerung der Ernennung berechtigt und zugleich verpflichtet. Über diese rechtswahrende Kontrollfunktion hinaus wird dem Bundespräsidentenamt nur vereinzelt und in Ausnahmefällen auch eine eigene inhaltliche Einschätzungsfunktion zugebilligt, namentlich, wenn Ernennungen (und Entlassungen) dem Staatswohl in hohem Maße abträglich wären.²²²

Dass diese abseits von rechtlich gebundenen Pflichten durch den Bundespräsidenten vorzunehmende Prüfung gleichwohl eine eigene subjektive Bewertung ist, zeigte sich auch an Ereignissen um den Fall Creifelds. In diesem verweigerte Bundespräsident Lübke die Ernennung des Vorgenannten zum Bundesrichter am BGH aufgrund dessen früherer Tätigkeit im Reichsjustizministerium.²²³ Zum Tragen kam in diesem Falle zwar keine Verweigerung aufgrund eines Leistungsvergleiches, gleichwohl aber eine durch den Bundespräsidenten vorgenommene Prüfung der Qualifikation und sodann Ablehnung infolge fehlender moralischer Eignung des zu Berufenden; dies auch unter dem Gesichtspunkt der Autorität des Gerichtshofes insgesamt.²²⁴ Insofern weist dieser Fall die Besonderheit einer eigenen inhaltlichen Beurteilung des Bundespräsidenten abweichend von der Beurteilung des Ausschusses auf, dem die Personalentscheidung primär überantwortet ist. Zugleich werden die komplexen Interaktionsbeziehungen zwischen den Akteuren aufgezeigt.

III. Negative Auswirkungen des modifizierten Leistungsgrundsatzes

Dass der Grundsatz der Bestenauslese ausweislich vorstehender Ausführungen zumindest modifizierte Geltung in Bezug auf die Ämter von politischen Beamten und Bundesrichter beansprucht, lässt noch nicht den Schluss

²²¹ Vgl. *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 60 Rn. 21 und 24.

²²² So insbesondere *Nierhaus*, in: Sachs, GG, Art. 60 Rn. 8.

²²³ Beispielhaft aus der Presse: *Eschenburg*, Durfte Lübke „Nein“ sagen? Artikel auf *Zeit online* vom 05.02.1965 (abrufbar unter: <https://www.zeit.de/1965/06/durfte-luebke-nein-sagen-komplettansicht>, Aufruf am 11.10.2019).

²²⁴ Der Fall wurde nie vor die Gerichte getragen, hingegen ließ sich Creifelds als persönliche Konsequenz vorzeitig in den Ruhestand versetzen.

zu, dass man sich angesichts der gefundenen Lösung zufrieden zurücklehnen könnte. Vielmehr ist aufzuzeigen, dass infolge der nur modifizierten Anwendung des Leistungsgrundsatzes und insbesondere der nur verfahrensabhängigen Geltung für den Bereich der Stellenbesetzung durch Wahlen zahlreiche Beeinträchtigungen von Gesetz und Recht erfolgen.

1. Politische Beamte

Infolge der Modifikation des Leistungsprinzips durch das Vertrauens- und Übereinstimmungserfordernis erfährt der Leistungsgrundsatz sowohl in seiner objektiven Ausprägung als auch in seiner Ausgestaltung als grundrechtsgleiches Recht wesentliche Einschränkungen.

a) Objektive Dimension

Bei der Auswahl von politischen Beamten im Rahmen einer Ernennungs- oder Beförderungsentcheidung gilt der Leistungsgrundsatz zumindest in der Theorie, wie aufgezeigt, grundsätzlich uneingeschränkt und wird lediglich in Bezug auf das Kriterium des politischen Vertrauens der Regierung in den Bewerber erweitert. Es ist jedoch bedauerlicherweise davon auszugehen, dass in der Staatspraxis der Zugang zu solchen Ämtern vorrangig, wenn nicht in manchen Fällen sogar ausschließlich nach dem Kriterium der insbesondere parteipolitischen Verlässlichkeit und Loyalität gesteuert wird.²²⁵

(1) Formale Politisierung

Dies legen Ergebnisse der PAE-Studien hinsichtlich einer formalen Politisierung der politisch-administrativen Eliten nahe. In der verwaltungswissenschaftlichen Eliteforschung stellen die Arbeitsteilung zwischen Politikern und Bürokraten sowie die politischen Aspekte höherer Verwaltungstätigkeit traditionell einen Schwerpunkt dar. Insbesondere die Frage des Ausmaßes einer zunehmenden Politisierung der Verwaltung steht im Fokus. Die Konstanzer Elitestudie Politisch-Administrative Elite (PAE) greift das Erkenntnisinteresse der Comparative Elite Studies²²⁶ auf und erweitert es in Bezug

²²⁵ Vgl. *Hailbronner*, ZaöRV 2009, 267 (274), der den „immer stärker werdenden Zugriff der politischen Parteien auf die Besetzung öffentlicher Ämter, der seit Jahrzehnten ohne sichtbaren Erfolg gerügt wird, und die nicht selten schamlose Missachtung aller Grundsätze über den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung“ beklagt.

²²⁶ CES I von 1970, vgl. *Aberbach/Putnam/Rockman*, Bureaucrats; CES II von 1987 mit Untersuchungen zu Deutschland von *Derlien/Mayntz*, Politisch-administrative Elite, und *Mayntz/Derlien*, Politicization.

auf Rollenbilder, Werte und Einstellungen von Spitzenbeamten in der Ministerialverwaltung des Bundes.²²⁷ Erfasst werden die Staatssekretäre²²⁸, Ministerialdirektoren und die Ministerialdirigenten²²⁹ in den Bundesministerien und somit, mit Ausnahme der Ministerialdirigenten²³⁰, insbesondere die politischen Beamten dieser Bereiche.²³¹ Für den Zeitraum von 1970 bis 2013 wurde so das Ausmaß einer formalen und funktionalen Politisierung dieser administrativen Eliten untersucht.

Eine formale Politisierung liegt vor, wenn die Besetzung und Abberufung von Personal aufgrund politischer Kriterien erfolgt. Die offensichtlichste Form ist die Parteipolitisierung, also die Berufung von Parteimitgliedern auf administrative Spitzenpositionen. Maßgeblich bei einer solchen Besetzung nach politischen Kriterien ist der Bestand eines besonderen Vertrauensverhältnisses des Amtsanwärters zur politischen Führung, wie er gesetzlich nur von den politischen Beamten gefordert werden kann. Da für die Einstellung und Beförderung von Beamten auf Ämter, die nicht den Status eines politischen Beamten tragen, der Grundsatz der Bestenauslese uneingeschränkte

²²⁷ Erhoben wurde die Studie bisher in den Jahren 2005 mit auswertender Veröffentlichung von *Schwanke/Ebinger*, Politisierung; 2009 mit auswertender Veröffentlichung von *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener?; vgl. auch *Ebinger/Schmitt*, Handlungsfreiheit, und 2013 mit auswertender Veröffentlichung von *Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske*, Deutsche Verwaltungselite; vgl. auch den Internetauftritt der Ruhr-Universität Bochum (abrufbar unter: <http://www.sowi.rub.de/regionalpolitik/forschung/PAE.html.de#3>, Aufruf am 03.03.2020).

²²⁸ In der Studie werden nur die beamteten Staatssekretäre erfasst, im Unterschied zu den parlamentarischen Staatssekretären auf Bundesebene. Letztere stehen zum Bund in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis, sind also gerade keine Beamten, vgl. § 1 Abs. 3 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre (ParlStG). Weitere Ausführungen zum parlamentarischen Staatssekretär und dessen vereinzelte Ausformung in den Ländern finden sich unter D. III. 1. a) (1).

²²⁹ Ministerialdirektoren und Ministerialdirigenten stellen die Amtsbezeichnungen für Abteilungsleiter und Unterabteilungsleiter auf Bundesebene nach Anlage I zu § 20 Abs. 2 S. 1 BBesG in der Besoldungsordnung B dar. Teilweise gilt entsprechendes Landesrecht.

²³⁰ Ministerialdirigenten sind grundsätzlich weder auf Bundes- noch auf Landesebene politische Beamte. Eine Ausnahme gilt insofern lediglich für Unterabteilungsleiter im Auswärtigen Amt, die der Besoldungsgruppe B 6 angehören, vgl. § 54 Abs. 1 Nr. 2 BBG.

²³¹ Aufgrund der im militärischen Bereich herrschenden, besonderen hierarchischen Beziehungen, die eine nicht zu kontrollierende Variable darstellen würden, wurde das Bundesministerium der Verteidigung nicht in die Untersuchungen einbezogen. An den Studien PAE 2005, 2009 und 2013 beteiligten sich 39, 40 bzw. 46% der Befragten (132, 121 bzw. 772 Personen, wobei die hohe Zahl der Erhebung 2013 insbesondere auf die Einbeziehung von Referatsleitern zurückzuführen ist), vgl. *Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske*, Deutsche Verwaltungselite, S. 4 Tabelle 1.

Anwendung findet, also eine Auswahl ausschließlich nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu erfolgen hat, stellt eine unter politischen Aspekten getroffene Auswahlentscheidung in diesen Fällen eine unzulässige Ämterpatronage dar.

Unter den politischen Beamten im Ministerialapparat des Bundes ergab sich entgegen der eigenen Wahrnehmung der Beamten eine andauernd starke Parteipolitisierung. Im Jahr 2005 gaben in der bürokratischen Führungsebene 75 % der Staatssekretäre und knapp 60 % der Ministerialdirektoren²³² an, Mitglied einer Partei zu sein.²³³ Der Trend zur Parteipolitisierung wurde dabei jedoch insgesamt, insbesondere unter den Beamten ohne Parteizugehörigkeit, eher kritisch bewertet.²³⁴ Die Zahl der Parteimitgliedschaften schien 2009 gesunken, so waren es laut Angaben lediglich 43 % der Staatssekretäre und 25 % der Ministerialdirektoren. Doch nach Abgleich der (anonymisierten) Daten anhand biographischer Daten erkannten die Auswertenden, dass der unerwartete Rückgang der Parteimitgliedschaften offensichtlich auf einem veränderten Antwortverhalten der Befragten beruhte. Diese legten ihre Parteimitgliedschaft zunehmend nicht offen. Ein Begründungsversuch sei die Zurückhaltung in parteipolitischen Fragen zur Erleichterung der täglichen Zusammenarbeit. Es bestehe durch Verschweigen der Parteimitgliedschaft insbesondere eine erhöhte Überlebenswahrscheinlichkeit der Akteure bei einem Regierungswechsel.²³⁵ Kritisch wird auch von anderer Seite betont, dass der politische Beamte kurzfristig in Wahlzyklen denken und handeln müsse, wenn er seine eigenen Überlebenschancen optimieren will; kurzfristiger politischer Erfolg müsse ihm wichtiger sein als langfristig angelegte Stabilität und Sachgerechtigkeit.²³⁶ Gestützt auf starke Ergebnisse in der Abfrage zur Parteiensympathie bescheinigten die Autoren der Mehrheit der Spitzenbeamten daher weiterhin eine eindeutige politische Identität.²³⁷ Dies bestätigte sich auch in der Abfrage der Parteimitgliedschaften im Jahr 2013, bei der wiederum knapp 67 % der Staatssekretäre und knapp 56 % der Abteilungsleiter ihre Parteizugehörigkeit offenlegten.²³⁸

²³² Sowie ein Drittel der Unterabteilungsleiter.

²³³ *Schwanke/Ebinger*, Politisierung, S. 238.

²³⁴ *Schwanke/Ebinger*, Politisierung, S. 244.

²³⁵ *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener? S. 333 ff.

²³⁶ So *Steinbach*, *VerwArch* 2018, 2 (21).

²³⁷ *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener? S. 335 ff., 338; auch *Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske*, *Deutsche Verwaltungselite*, S. 14.

²³⁸ Vgl. *Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske*, *Deutsche Verwaltungselite*, S. 11 f. und Tabelle 4.

(2) Personalaustausch

Die Bedenken der Amtsträger, ihre parteipolitische Bindung offenzulegen, scheinen indes berechtigt, denn mit zunehmendem Ausmaß einer formalen Politisierung steigt auch der tatsächliche Austausch von administrativem Führungspersonal nach einem Regierungswechsel. Die Personalfluktuations von politischen Beamten nach Regierungswechseln kann daher zugleich als Indikator für das Maß der formalen Politisierung angesehen werden.²³⁹

Der Trend eines nahezu kompletten Austausches der administrativen Spitzenpositionen nach einem Regierungswechsel flaut dabei nur scheinbar ab. Betrachtet man auch die dem Wechsel folgende Legislaturperiode wurden bei dem Regierungswechsel 1998/99 und im Laufe der sich anschließenden 14. Wahlperiode 96,2% der Staatssekretäre (25 von 26) und 56,5% der Ministerialdirektoren (65 von 115) ausgetauscht, was einem Gesamtprozentsatz ausgetauschter politischer Beamter von 63,8% Prozent entspricht. Der Regierungswechsel 2005/06 und der weitere Verlauf der 16. Legislaturperiode (Merkel I) führten zu ähnlichen Ergebnissen: 73% der Staatssekretäre (19 von 26) und 62% der Ministerialdirektoren (71 von 115) mussten ihren Posten räumen. Dabei fällt auf, dass der weitreichende Personalaustausch trotz durchgehender Regierungsbeteiligung einer großen Partei stattfindet, was bedeutet, dass die hohe Fluktuation politischer Beamter unabhängig von einem politischen Machtwechsel besteht.²⁴⁰ Dies bestätigt sich auch bei einem Blick auf den teilweisen Regierungswechsel 2009 und den Verlauf der 17. Legislaturperiode: Trotz Verbleibs der CDU in der Regierung wurden erneut 96% der Staatssekretäre (24 von 25) und 64,7% der Ministerialdirektoren in den Bundesministerien ersetzt, was einem Gesamtaustausch dieser Positionen von 70,7% entspricht.²⁴¹

Die hohe Personalfluktuations auf den wichtigen Schlüsselstellen ist geeignet, die mit dem Leistungsgrundsatz angestrebte erhöhte Funktions- und

²³⁹ Rouban, Politicization, S. 316.

²⁴⁰ Ebinger/Jochheim, Loyale Diener? S. 333 und Tabelle 2 m. w. N.; bestätigend Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske, Deutsche Verwaltungselite, S. 10 f.

²⁴¹ Vgl. Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske, Deutsche Verwaltungselite, S. 10 Tabelle 3. Für den Regierungswechsel 2013/14 liefert die PAE-Studie diesbezüglich leider keine Ergebnisse. Otremba verweist in „Ständig rotierende Beamte“ auf zeit.de vom 07.03.2015 auf einen Austausch der politischen Positionen in Bundesministerien von rund 63% im Zuge des Regierungswechsels 2013/14. Er stellt zudem heraus, dass selbst ohne politischen Regierungswechsel ein Austausch von min. 20% der politischen Ministerialbeamten erfolgt, soweit der Ressortchef wechselt (mit dem ironischen Hinweis auf sog. „friendly fire“, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-03/bundesregierung-politische-beamte-ruhestand>, Aufruf am 16.01.2019).

Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes zu gefährden. Durch erforderliche Einarbeitungszeiten, Kapazitäten- und Ressourcenbindung kann eine beständige und somit auch nachhaltige Zusammenarbeit innerhalb der Behörde erschwert werden.²⁴² Dies wird untermauert durch die durchschnittliche Verweildauer von Staatssekretären in ihrem Amt, die nur etwas mehr als 3 Jahre betragen dürfte, während gegenüberstellend Regierungskonstellationen in Deutschland etwas mehr als 8 Jahre bestehen.²⁴³ Insofern wirkt die Modifikation des Leistungsprinzips auch gerade ein Rechtfertigungsbedürfnis auf im Hinblick auf den mit dem Leistungsgrundsatz angestrebten Zweck der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Institution des politischen Beamten sowie des öffentlichen Dienstes insgesamt.

(3) Ämterpatronage

Es ist nicht zu leugnen, dass über das Institut des politischen Beamten eine Einstellungspraxis ermöglicht wird, die hauptsächlich und vordergründig parteipolitisch motivierte Personalentscheidungen zum Inhalt hat. Der parteipolitischen Verlässlichkeit wird bei der Auswahl der Bewerber vielfach die praktisch maßgeblichere Rolle eingeräumt. Faktisch kommt es daher in diesem Bereich in einer Vielzahl von Fällen zu offensichtlichen Verletzungen des Leistungsgrundsatzes durch massive Partei- und Ämterpatronage.²⁴⁴ Diese ist dabei aus zwei Blickwinkeln zu betrachten: Zum einen im Sinne einer unzulässigen Versorgungspatronage von Vertrauten, die sich im politischen oder auch persönlichen Bereich als zuverlässig erwiesen haben²⁴⁵; zum anderen auch im Sinne einer Herrschaftspatronage, die sich durch Einsetzung von politisch Ergebenen (partei-)politische Positionen und Funktionen und somit Einfluss und Macht sichert.²⁴⁶ Dabei untergräbt eine Ämterpatronage

²⁴² So *Lindner*, ZBR 2011, 150 (155).

²⁴³ Vgl. *Franz*, ZBR 2008, 236 (242).

²⁴⁴ S. auch *Lindner*, Der politische Beamte als Systemfehler, ZBR 2011, 150 (155), der eine Marginalisierung des Leistungsprinzips sowie ein Unterlaufen desselben bei der Einstellung von politischen Beamten sieht.

²⁴⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang die in den Worten des BVerfG „offensichtlich fragwürdigen Besetzungsumstände“ in einem Fall im Land Niedersachsen, bei dem die Zustimmung der alten Landesregierung zur Ernennung als Staatssekretärin am letzten Tag vor dem Regierungswechsel erfolgte und dann anschließend am Folgetag eine Versetzung derselben in den einstweiligen Ruhestand mit sich anschließender Verwendung im Amt einer Richterin am OLG, s. die Verfahren VG Hannover, Beschl. v. 07.02.2018 – 2 B 11230/17; OVG Lüneburg, Beschl. v. 23.05.2018 – 5 M 32/18; BVerfG, Beschl. v. 04.07.2018 – 2 BvR 1207/18.

²⁴⁶ Vgl. ausführlicher *Scheuch*, Die Mechanismen der Korruption in Politik und Verwaltung, in: von Arnim (Hrsg.), Korruption, insbesondere S. 63 ff. *Dippel*, Ämterpatronage durch politische Parteien, NordÖR 2009, 102 (103) unterscheidet schließ-

nicht nur die Chancengleichheit aller Bewerber um ein öffentliches Amt, sie zeitigt auch viele andere negative Auswirkungen wie eine abnehmende Leistungsbereitschaft im öffentlichen Dienst, insbesondere der nicht protegierten Kandidaten und führt potentiell zu einer Aufblähung des Verwaltungsapparates.²⁴⁷

Mit der Figur des politischen Beamten und der zulässigen Berücksichtigung politischer Übereinstimmung besteht eine Form der legalen Herrschaftspatronage, die vorrangig der Befriedigung eines persönlichen Loyalitätsbedürfnisses dient. Die Personalrotation dient der Sicherstellung der hinreichenden Bedingung für die Begleitung der entsprechenden politisch-administrativen Spitzenpositionen, insbesondere ein intaktes besonderes Vertrauensverhältnis zur politischen Hausspitze soll gewährleistet werden.²⁴⁸ Hierfür mag ausgehend von der gesetzlichen Systematik nicht zwingend eine parteipolitische Übereinstimmung gefordert sein, in der Praxis ist es jedoch kaum vorstellbar, dass die politische Hausspitze sich (freiwillig) mit Staatssekretären anderer politischer Couleur umgibt.

Dieses Einfallstor für Ämterpatronage kann insbesondere im Falle von Staatssekretären dazu führen, dass Minderqualifizierte und Berufsanfänger gewissermaßen über Nacht zu Vorgesetzten von regelmäßig mehreren hundert Beamten, Angestellten und Arbeitern werden. Die Staatssekretäre stellen als ranghöchste Beamte im jeweiligen Ressort und somit als Amtschefs die Verwaltungsspitze des jeweiligen Ministeriums dar. Dies erfordert nicht nur Kenntnisse über innere Verwaltungsstrukturen und -abläufe, sondern gerade auch fachliches Wissen und Können. Infolge der geforderten, hohen „handwerklichen“ Qualifikationen an das Amt des Staatssekretärs erscheint es offensichtlich, dass unter Umgehung dieser Leistungsanforderungen ernannte politische Beamte ihrer Transformationsfunktion nur unzulänglich genügen können. Dies birgt insbesondere im politischen Gestaltungsbereich die Gefahr mangelnder fachlicher Expertise im jeweiligen Politikressort. Dabei sind die Auswirkungen nicht hinreichend fachlich fundierter, politischer Entscheidungen oft erst sehr viel später sicht- und spürbar.

Eine Einstellungspraxis von Staatssekretären auf Bundes- und Landesebene unter weitgehender Außerachtlassung von Leistungskriterien, zum Teil

lich noch die „raffinierte“ Proporzpatronage, „bei der stets auch ein gewisser Anteil Begünstigter der ‚Gegenseite‘ bei Laune gehalten wird. Damit wird erreicht, dass die jeweilige Oppositionspartei sich weniger vehement gegen Patronagetendenzen zur Wehr setzt und das Ausmaß der Patronage deshalb weitgehend im Dunklen bleibt.“ Er spricht überspitzt formuliert von einem „Patronagekartell“ und zeigt zudem ab S. 104 erschreckende Beispiele auf.

²⁴⁷ Dazu *Dippel*, NordÖR 2009, 102 (107) und unten unter C. IV.

²⁴⁸ So *Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske*, Deutsche Verwaltungselite, S. 9 und 11.

von elementaren Leistungsanforderungen, wurde insbesondere von Franz herausgestellt. Dieser moniert eine regelmäßige Vergabe dieser Positionen „nach Gutsherrenart an politische und persönliche Freunde – ohne Rücksicht auf deren oft mangelnde Qualifikation“.²⁴⁹ Auf der Grundlage eigener Angaben der Staatssekretäre, biographischer Daten, Informationen öffentlicher Stellen und eigener Recherchen werden drei Negativfallgruppen beschrieben, bei denen der Ämterzugang trotz nachweislicher Qualifikationsmängel erlangt wurde. Während in der ersten Gruppe bei 24 Staatssekretären „lediglich“ einschlägige Berufserfahrung sowie fachliche und führungs-mäßige Spitzenqualifikation zweifelhaft waren, konnte bei der zweiten Gruppe bereits die Befähigung für eine Laufbahn des höheren Dienstes oder eine gleichwertige Lebens- und Berufserfahrung im Falle von mindestens 30 Staatssekretären nicht eindeutig belegt werden. Dabei habe in diesen Fällen allenfalls eine Qualifikation der Amtsträger bis maximal zum zweiten Beförderungssamt der Laufbahn des höheren Dienstes vorgelegen. In der dritten und schwerwiegendsten Negativgruppe bestanden in den Fällen von mindestens 15 Amtsträgern zumindest Anhaltspunkte dafür, dass weder ein geeignetes akademisches Studium noch eine Aufstiegsprüfung in eine Laufbahn des höheren Dienstes absolviert wurde oder zumindest eine gleichwertige Lebens- und Berufserfahrung zum Zeitpunkt der Ernennung vorlag. Eine Umgehung der Zugangsvoraussetzungen zum Amt sei in diesen Fällen vielmehr über entsprechende Gefälligkeitsatteste erreicht worden. Der öffentliche Dienst werde zunehmend im Sinne eines parteipolitischen Belohnungsinstrumentes missbraucht.²⁵⁰

Dieser Aufschrei steht nicht allein. Neben vielen anderen verfasste auch Sachs, dass „zwar nicht das Recht, dafür aber umso mehr die Praxis des öffentlichen Dienstes ein allseits beklagter, aber bislang in keiner Weise wirksam bekämpfter Schandfleck der Verfassungswidrigkeit“ sei.²⁵¹

b) Subjektive Dimension

Die grundsätzlich zulässige Berücksichtigung politischen Vertrauens bei der Einstellung politischer Beamter eröffnet einer Fülle sachfremder Erwägungen Zugang in die Auswahlbewägungen.²⁵² Dies wird zusätzlich durch

²⁴⁹ Franz, Staatssekretäre und das Leistungsprinzip – Ein Bereich massiven Rechtsbruchs der politischen Klasse, ZBR 2008, 236 (238 ff.).

²⁵⁰ Zum Ganzen Franz, ZBR 2008, 236 (238 ff.) mit eigenem Hinweis, dass die dargestellten Fälle noch nicht repräsentativ sein mögen, aber dennoch prägend für die Einstellungspraxis von Staatssekretären und auch Ministerialdirektoren.

²⁵¹ Sachs, ZBR 1994, 133 (137).

²⁵² Franz, ZBR 2008, 236 (240) spricht insofern von einem „Einfallstor“.

eine nur unzulängliche Kontrollierbarkeit der Entscheidung bestärkt, die infolge des rein subjektiv und individuell geprägten Vertrauensverhältnisses Externen nicht zugänglich ist, was sich auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht auswirkt.

Der verfassungsrechtlich fundierte Bewerbungsverfahrensanspruch der jeweiligen Bewerber auf ein Amt des politischen Beamten ist erheblich beeinträchtigt, wenn nicht gar entwertet. Denn der praktische Stellenwert der Vorschrift und damit zugleich der Bestand des grundrechtsgleichen Rechts hängt maßgeblich davon ab, inwieweit es gelingt, die maßgeblichen Standards zu objektivieren, sodass sie eine (gerichtliche) Kontrolle zulassen.²⁵³ Bzgl. der Ämter von politischen Beamten gelten jedoch eine Reihe verfahrensrechtlicher Besonderheiten, die gerade dies verhindern.

(1) Fehlende Ausschreibung

Dazu zählt zunächst die fehlende Ausschreibungspflicht für Stellen von politischen Beamten. Gem. § 8 Abs. 1 S. 2 BBG kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung Ausnahmen von der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung bei Einstellungen und der Ausschreibungspflicht bei sonstiger Besetzung von Stellen (und zumindest insoweit auch von der Dokumentationspflicht) vorsehen. Dies ist vorliegend in § 4 Abs. 2 Nr. 1 BLV für Stellen der Staatssekretäre, der Abteilungsleiter in den Bundesministerien (und im Bundestag) sowie für sonstige politische Beamte geschehen. Auch in den Landesbeamtengesetzen wird zum Teil ausdrücklich eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht für Stellen von politischen Beamten normiert.²⁵⁴ Da aber auch für diese Beamtengruppe das Leistungsprinzip wie dargestellt grundsätzliche Geltung erlangt, wird teilweise eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nur für zulässig erachtet, soweit nicht ausnahmsweise von vornherein eine Ausschreibung funktionslos wäre, weil nur ein geeigneter Bewerber zur Verfügung stehe.²⁵⁵ Jedenfalls müsse nach Sinn und Zweck der Vorschrift allen in Betracht kommenden Bewerbern die Möglichkeit eröffnet werden, sich an dem Stellenbesetzungsverfahren zu beteiligen, was jedoch ohne eine Ausschreibung der Stelle praktisch unmöglich sein dürfte.

²⁵³ Vgl. *Sachs*, ZBR 1994, 133 (134).

²⁵⁴ Vgl. beispielhaft § 11 Abs. 1 S. 3 LBG Rheinland-Pfalz.

²⁵⁵ So insbesondere *Koll*, LKV 2001, 394 (396); weitergehend etwa *Neuhäuser*, NVwZ 2013, 176 (178, 181).

(2) Keine Beteiligung der Personalvertretung

Eine weitere verfahrensrechtliche Besonderheit bei politischen Beamten besteht darin, dass insbesondere bei Einstellungen und Beförderungen eine ansonsten zwingend vorgesehene Beteiligung des jeweiligen Personalrats nicht vorgesehen ist, vgl. § 77 Abs. 1 S. 2 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG). Entsprechende Bestimmungen wurden (zumindest teilweise) auch in den Ländern umgesetzt.²⁵⁶ Auch eine analoge Anwendung der Personalvertretungsvorschriften kommt mithin nicht in Betracht. Zu beteiligen bei der Einstellung und auch Beförderung ist jedoch die jeweilige Gleichstellungsbeauftragte, zumindest auf Bundesebene.²⁵⁷

(3) Fehlende Entscheidungsbegründung

Das besondere Vertrauens- und Übereinstimmungserfordernis macht im Falle einer einstweiligen Ruhestandsversetzung die Darlegung von Gründen entbehrlich.²⁵⁸ Denn bereits in der Maßnahme als solcher, was auf die Ruhestandsversetzung wie auf die Ablehnung eines Bewerbers zugunsten eines anderen gleichermaßen zutrifft, kann die Berufung auf den (im ersten Fall einzig) zulässigen Grund gesehen werden: Zweifel an der persönlichen oder politischen Loyalität. Darüber hinaus liege es in vielen Fällen sowohl im öffentlichen Interesse als auch im Interesse des betroffenen Beamten, von einer Offenlegung und einer schriftlichen Fixierung der Umstände und Gesichtspunkte, die im Einzelnen zu dem Vertrauensverlust geführt haben, abzusehen.²⁵⁹ Insofern wird auch abgelehnten Bewerbern nur ihre Absage, jedoch ohne weitere Ausführungen zu einem etwaig bestehenden Vertrauen bekannt gegeben.

In der Folge ist der gerichtliche Prüfungsumfang auf eine Willkürkontrolle begrenzt.²⁶⁰ Die geringen Erfolgsaussichten, der nicht begründeten Aussage eines nicht bestehenden Vertrauens gerichtlich entgegenzutreten, dürften faktisch dazu führen, dass kein gerichtlicher Rechtsschutz gegen ablehnende Einstellungs- oder Beförderungsentscheidungen in Anspruch genommen wird. Dies ist auch wesentlich auf die Subjektivität des Vertrauensverhältnisses zurückzuführen, das allein im Befinden des Dienstherrn liegt, was eine

²⁵⁶ Vgl. § 72 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LPVG Nordrhein-Westfalen oder § 81 S. 3 LPersVG Rheinland-Pfalz.

²⁵⁷ Vgl. zu den letzten beiden Punkten VG Berlin, Urteil vom 08.05.2014 – VG 5 K 412.12.

²⁵⁸ BVerfGE 8, 332 (356); BVerwGE 19, 332 (356); *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 3 und 25.

²⁵⁹ BVerwG NVwZ-RR 1993, 90 (91).

²⁶⁰ S. insbes. OVG Münster, Urt. v. 06.05.1998 – 12 A 7633/95 m. w. N.

Kontrolle auf möglicherweise ermessensfehlerhaft angestellte Erwägungen für den abgelehnten Bewerber und die Gerichte nahezu unmöglich macht, zumindest aber erheblich erschwert. Zugleich wird dadurch aber auch den Gerichten vielfach die Möglichkeit genommen, eine rechtswidrige Einstellungspraxis bzgl. dieser Ämter zu überprüfen.²⁶¹ Der Rechtsschutz abgelehnter Bewerber bei der Einstellung und Beförderung auf Amtsstellen von politischen Beamten im Sinne einer Konkurrentenklage wird demnach nicht nur unerheblich erschwert, was zugleich eine Beeinträchtigung der effektiven Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG darstellt.

(4) Ruhestandsversetzung

Zudem wird nach teilweise vertretener Ansicht das Leistungsprinzip auch bei Beendigung des konkreten Beamtenverhältnisses beeinträchtigt. Die grundsätzliche Orientierung an Leistungsaspekten auch bei der einstweiligen Ruhestandsversetzung von politischen Beamten könne dabei aus einem Erst-Recht-Schluss hergeleitet werden: Denn wenn der Verfassungsgesetzgeber das Leistungsprinzip schon für die Einstellung in den öffentlichen Dienst postuliert, dann erst Recht für die Frage der Beendigung oder Versetzung in den Ruhestand.²⁶² Dieser Gedanke ist zutreffend. So können grundsätzliche kontinuieritäts- und unabhängigkeitwahrende Funktionen nur greifen, wenn eine Amtsenthebung entsprechend den historischen Errungenschaften neben den gesetzlichen Altersgrenzen allein im Rahmen von rechtsförmlichen Disziplinarverfahren zulässig bleibt.

Die Außerachtlassung von Leistungsaspekten bei der Versetzung des politischen Beamten in den einstweiligen Ruhestand erscheint zumindest auf den ersten Blick offensichtlich, erfolgt die Ruhestandsversetzung doch regelmäßig nach dem Dreiklang jederzeit, grundlos, fristlos.²⁶³ Dabei werden auch innerhalb dieses Verfahrens gewichtige, u. a. aus dem Leistungsgrundsatz hergeleitete Anforderungen beeinträchtigt, dies insbesondere zu Lasten eines effektiven Rechtsschutzes der Amtsträger. Neben der bereits dargestellten fehlenden Darlegungspflicht der Gründe für die Ruhestandsversetzung gehört dazu auch, dass der politische Beamte vor der Versetzung nicht angehört werden muss.²⁶⁴ Der Amtsträger wird somit möglicherweise ohne vorange-

²⁶¹ So auch *Lindner*, ZBR 2011, 150 (155); ähnlich *Franz*, ZBR 2008, 236 (243), der den Verwaltungsrechtsschutz insoweit als „stumpfe Waffe“ bezeichnet.

²⁶² So *Lindner*, BayVBl. 2012, 581 (583); auch *Jasper*, Öffentliche Ämter, S. 394 f.

²⁶³ *Lindner*, ZBR 2011, 150 (155).

²⁶⁴ Vgl. BVerwG NVwZ-RR 1993, 90 (91). Unberührt bleibt das aus der Fürsorgepflicht hergeleitete Gebot, den Betroffenen zu vorausgegangen Beschwerden oder auch strittigen Tatsachenbehauptungen anzuhören, vgl. BVerfGE 8, 332 (356).

gangen Hinweis von seiner einstweiligen Ruhestandsversetzung überrascht, die indes nicht mal begründet wird. Zwar ist die oberste Dienstbehörde im Falle der Anfechtung der Entscheidung im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgefordert, den Vertrauensverlust insoweit zu substantiieren, dass das Gericht sich von dessen Vorliegen und einer insgesamt willkürfreien Ermessensausübung überzeugen kann.²⁶⁵ Ob den Betroffenen jedoch überhaupt ein gerichtliches Rechtsschutzverfahren gewissermaßen „ins Blaue hinein“ zugemutet werden kann, dürfte fraglich sein. Zudem bleibt ungeklärt, in welchem Umfang die Substantiierungspflicht bestehen kann, wird der Verlust des tief subjektiven und auch emotional geprägten Vertrauens doch bereits durch Unwägbarkeiten veranlasst. Es können daher auch hier Bedenken angeführt werden, ob diese Ausgestaltung den Geboten eines effektiven Rechtsschutzes i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG genügt.

(5) Keine Regelbeurteilung

In diesem Zusammenhang und als weitere Sonderregelung ist auch die in § 21 S. 2 BBG i. V. m. § 48 Abs. 2 BLV normierte Ausnahmemöglichkeit von der dienstlichen Regelbeurteilung zu sehen. Eine Ausnahme kann zugelassen werden, wenn eine dienstliche Beurteilung nicht zweckmäßig ist, was insbesondere in „herausgehobenen Führungsfunktionen“ der Fall sein kann, was auf die meisten von politischen Beamten besetzten Ämter zutreffen dürfte. Ähnliche Ausnahmemöglichkeiten sind zumeist auch in den Ländern vorgesehen.²⁶⁶ In Berlin werden für die Ämter der politischen Beamten infolge gesetzlicher Anordnung ausdrücklich keine dienstlichen Beurteilungen erstellt.²⁶⁷ Dies widerspricht dem Sinn des Leistungsgrundsatzes, der eine Dokumentation der erbrachten Leistungen des Stelleninhabers im Wege dienstlicher Beurteilungen vorschreibt, um so dem berechtigten Interesse der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst an einem angemessenen beruflichen Fortkommen Rechnung zu tragen.²⁶⁸

²⁶⁵ BVerwG NVwZ-RR 1993, 90 (91).

²⁶⁶ Vgl. beispielhaft § 92 Abs. 1 S. 2 LBG Nordrhein-Westfalen.

²⁶⁷ Vgl. § 33 Abs. 5 des Gesetzes über die Laufbahnen der Beamtinnen und Beamten des Landes Berlin.

²⁶⁸ Vgl. bereits BVerwG NJW 1989, 538 (538); BVerwG, Urt. v. 25.4.1996 – 2 C 21/95 – juris Rn. 20. Zur Berücksichtigung von Anlassbeurteilungen bzgl. Leistungen, die eine politische Beamtin in ihrem Amt erbracht hat, vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 23.05.2018 – 5 ME 43/18; zur Verkennung der Nähebeziehung zwischen Beurteilendem und Beurteiltem bei politischen Beamten als Verstoß gegen die Chancengleichheit s. *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745 (1749).

2. Richter der obersten Bundesgerichte

Auch mit Blick auf die Besetzung der Richterstellen an den obersten Gerichtshöfen des Bundes zeitigt die nur modifizierte Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese negative Auswirkungen in vielfacher Weise.

a) Objektive Dimension

Für die objektive Dimension des Leistungsgrundsatzes äußert sich dies nur in versteckter Weise. Es ist zunächst wiederholt davon auszugehen, dass die überwiegende Zahl der Bundesrichter Kandidaten auch infolge der bereits richterlichen Tätigkeit eine hohe fachliche Qualifikation in Bezug auf Befähigung und fachliche Leistung aufweisen. Die Eignung der Kandidaten, die neben den allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen vor allem die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Fähigkeiten in fachlicher, physischer, psychischer sowie charakterlicher Hinsicht umfasst, soll an dieser Stelle nicht pauschal in Abrede gestellt werden. Gleichwohl dürfte hier für die subjektiven Einzelbewertungen der größte Beurteilungsspielraum bestehen, sodass diese Einschätzungen oft divergieren.

Ein wesentliches Merkmal der Eignung, dass sich gewissermaßen auch in der fachlichen Professionalität widerspiegelt, besteht unstrittig in der abschließlichen Orientierung an Gesetz und Recht und der Gebundenheit an die rechtswissenschaftliche Methodik, im Gegensatz zur (überspitzt formulierten) Orientierung an politischen Einstellungen und Überzeugungen. So kann sich der Mensch zwar nicht lösen von seinen innersten Grundüberzeugungen, gegen die er nicht „ohne innere Not“ entscheiden und handeln kann. Doch der Mehrwert und die große Errungenschaft des Justizapparates besteht in der Bindung an Gesetz und Recht und der Gleichbehandlung aller Menschen vor dem Gesetz (vgl. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 und 3 Abs. 1 GG), unabhängig von der politischen Überzeugung dieses Menschen, aber insbesondere auch unabhängig von der politischen Einstellung des Richtenden. In diesem engen Zusammenhang steht die richterliche Unabhängigkeit (vgl. Art. 97 Abs. 1 und 2 GG, § 25 DRiG), die sowohl in sachlicher (vereinfacht als Weisungsungebundenheit), als auch institutionell gesichert in persönlicher Hinsicht (insbesondere Inamovibilität) insbesondere darin besteht, frei von äußeren (politischen) Einflüssen und Zwängen zu urteilen. Der Stellenwert dieser Errungenschaften kann nicht hoch genug eingeschätzt werden, sodass bereits jede kleinste Erschütterung dieser fragilen Konstruktion vermieden werden muss.

(1) Formale Politisierung

Der Grundsatz der Bestenauslese ist wie aufgezeigt kein Selbstzweck. Ob insbesondere Professionalität, Fachlichkeit und rechtliche Integrität im Falle der Richterauslese gewahrt werden, kann an dieser Stelle nur vorsichtig und an Indizien beurteilt werden. Ein Indiz kann die Parteizugehörigkeit von Bundesrichtern sein, womit keine Akzessorietät zwischen Parteizugehörigkeit und mangelnder Professionalität oder rechtlicher Integrität unterstellt wird. Vielmehr kann die Parteizugehörigkeit von Bundesrichtern an dieser Stelle insbesondere Hinweise darauf geben, ob und inwiefern diese für den Zugang zum Beruf des Bundesrichters eine Rolle spielt.

Rechtssoziologische Untersuchungen dieser Art gibt es nur wenige. Eine Umfrage von Bohlander und Latour aus dem Jahr 1997 untersuchte die Selbsteinschätzung der Richter am Bundesgerichtshof. Die Verfasser unternahmen den Versuch, die Sichtweise der Bundesrichter zu den Fragen der Vereinbarkeit von Parteizugehörigkeit und Richteramt, möglichen Gewissenskonflikten und Parteizugehörigkeit, dem Einfluss von Parteizugehörigkeit auf die Ernennung und den Zusammenhang zwischen fachlicher Qualifikation und Parteizugehörigkeit zu ermitteln. Aufgrund eines Rücklaufes von nur 41 % wurde die Umfrage von den Autoren als nicht repräsentativ eingestuft, wohl aber mache sie gewisse Trends und Wahrnehmungsmuster der „Insider“ deutlich, die in Bezug auf die Wahlbeeinflussung durch die politischen Parteien kein sehr positives Bild zeichnen.²⁶⁹

Zum damaligen Zeitpunkt wurde die Frage nach einer Parteimitgliedschaft von (nur) 28 % der Befragten positiv beantwortet, wobei hier bereits die Vermutung unternommen wurde, dass einige Mitglieder nicht bereit seien, ihre Parteimitgliedschaft öffentlich preiszugeben, was sich auch durch weitere Befragungen zu bestätigen schien. Nach Angaben eines parteilosen Richters schätze dieser den Anteil der parteiangehörigen Richter auf ca. 40 %. Zwar bewertete die weit überwiegende Anzahl der Befragten Parteizugehörigkeit und Richterberuf naturgemäß als miteinander vereinbar, spiele die Parteizugehörigkeit doch insbesondere in der Senatsarbeit keine Rolle. Dennoch werde eine richterliche Parteimitgliedschaft wohl nicht selten als Makel gesehen, worauf auch die „Geheimniskrämerei“ um diese Frage hindeute. Zudem spiele die Parteizugehörigkeit hingegen sehr wohl eine Rolle bei den Aussichten eines Bundesrichters, Senatsvorsitzender zu werden; es sei zudem eine bedenkliche Tendenz von Parteimitgliedern zu gemeinsamem Stimmverhalten insbesondere bei Personalwahlen zu beobachten.²⁷⁰

²⁶⁹ Bohlander/Latour, ZRP 1997, 437 (437, 439).

²⁷⁰ Bohlander/Latour, ZRP 1997, 437 (437 f.).

(2) Einfluss der Parteimitgliedschaft auf Ernennung

Hinzu kommt jedoch der erstaunliche Umstand, dass unter den parteilosen Richtern knapp 89 % zwei vollbefriedigende Examina für den Zugang zum Amt des Bundesrichters bedurften, während unter den parteiangehörigen Richtern nur 50 % eine solche Qualifikation aufwiesen.²⁷¹

Auch die Selbsteinschätzung der Richter am Bundesgerichtshof wies diesbezüglich auf einige Besonderheiten hin. Auf die Frage des Einflusses der Parteimitgliedschaft auf die erstmalige Ernennung der Bundesrichter herrschte unter den parteilosen sowie parteiangehörigen Richtern überwiegend Einigkeit, dass dieser groß, wenn nicht gar sehr groß sei. Soweit keine Parteimitgliedschaft bestehe, spielten zumindest persönliche Beziehungen zu Politikern und auch Verfassungsrichtern eine starke und weiterhin zunehmende Rolle. „Wer keiner Partei angehört, hat auch bei sehr guten Leistungen nur eine begrenzte Aussicht, Richter am BGH zu werden. Er muss jedenfalls im Vergleich zu den späteren Kollegen [...] Überdurchschnittliches leisten. Dies gilt vor allem dann, wenn er nicht einmal Kontakte zu einer Partei unterhält. Schwache Kollegen sind fast durchweg Parteimitglieder.“²⁷²

Ein weiteres Indiz in diese Richtung bieten die Ergebnisse zum Zusammenhang der Parteizugehörigkeit auf die Geschwindigkeit der Ernennung zum BGH. So wurden bis zu einem Dienstalter von 18 Jahren bereits 71,43 % der parteiangehörigen Richter zu Bundesrichtern ernannt, während es bei den Parteilosen hingegen nur 42,86 % waren.²⁷³ Dennoch bleibt im Selbstbild der Befragten zu den Voraussetzungen für eine Ernennung zum BGH neben der fachlichen Qualifikation insbesondere die Unabhängigkeit eine wesentliche Voraussetzung der Ausübung des Richteramtes²⁷⁴, die sich aber primär auf die Ausübung der spruchrichterlichen Tätigkeit und gerade nicht auf den Zugang zum Amt beziehen dürfte.

Eine weitere rechtssoziologische Untersuchung dieser Art wurde von Spellbrink hinsichtlich der Richter des Bundessozialgerichtes im Jahr 2003 durchgeführt. Mit einer Rücklaufquote von 80,5 % dürfte diese Umfrage als repräsentativ für die Richter des BSG gelten.²⁷⁵ Vorgehend lässt sich anhand der Umfrageergebnisse belegen, dass trotz des Regelfalls eines sozialen Aufstiegs im Wege der Ernennung zum Bundesrichter die Richterschaft das Wahlverfahren zum Bundesrichter nicht fraglos und ohne Selbstkritik akzeptiert.

²⁷¹ Bohlander/Latour, ZRP 1997, 437 (438 f.).

²⁷² Bohlander/Latour, ZRP 1997, 437 (438).

²⁷³ Bohlander/Latour, ZRP 1997, 437 (439).

²⁷⁴ Bohlander/Latour, ZRP 1997, 437 (439).

²⁷⁵ Spellbrink, Bundessozialgericht, S. 880.

Ein zunächst verwundernder Aspekt der Befragung ist, dass die Richter hinsichtlich der Frage „Ich glaube für meine Wahl zum Richter am BSG war ausschlaggebend ...“ den Zufallsaspekt als stärksten Faktor werteten. So erfuhr die Antwort „viel Glück und eine Abfolge von Zufällen“ den höchsten Zustimmungswert. Den zweithöchsten Zustimmungswert erhielt die Antwort „meine juristische Qualifikation“, dicht gefolgt von dem Umstand, „dass sich die richtigen Leute für mich eingesetzt haben“. Entsprechend wurde auch der Faktor „dass ich von meinem Bundesland unterstützt wurde“ relativ hoch eingeschätzt. Hingegen spielte in der Selbsteinschätzung der Aspekt, „dass ich letztlich doch in der richtigen Partei war“ eine nur geringe Rolle.²⁷⁶ 46,9% der Befragten verneinten diesen Aspekt eindeutig, immerhin 15,6% der Befragten gaben dieser Aussage den höchsten Zustimmungswert. Der Autor führt dies auch darauf zurück, dass der Parteipolitik und der politischen Protektion in der öffentlichen Meinung insgesamt ein sehr niedriges Ansehen zukomme und niemand gerne zugebe, dass seine Karriere letztlich von der Parteizugehörigkeit beeinflusst wurde.²⁷⁷ Auch der Umstand einer vorigen wissenschaftlichen Mitarbeiterstellung wurde in der eigenen Bewertung nicht besonders hoch eingeschätzt.²⁷⁸

Dieses Bild ändert sich, dreht man die Frage auf eine Fremdeinschätzung: „Ich glaube für die Wahl der anderen Richter am BSG war ausschlaggebend ...“. Entgegen der Bewertung der Umstände des eigenen beruflichen Aufstiegs, wurden die Kausalfaktoren der Ernennung anderer Richterkollegen grundlegend anders bewertet. Zwar erzielte auch hier der Zufallsumstand „viel Glück und eine Abfolge von Zufällen“ die höchste Zustimmung, jedoch folgten sodann mit sehr hohem Zustimmungswert sogleich die Antworten „dass sie wissenschaftliche Mitarbeiter waren“ und mit gleichem Wert „letztlich doch, dass sie in der richtigen Partei waren“. Diese Einschätzung wird noch verstärkt durch die erzielten Zustimmungswerte in Bezug auf die nächstfolgende Antwort „dass sie von ihrem Bundesland unterstützt wurden“ und die hohe Bestätigung der These, „dass sich die richtigen Leute für sie eingesetzt haben“. Hingegen wurde die „juristische Qualifikation“ der Kollegen für die Berufung nur als mäßig ausschlaggebend bewertet.²⁷⁹

²⁷⁶ Zum Ganzen: *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 885 ff. und Abbildung 1 auf S. 887.

²⁷⁷ *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 888.

²⁷⁸ Die Bewertung des Umstandes einer vorigen Mitarbeiterstellung wird jedoch in den von *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 321 geführten Interviews hervorgehoben. Dieser betont eine vorige Abordnung an das jeweilige Bundesgericht als „Türöffner“, vgl. S. 330 f.

²⁷⁹ Zum Ganzen *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 889 Abbildung 2. Dieser „double standard“ in der Selbst- und Fremdbewertung kommt auch bei der Befragung von Mitgliedern des Richterwahlausschusses zum Vorschein, die für ihre persönliche

Die hohe Zustimmung zu den Zufallsumständen belegt, dass die individuelle Steuerbarkeit einer Bundesrichterwahl als sehr gering erachtet wird. Eigene Bemühungen und Anstrengungen werden überwiegend als nicht kausal und ohne Einfluss auf eine spätere Ernennung bewertet. Entsprechend sehen die BSG-Richter das Richterwahlverfahren eher kritisch: Nur 12,9 % der Befragten waren der Meinung, das Richterwahlverfahren in der praktizierten Form habe sich bewährt.²⁸⁰ So besteht zukunftsgerichtet vor allem der Wunsch nach mehr Transparenz des Auswahlverfahrens insgesamt. Auch solle der Einfluss der Parteipolitik auf die Ernennung der Bundesrichter eingedämmt werden. Weitere diesbezügliche Vorschläge der Richter bestehen in der Stärkung der Präsidialratsstellung und der bundesweiten Ausschreibung von Richterstellen.²⁸¹

Zwar mögen diese Studien selektiv und länger zurückliegend erscheinen, so belegen sie dennoch die wohl noch andauernde Wahrnehmung des Richterauswahlverfahrens und seiner Schwächen. An der grundsätzlichen Situation dürfte sich angesichts der unveränderten Rechtslage und der sich eher verengenden Praxis nichts geändert haben. Ausgehend von den Ergebnissen der Befragung wirft Spellbrink die berechnete Frage auf, ob wirklich „Zufälle und mächtige Andere (richtige Partei) maßgebliche Faktoren für die Bestellung von Bundesrichter sein“ dürfen.²⁸²

Nach den Interviewergebnissen bei Wesselmann hingegen spiele die Parteimitgliedschaft für die Berufung der obersten Bundesrichter keine große Rolle, wenn überhaupt sei sie hinsichtlich der Kandidatensuche unter den Abgeordneten stärker ausgeprägt als unter den Justizministern.²⁸³ Dies liege zum einen an der allgemeinen Zurückhaltung der Bundesrichter hinsichtlich einer Parteimitgliedschaft, zum anderen sei der Umstand zu berücksichtigen, dass die Wahlerfolgchancen eines Kandidaten wesentlich davon abhingen, wie sehr dieser der parteipolitischen Gegenseite widerstrebe bzw. inwieweit man bereit sei, „für die Durchsetzung der Person der Gegenseite etwas anzubieten“.²⁸⁴ Ob dies jedoch als zurückgehende Politisierung des Auswahlverfahrens verstanden werden kann, scheint mehr als fraglich.

Entscheidung die fachliche Qualifikation der Kandidaten als wichtigstes Entscheidungskriterium angaben, während eine entsprechende Prioritätensetzung bei den anderen Mitgliedern gleichwohl immer wieder angezweifelt werde, dazu *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 328 f.

²⁸⁰ *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 891 f.

²⁸¹ *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 892 Abbildung 3.

²⁸² *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 891.

²⁸³ *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 340.

²⁸⁴ *Wesselmann*, Bundesrichterberufung, S. 340.

(3) Stellenblockaden

Eine weitere negative Auswirkung auf den Leistungsgrundsatz geht von Stellenblockaden aus. Zielt der Grundsatz der Bestenauslese in seiner objektiven Dimension doch insbesondere auf die Erhaltung rechtlicher Integrität und Professionalität der öffentlichen Bediensteten und somit auch unmittelbar auf die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes insgesamt, so ist zu vergegenwärtigen, dass insbesondere die infolge der Unzulänglichkeit des Auswahlverfahrens erhobenen Konkurrentenklagen zu massiven Stellenblockaden an den Bundesgerichten führen.²⁸⁵ Dies führt in der Folge nicht nur zu erheblichen Verzögerungen der Verfahrensabläufe, auch in der Öffentlichkeit zeichnet dies kein gutes Bild der Bundesgerichte.²⁸⁶ Zuvorderst wiegt hier jedoch der Umstand, dass das mit dem Leistungsgrundsatz verfolgte Ziel, die Funktionsfähigkeit der Gerichte auch in personalwirtschaftlicher Hinsicht zu sichern, durch die anhaltenden Blockaden bis zum Abschluss des Verfahrens konterkariert wird.²⁸⁷ Es erscheint daher fraglich, ob der objektiven Dimension des verfassungsrechtlichen Grundsatzes im bestehenden Richterwahlverfahren genügt wird.

b) Subjektive Dimension

Ausgehend von der These, dass die Verwirklichung des Grundrechts auf chancengleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern im Wesentlichen durch die Ausgestaltung des Verfahrens erreicht wird, führt auch im Fall der Bundesrichterwahl die Intransparenz und generelle Unzulänglichkeit der Verfahrensausgestaltung zu einer Entwertung des Bewerbungsverfahrensanspruchs.

²⁸⁵ Beispielhaft aus der Presse: *Rath*, Richter klagen gegen die Richterwahl – Konkurrentenklagen und Richterwahlausschuss, auf lto.de vom 05.03.2015 (abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/richterwahlausschuss-gerichte-konkurrentenklagen-nehmen-zu/>, Aufruf am 15.03.2019); in Bezug auf die etwas anders gelagerten Vorsitzendenstellen: *Knapp*, Hausgemachte Schwierigkeiten – Konkurrentenklagen an Bundesgerichten, auf lto.de vom 09.10.2015 (abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundesgerichte-konkurrentenklagen-besetzung-praesident-streit/>, Aufruf am 25.10.2019); zu solchen Rechtsstreitigkeiten am BSG auch *Bracher*, DVBl. 2016, 1236 (1242 Fn. 31).

²⁸⁶ Vgl. etwa *Schlottbohm*, Der Rechtsstaat blockiert sich selbst – Konkurrentenstreit an Bundesgerichten, ZBR 2015, 368.

²⁸⁷ Zu Möglichkeiten der kommissarischen Besetzung s. *Hauck-Scholz*, öAT 2017, 111 (113) mit Rechtsprechungsnachweisen.

(1) Anspruchsträger

Der Bewerbungsverfahrensanspruch steht im Grundsatz jedem Bewerber zu, der sich um ein öffentliches Amt förmlich beworben hat. Im Falle der Bundesrichterwahl fehlt es jedoch wie dargestellt sowohl an einer Stellenausschreibung als auch an einer vergleichbaren Information über das zu besetzende öffentliche Amt. Entsprechend haben Interessierte keine Möglichkeit, sich um dieses Amt förmlich zu bewerben. Das OVG Schleswig warf daher die – im Ergebnis offengelassene – Frage auf, ob in solchen Konstellationen der Bewerbungsverfahrensanspruch sämtlichen potentiellen Kandidatinnen und Kandidaten zustehe. Dies könne seine Begründung darin finden, dass das in Art. 33 Abs. 2 GG geregelte Recht auf Zugangsgleichheit in besonderem Maße verfahrensabhängig sei und das Verfahren somit zu einem notwendigen Element der Verwirklichung der materiell-rechtlichen Rechtsposition werde.²⁸⁸ Diese Ansicht ist jedoch nicht nur aus dogmatischen Gründen, sondern auch infolge verfahrens- und prozessökonomischer Erwägungen abzulehnen. Die Folge wäre eine Uferlosigkeit der potentiell Anspruchsberechtigten. Zwar gewährt diese Ansicht zumindest die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Rechtsschutz durch nicht mal vorgeschlagene Bewerber, jedoch könnte, stringent zu Ende gedacht, hieraus eine Vielzahl von Klagen selbst solcher Kandidaten folgen, die für das Bundesrichteramt offensichtlich nicht in Frage kommen. Entsprechend folgerte auch der Senat, dass für die Erlangung der geschützten Rechtsstellung zumindest erforderlich sei, dass der- bzw. diejenige als Kandidat/in vorgeschlagen wurde und das Verfahren nach §§ 10, 11 RiWG sowie §§ 55–57 DRiG durchlaufen habe.²⁸⁹ Dies umfasst den Vorschlag des Kandidaten, die Vorlage der Personalakten an den Ausschuss sowie die Prüfung der sachlichen und persönlichen (Grund-)Voraussetzungen für das Bundesrichteramt.

Soweit man das Vorschlagsrecht für Bundesrichterkandidaten gem. § 10 Abs. 1 S. 1 RiWG nicht grundsätzlich in Zweifel zieht, so ist zuzugestehen, dass infolge der Möglichkeit, einen einmal gemachten Vorschlag zu jeder Zeit wieder zurückzuziehen, der einfache Vorschlag eines Kandidaten noch nicht ausreicht für den Verbleib im Verfahren. Indes ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, auch nach Prüfung der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen gem. § 11 RiWG durch die Mitglieder des Richterwahlausschusses einen Kandidatenvorschlag zurückzuziehen, was zu einem Untergang des Anspruchs auf chancengleichen Zugang zum öffentlichen Amt führen dürfte. Insofern vermag auch die Voraussetzungsprüfung die Verfahrensstellung des

²⁸⁸ Vgl. OVG Schleswig NJW 2001, 3495 (3498 f.).

²⁸⁹ OVG Schleswig NJW 2001, 3495 (3499); auch VG Schleswig NJW 2001, 3206 (3208).

konkreten Kandidaten noch nicht hinreichend zu festigen. Zutreffend können Anspruchsberechtigte demnach nur die Kandidaten sein, die zum Zeitpunkt der Wahlentscheidung des Richterwahlausschusses gem. § 12 Abs. 1 RiWG noch zur Wahl stehen.²⁹⁰

(2) Fehlendes Anforderungsprofil

Es existieren weder Anforderungsprofile für die einzelnen Bundesgerichte noch ein gemeinsames Grundprofil für die Tätigkeit an obersten Bundesgerichten.²⁹¹ Dies scheint unverständlich, könnten für die richterliche Tätigkeit doch unschwer zumindest die Grundvoraussetzungen in Bezug auf Befähigungs- und auch Eignungsaspekte festgesetzt werden. Sofern das fehlende Anforderungsprofil aus der Intention rührt, die Wahlentscheidung des Ausschusses in keiner Weise zu verengen, verkennt dies die generelle, wenn auch modifizierte Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG auf die Bundesrichterwahl, die einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Verfassungsgüter verlangt.

(3) Fehlende Ausschreibung

Vertritt man die Ansicht, dass sich eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung freier Bundesrichterstellen bereits aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bestenauslese ergibt, so bedürfte es zu dessen Einschränkung eines Grundes von verfassungsrechtlichem Gewicht. Dass es in Bezug auf die Bundesrichterstellen an einer Ausschreibung fehlt, stattdessen ein Vorschlagsrecht zugunsten der Mitglieder des Richterwahlausschusses besteht, dürfte an anderer Stelle ausreichend behandelt worden sein. Diese entscheidende Verengung zum Zugang des Amtes eines Bundesrichters stellt zugleich das durchlässigste Einfallstor dar für eine (partei-)politische Einflussnahme auf die Bundesrichterauswahl. Auch mit Blick auf den politischen Wahlmodus und die verfassungsrechtlich vorgesehene politische Legitimation der Bundesrichter scheint es fragwürdig, ob die parteipolitisch überformte Praxis der Ämterverteilung in dieser Form dem heutigen Verfassungsverständnis noch gerecht wird.

Dem heutigen Rechtsanwender erschließt sich angesichts der Regelungen in § 46 DRiG i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 3 BBG, wonach die Bundesregierung Ausnahmen von der allgemeinen Ausschreibungspflicht durch Rechtsverordnung regeln kann, nicht, warum Bundesrichterstellen trotz fehlender Erwäh-

²⁹⁰ Im Ergebnis so auch *Hellermann/Sievers*, JuS 2002, 998 (1000).

²⁹¹ Hierzu auch *Schübel*, NJW 2014, 1355 (1356 f.).

nung in der entsprechenden Bundeslaufbahnverordnung (BLV) nicht öffentlich ausgeschrieben werden. Der Grund besteht in einer weit zurückliegenden Sonderregelung: Nach Beschluss des Bundespersonalausschusses Nr. 88/54 vom 11.2.1954²⁹² i. d. F. des Beschlusses Nr. 202/57 vom 2.4.1957²⁹³ entfällt die Ausschreibungspflicht u. a. für die Stellen an den obersten Gerichtshöfen des Bundes.²⁹⁴ In knapper Aussage und ohne weitere Begründung wird konstatiert, dass dies für die Bundesrichterstellen auch nach Inkrafttreten des DRiG weiterhin gelte.²⁹⁵ Dabei kann für diese Rechtsansicht auch nicht die Bindungswirkung der Beschlüsse des Bundespersonalausschusses für die beteiligten Verwaltungen streiten, da diese nur besteht, „soweit dem Bundespersonalausschuss eine Entscheidungsbefugnis eingeräumt ist“, vgl. ausdrücklich § 123 Abs. 6 BBG. Dabei bezieht sich die Zeitform eindeutig auf die zum jetzigen Zeitpunkt eingeräumte Entscheidungsbefugnis, eine Erstreckung der Bindungswirkung auf alle jemals gefassten Ausschussbeschlüsse widerspricht der allgemeinen gesetzlichen Systematik und der eindeutigen Aussage des § 8 Abs. 1 S. 3 BBG. Sollen die Bundesrichterstellen weiterhin rechtssicher von der allgemeinen Ausschreibungspflicht ausgenommen werden – von der Zweckmäßigkeit einer solchen Entscheidung abgesehen – sind diese entsprechend der gesetzlichen Vorschriften von der Bundesregierung in die Bundeslaufbahnverordnung aufzunehmen.

(4) Fehlende Leistungsorientierung

Weder bei der Erstellung der Landeslisten noch bei der Bewertung der Kandidaten durch den Präsidialrat des anstellenden Bundesgerichtes oder bei der Prüfung der insbesondere sachlichen Voraussetzungen der Kandidaten durch die Mitglieder des Richterwahlausschusses erfolgt eine (offengelegte) Orientierung an den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG. Da jedoch erst eine dokumentierte Berücksichtigung dieser Leistungsaspekte den Bewerbungsverfahrensanspruch justiziabel macht, fehlt es vorliegend an einer Angreifbarkeit der bis zu diesem Verfahrensabschnitt getätigten Entscheidungen. Es wird konstatiert, dass insbesondere das ausgeklügelte, justizielle und ministerial gestaltete Aufstiegsprozedere auf Landesebene zur justiziellen Filterung der Karrierechancen mit erheblicher Einflussmöglichkeit der politischen Parteien führe.²⁹⁶

²⁹² GMBI. S. 101.

²⁹³ GMBI. S. 123.

²⁹⁴ Vgl. *Staats*, DRiG, § 46 Rn. 5.

²⁹⁵ *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 46 Rn. 16.

²⁹⁶ So *Tschentscher*, *Legitimation*, S. 333.

(5) Fehlende Entscheidungsbegründung

Die Wahlentscheidung erfolgt durch die wahlberechtigten Ausschussmitglieder und ist eine freie, nur dem eigenen Gewissen unterliegende Vertrauensbekundung in den Gewählten hinsichtlich der Bewältigung der richterlichen Aufgaben. In konsequenter Folge unterliegt eine solche Wahlentscheidung auch keiner Begründungspflicht. Eine solche würde zum einen das Wahlgeheimnis berühren, zum anderen auch zumindest das Potential haben, Auswirkungen auf die Freiheit der Wahl zu zeitigen. Das heißt aber zugleich, dass auch keine schriftliche Niederlegung von Eignungsfeststellung und Auswählerwägungen erfolgt. In der Folge besteht für unterlegene Kandidaten keine Möglichkeit die zustande gekommene Entscheidung nachzuvollziehen. Insbesondere ist nicht erkennbar, ob es abseits der verfassungsrechtlich vorgesehenen freien Wahlentscheidung, die auch politische Auswählerwägungen zulässt, zur Verletzung objektiv-rechtlicher Standards oder auch subjektiver Rechte gekommen ist. Die Erfolgsaussichten eines etwaigen Rechtsschutzverfahrens können daher im Vorwege nicht eingeschätzt werden. Es wird daher die Sichtweise vertreten, dass sich die Richterwahlausschüsse als „außerordentlich wirksames Mittel“ erwiesen haben, um „relativ unabhängig von juristischen Qualifikationen parteipolitische Einflussnahme auf die Kandidatenkür durchschlagen zu lassen“.²⁹⁷

Die nicht gewählten Kandidaten erfahren von der Wahl der Konkurrenten zumeist erst zusammen mit der Öffentlichkeit, sofern sie nicht benachrichtigt werden durch denjenigen, der sie vorgeschlagen hat oder durch Rückfrage beim zuständigen Ministerium. Eine gesonderte Benachrichtigung erfolgt nicht.²⁹⁸ Auch dies ist eine deutliche Erschwerung des Rechtsschutzes. So wäre nach allgemeinen Grundsätzen dem nicht gewählten Bewerber ein rechtsmittelfähiger Bescheid über das Ergebnis der Richterwahl bekannt zu geben und sodann eine Wartefrist von min. zwei Wochen vor Ernennung einzuhalten, um dem abgelehnten Bewerber die Möglichkeit des (Eil-) Rechtsschutzes offen zu halten. Dafür müsste vor dem Hintergrund des § 44a S. 1 VwGO, der Rechtsbehelfe erst gegen die Ernennungsentscheidung zulässt, die Wahlentscheidung des Ausschusses, ggf. auch die Zustimmungsentcheidung des zuständigen Ministers²⁹⁹, vor dem Hintergrund des Art. 33

²⁹⁷ Erneut *Tschentscher*, Legitimation, S. 333.

²⁹⁸ Vgl. auch *Staats*, RiWG, § 12 Rn. 12.

²⁹⁹ So wohl einzig *Hellermann/Sievers*, JuS 2002, 998 (999, 1002), die den Ernennungsantrag des zuständigen Bundesministers an den Bundespräsidenten als Verwaltungsakt qualifizieren: „Regelungscharakter und Außenwirkung folgen daraus, dass der Ministervorschlag das Auswahl- und Berufungsverfahren nach außen hin abschließt und dabei insbesondere hinsichtlich der anschließenden Ernennung gem. Art. 60 Abs. 1 GG eine – zumindest teilweise – Bindung des Bundespräsidenten be-

Abs. 2 GG selbst justiziabel gemacht werden. Zwar enthielte auch ein solch negativer, ablehnender Bescheid keine weiteren Gründe über die nicht erfolgte Wahl, da aufgrund der geheimen Abstimmung der zuständige Bundesminister nicht die Motive der Ausschussmehrheit kennt. Es ist jedoch zumindest denkbar, dass durch Kenntnis anderer Kandidaten oder einzelner Vorgänge im konkreten Verfahrensablauf Rechtsschutz in Anspruch genommen werden würde und so zumindest den Verfahrensbeteiligten bekannte Missbrauchsumstände aufgedeckt werden. Diese, wenn auch aufgrund der Freiheit der Wahlentscheidung möglicherweise fernliegende Möglichkeit, gilt es offen zu halten. Dabei gilt es auch zu bedenken, dass zumindest im Grundfall der Grundsatz der Ämterstabilität der Aufhebung der Ernennung auf Klage eines unterlegenen Bewerbers nicht entgegensteht, wenn dieser daran gehindert worden ist, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs vor der Ernennung auszuschöpfen.³⁰⁰ Warum in vorliegender Konstellation der Bundesrichterwahl von diesem Grundfall abzuweichen ist, erschließt sich nicht. „The principle that all decisions concerning appointment and the professional career of judges should be based on merit, applying objective criteria within the framework of the law is indisputable.“³⁰¹

IV. Streuwirkung und Umfeldbetrachtung

Infolge des nur modifiziert zur Anwendung kommenden Leistungsprinzips in Bezug auf die Gruppe der politischen Beamten und der obersten Bundesrichter kommt es zu einer Fülle von weiteren negativen Auswirkungen auf verschiedene Rechtssätze und Rechtsgüter, von denen im Folgenden nur auf die prägnantesten eingegangen werden soll.

1. Unabhängigkeit der Amtsführung

Die Unabhängigkeit der Amtsführung stellt einen zentralen Wert des republikanischen Staatsverständnisses dar, welches in Bezug auf das Berufsbeamtentum grundsätzlich durch die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit gesichert wird. Das Lebenszeitprinzip zählt damit zu den anerkannten und hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums materieller

gründet [...]“. Siehe in Bezug auf beamtenrechtliche Auswahlentscheidungen und den Vorschlag für ein verändertes Rechtsschutzkonzept der Konkurrentenklage auch *Weckmann*, Die beamtenrechtliche Auswahlentscheidung – ein Verwaltungsakt?! ZBR 2020, 118 (121 ff.).

³⁰⁰ Ausführlich dazu BVerwG NJW 2011, 695 (2. LS und 697 f.).

³⁰¹ *Venice Commission*, Independence of the Judicial System I, S. 6 Nr. 27.

Art i. S. d. Art. 33 Abs. 5 GG.³⁰² Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, verstanden als Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind,³⁰³ sind nach dem Wortlaut zwar nur „zu berücksichtigen“; angesichts ihrer wesensprägenden Bedeutung als grundlegende Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums sind sie vom Gesetzgeber bei der Regelung und Fortentwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes jedoch zwingend zu beachten.³⁰⁴

Gemäß dem Lebenszeitprinzip ist das Beamtenverhältnis grundsätzlich auf Lebenszeit zu übertragen. Neben der subjektiven Komponente der Wahrung der Unabhängigkeit des Amtsträgers dient dies zugleich der dauernden Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben oder solchen zur Sicherung des Staates und des öffentlichen Lebens, vgl. § 6 Abs. 1 BBG, § 4 Abs. 1 BeamStG.³⁰⁵ Insbesondere die dauernde Aufgabenwahrnehmung zugunsten von Stabilität und Kontinuität des Staatsapparates steht im Mittelpunkt. In subjektiver Hinsicht schützt das Lebenszeitprinzip als hergebrachter Grundsatz nicht nur den Grundstatus des Beamten auf Lebenszeit, sondern auch das ihm jeweils übertragene statusrechtliche Amt. Dieser mit dem Lebenszeitverhältnis gewährten Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes kommt grundlegende Bedeutung zu, weil sie dem Beamten gerade bei der Ausübung des übertragenen Amtes die im Interesse seiner Bindung an Gesetz und Recht erforderliche Unabhängigkeit sichert.³⁰⁶ Erst die verfassungsrechtlich gewährleistete Unabhängigkeit versetzt den Beamten in die Lage, Versuchen unsachlicher Beeinflussung zu widerstehen und seiner Pflicht zur Beratung der Vorgesetzten und politischen Führung unbefangen nachzukommen sowie gegebenenfalls auch der Pflicht zur Gegenvorstellung zu genügen, wenn Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Gesetzen oder auch dienstlichen Anordnungen bestehen. Hierzu wird der Beamte durch die mit dem Lebenszeitverhältnis gewährte Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes befähigt. Bis zum Erreichen der gesetzlich vorgesehenen Altersgrenze kann der Beamte gegen seinen Willen grundsätzlich nur wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt werden.³⁰⁷ Die mit dem Lebenszeitprinzip angestrebte Unabhängigkeit der Amtsführung ist kein persönliches Privileg des Beamten, sondern dient dem Gemeinwohl.³⁰⁸

³⁰² BVerfGE 121, 205 (220) m. w. N.

³⁰³ BVerfGE 121, 205 (219); BVerwGE 131, 234 (Rn. 14).

³⁰⁴ BVerfGE 121, 205 (219).

³⁰⁵ Ferner § 28 Abs. 1 DRiG.

³⁰⁶ So wörtlich BVerfG NVwZ 2018, 1044 (1. LS und 1045 f.) m. w. N.

³⁰⁷ Hiervon zu unterscheiden sind Möglichkeiten der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis, insbesondere nach Disziplinarrecht.

³⁰⁸ BVerfG, Beschluss vom 22. März 2018 – 2 BvR 780/16 – juris Rn. 85.

a) Funktionale Politisierung

Dass mit der Möglichkeit der einstweiligen Ruhestandsversetzung von politischen Beamten aus politischen Gründen die Wertungen des Lebenszeitprinzips gebrochen werden, scheint offensichtlich.³⁰⁹ Jedoch ist gerade diese Ausnahme vom Lebenszeitprinzip für die Ämter von politischen Beamten selbst als hergebrachter Grundsatz i. S. d. Art. 33 Abs. 5 GG in höchstgerichtlicher Rechtsprechung anerkannt worden.³¹⁰ Dabei ist die Ausnahme jedoch als Grundsatz zweiten Ranges anzusehen, da sie die Einrichtung des Instituts des politischen Beamten in Bund und Ländern nicht zwingend erforderlich macht, sondern vielmehr Rechtfertigungsgrund darstellt für Beeinträchtigungen primärer Grundsätze wie insbesondere das Lebenszeit- oder auch Leistungsprinzip.³¹¹

Entsprechend dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müssen umso gewichtigere Rechtfertigungsgründe für die Ausnahme bestehen, je schwerer der Eingriff in primäre Grundsätze wiegt. Wie schwer die Durchbrechung des Lebenszeitprinzips bei politischen Beamten wiegt, wird durch den mit Lebenszeitprinzip angestrebten Zweck deutlich. Denn das Lebenszeitprinzip dient wie aufgezeigt der Unabhängigkeit und Neutralität des Berufsbeamtentums und dies im Gesamtinteresse einer allein auf Gesetz und Recht fundierten Verwaltung. Der Beamte wird durch die Ernennung auf Lebenszeit rechtlich, und ergänzt um das Alimentationsprinzip auch wirtschaftlich abgesichert und damit insgesamt unabhängiger in seiner Entscheidungsfindung, die sich ggf. auch in Abweichung gegenüber seinen Vorgesetzten nur an rechtsstaatlichen Kriterien orientieren soll. Dies beruht auch auf dem Gedanken, dass durch besondere und dauerhafte Bindungen die Identifikation des Amtsträgers mit der wahrzunehmenden Sachaufgabe begünstigt wird und es diesem durch Gewährleistung der persönlichen Unabhängigkeit zudem ermöglicht wird, die Sachaufgabe auch tatsächlich in den Mittelpunkt einer neutralen und uneigennütigen Amtswahrnehmung zu stellen.

Zu den Grundpflichten der Beamten gehört es somit, frei von unsachlicher Beeinflussung einen gerade unparteiischen Dienst für die Gesamtheit zu leisten³¹² und seiner Pflicht zur Beratung von Vorgesetzten und der politischen

³⁰⁹ Aufgrund der mit dem besonderen Amt verbundenen verminderten Sicherung in typischen Fällen der Beförderung von „normalen“ Beamten zu politischen, kommt eine solche grundsätzlich nur mit Zustimmung des Betroffenen in Betracht, vgl. OVG Koblenz NVwZ-RR 2003, 133.

³¹⁰ Beispielhaft BVerfGE 7, 155 (166); 8, 332 (356).

³¹¹ Vgl. *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 3; *Lindner*, ZBR 2011, 150 (157).

³¹² Vgl. § 60 Abs. 1 BBG und § 33 Abs. 1 BeamStG.

Führung unbefangen nachzukommen. Dazu gehört insbesondere die Pflicht zur Gegenvorstellung, wenn er Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Gesetzen oder dienstlichen Anordnungen hat,³¹³ was nicht nur im Interesse des Gemeinwohls, sondern aufgrund der vollen persönlichen Verantwortlichkeit des Beamten für die Rechtmäßigkeit seiner Diensthandlungen auch im eigenen Interesse besteht. Die Aufgabe des Berufsbeamtentums besteht „mit dem veränderten Staatsverständnis vom Fürsten- zum Staatsdiener“ insbesondere darin, „Verfassung und Gesetz im Interesse des Bürgers auch und gerade gegen die politische Führung zu behaupten“.³¹⁴ Die allgemeine Rechts- und Gesetzestreuepflicht sowie die Pflicht zur unparteiischen Amtsführung und parteipolitischen Neutralität gelten dabei selbst als hergebrachte Grundsätze.³¹⁵ Lebenszeitprinzip und Leistungsprinzip stehen in einem engen Zusammenhang: Auf Grundlage von Unabhängigkeit und Professionalität soll eine beständige, allein an Gesetz und Recht orientierte und zugleich ausschließlich auf Fachlichkeit und Sachwissen basierende Verwaltung gesichert werden, die frei von politischen Einflüssen die dauerhafte Erhaltung wichtiger staatlicher Funktionen gewährleistet. Insofern gilt Unabhängigkeit als Voraussetzung rechtsstaatlicher Amtsführung.³¹⁶

Speziell die politische Treuepflicht der Beamten, die für alle Beamtenverhältnisse gilt, ist gemäß dem beamtenrechtlichen Diensteid³¹⁷ allein auf Anerkennung und Wahrung des Grundgesetzes (und der entsprechenden Landesverfassung) sowie der geltenden Gesetze gerichtet und bedeutet Identifizierung mit der Verfassung, nicht mit der Regierung.³¹⁸ Davon unabhängig besteht die allgemeine Loyalitätspflicht von Beamten gegenüber dem jeweiligen Staatsminister sowie die Pflicht zum Gehorsam gegenüber politischen Weisungen, denn persönliche Unabhängigkeit bedeutet nicht fachliche Unabhängigkeit.³¹⁹ Diese schließt jedoch nicht aus, Kritik an Erscheinungen des Staates üben zu dürfen. Beamte sind vielmehr verpflichtet, auf rechtsstaatlicher Amtsausführung zu beharren und auf praktische Probleme hinzuweisen, selbst wenn dies (partei-)politisch unerwünscht sein sollte. Staat

³¹³ Vgl. § 63 Abs. 2 BBG; § 36 Abs. 2 BeamtStG.

³¹⁴ BVerfGE 121, 205 (219 f.).

³¹⁵ Vgl. BVerfGE 71, 39 (60); 9, 268 (286) und BVerwGE 90, 104 (110); s. auch *Hailbronner*, Der öffentliche Dienst als „pouvoir neutre“, ZaöRV 2009, 267; *Lindner*, Die politische Neutralitätspflicht des Beamten, ZBR 2020, 1. Die Zulässigkeit einer Parteimitgliedschaft von Beamten bleibt davon im Rahmen der politischen Mäßigungspflicht des Amtes unbenommen.

³¹⁶ *Lindner*, ZBR 2013, 145 (149).

³¹⁷ Vgl. § 64 Abs. 1 BBG und § 38 Abs. 1 BeamtStG i. V. m. beispielhaft § 51 Abs. 1 LBG Rheinland-Pfalz.

³¹⁸ BVerfGE 39, 334 (347).

³¹⁹ So treffend *Lindner*, ZBR 2013, 145 (148).

und Gesellschaft können an einer unkritischen Beamtenschaft kein Interesse haben.³²⁰

Für die besondere Gruppe der hier behandelten politischen Beamten wird wie dargelegt sowohl bei der Einstellung als auch in Bezug auf den Verbleib im Amt maßgeblich auf die Übereinstimmung mit den – zumindest in der Person des jeweilig unterstellten Regierungsmitglieds konkretisierten – politischen Ansichten abgestellt. Der politische Beamte bedarf des jederzeitigen Vertrauens des zuständigen politischen Funktionsträgers in seine persönliche und politische Loyalität. Das Vertrauen ist zum einen Voraussetzung für den Zugang zum Amt, zum anderen ist auch die Amtsübung vom Bestehen des fortdauernden Vertrauensverhältnisses abhängig. Bereits kleinste Zweifel am höchstmöglichen Grad einer zielstrebigem, wirkungsvollen Zusammenarbeit sind geeignet, dieses politische Vertrauen zu zerstören, was eine Ruhestandsversetzung zur Folge hat. Wie stark die Abhängigkeit der ministeriellen politischen Beamten von der uneingeschränkten Gunst des jeweiligen Ministers bzw. politischen Funktionsträgers ausgeprägt ist, mögen auch die Ergebnisse der PAE-Studien hinsichtlich einer funktionalen Politisierung der Verwaltungseliten verdeutlichen.

Die funktionale Politisierung beschreibt das Ausmaß, zu welchem die Verwaltungseliten politische Überlegungen und Belange ohne explizite Anweisung der politischen Prinzipale in ihren administrativen Entscheidungen berücksichtigen im Sinne einer politisch-responsiven und vorausschauenden Handlungsweise.³²¹ Dies ist von besonderem Interesse, da an der Schnittstelle zwischen Politik und Verwaltung den administrativen Führungämtern auch insbesondere die Aufgabe zukommt, politische Grundsatzentscheidungen zu interpretieren und deren konkrete Ausgestaltung und praktische Implementation auszuarbeiten.

Trotz weitestgehend gleichbleibender Selbstzuordnung der Spitzenbeamten zum traditionellen Beamtenbild des Experten mit Fachwissen, Umsetzer politischer Vorgaben und Repräsentanten des Staates, wurde herausgestellt, dass eine funktionale Politisierung der Ministerialverwaltung insgesamt zunimmt. Stärker als bisher wird dabei eine Überschneidung der Berufsgruppen von Politikern und Beamten wahrgenommen.³²² Der politische Aspekt der ministeriellen Arbeit wird zwar insgesamt als positiv bewertet, in ihrer Einstellung zur politischen Seite ihrer Arbeit sind die befragten Beamten aber insgesamt

³²⁰ BVerwG, Urteil vom 27.11.1980 – 2 C 38/79 – juris Rn. 27; s. auch *Lorse*, Rechtsfragen der Loyalität im öffentlichen Dienst – Dienstrechtlicher Anspruch im Widerstreit opportunistischer Verhaltensmuster, JZ 2018, 643.

³²¹ *Bogumil*, Politische Führung, S. 69 f.

³²² *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener? S. 339; *Schwanke/Ebinger*, Politisierung, S. 242 f.

etwas skeptischer als 20 Jahre zuvor.³²³ Dies bestätigte sich auch in den Ergebnissen von 2009, die eine abnehmende Freude der Spitzenbeamten an der politischen Seite ihrer Arbeit aufzeigten,³²⁴ und dies bei gleichzeitig zunehmender politischer Abhängigkeit. Bereits 2005 empfanden sich zwei Drittel der Beamten als in ihrem Verantwortungsbereich unmittelbar abhängig vom politischen Prinzipal, in der Datenerhebung von 2009 wurde dieser Wert noch um 5 Prozentpunkte übertroffen.³²⁵ Dies wirkt sich auch auf die Entscheidungsfindung der Beamten aus: Während 2005 die Mehrheit (65 %) der Befragten und 2009 immerhin noch 42 % der politischen Beamten angaben, bezüglich der Entscheidungskriterien bei politisch relevanten Festlegungen sei ein Kompromiss zwischen fachlichen und politischen Notwendigkeiten, jedoch mit Vorrang der fachlichen Argumente ausschlaggebend, entschieden sich im Jahr 2005 ganze 20 %, im Jahr 2009 sogar 30 % der Beamten dahingehend, dass bei einer notwendig zu treffenden Entscheidung letztlich die politischen Präferenzen ausschlaggebend seien. Der Anteil der politischen Beamten, die angaben, Entscheidungen im Sinne der sachlich besten Option ohne Berücksichtigung der politischen Linie vorzunehmen, verblieb in diesem Zeitraum bei 3,5 % bzw. 8 %.³²⁶

Die festgestellte Zunahme der politischen Responsivität der Verwaltungsspitzen gegenüber dem jeweiligen politischen Prinzipal und die Dominanz politischer Rationalität in der Entscheidungsfindung ist dennoch unter dem Aspekt einer insgesamt starken Identifikation der Beamten mit der jeweils etablierten Ressortpolitik zu betrachten.³²⁷ Dies zeigt der folgende Umstand: 1987 lehnten es noch ganze 80 % der Beamten kategorisch ab, eine inhaltliche Politik auch gegen den Willen einer neuen Regierung fortzuführen. 2005 vertraten diese strikt ablehnende Auffassung nur noch 16 %, im Jahr 2009 sogar nur noch 9 % der Befragten. Hingegen beurteilten 2009 rund 30 % der Befragten ein solches, dem traditionellen beamtenrechtlichen Loyalitätsverständnis entgegenstehendes Verhalten als vorbehaltlos akzeptabel.³²⁸ Dieser Trend bestätigte sich bei der Erhebung 2013: Hier lehnten nur noch 7,5 % der Befragten diese Aussage strikt ab, während rund 33 % ein solches Verhalten

³²³ *Schwanke/Ebinger*, Politisierung, S. 243, 246.

³²⁴ *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener? S. 339.

³²⁵ *Schwanke/Ebinger*, Politisierung, S. 245; *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener? S. 340.

³²⁶ *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener? S. 340 f.; *Schwanke/Ebinger*, Politisierung, S. 245 f.

³²⁷ *Schwanke/Ebinger*, Politisierung, S. 247; siehe hierzu auch *Bogumil/Ebinger/Jochheim*, Spitzenbeamte, S. 169 f.

³²⁸ *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener? S. 338; *Schwanke/Ebinger*, Politisierung, S. 246.

als zumindest bedingt akzeptabel betrachteten.³²⁹ Die Autoren konstatieren insofern einen sich verzeichnenden Kulturwandel: Die politischen Beamten legten auch noch die letzte „weberianische Prägung“ ab und verhielten sich entsprechend ihrer regierungskonformen, politischen und persönlichen Überzeugungen und somit insbesondere entsprechend den Anforderungen ihrer politischen Funktion.³³⁰ Diese Entwicklung könne als Indiz einer zunehmenden Verschmelzung bzw. Hybridisation der beiden Rollen von Politikern und Beamten gedeutet werden, im Sinne der bereits von Aberbach et al. aufgestellte These.³³¹ Diese Annahme ist nicht verwunderlich, haben die ministeriellen Spitzenbeamten doch täglich politische Entscheidungen zu treffen und sind zunehmend auch in den Prozess des „policy-making“ eingebunden. Aufgrund der grundlegend unterschiedlichen Strukturierung von Politik und Verwaltung und bestärkt durch die Aussagen der Selbsteinschätzung ist jedoch treffender von einem Komplementärverhältnis von Politik und Verwaltung, statt einer Hybridisierung zu sprechen.³³²

Es ist anzunehmen, dass dieses, sich vom weberianischen Bild des neutralen Lebenszeitbeamten, der dem gesamten Volk und nicht nur einer Partei verpflichtet ist, immer mehr entfernende Loyalitätsverständnis auch im Zusammenhang mit der ansteigenden Parteipolitisation steht. Dass dabei die Übergänge zwischen Beamtentum und Politik als Beruf trotz abzulehnender These der Hybridisierung beider Rollen fließend sind, wird anhand von zahlreichen Praxisfällen belegt. Zwar lässt dies noch nicht den zwingenden Schluss zu, dass sich nach einem Regierungswechsel alle politischen Beamten als illoyal und renitent erweisen im Sinne einer pauschalen Illoyalitätsvermutung³³³; ob in solchen Konstellationen eine Unabhängigkeit gewahrt werden kann, die in Härtefällen auch entgegen der vorgegeben politischen Linie an rechtsstaatliche Bedenken festhalten lässt, erscheint jedoch zweifelhaft. Der politische Beamte muss vielmehr immer den Übereinstimmungs- und damit zugleich Vertrauensverlust fürchten, der zur Amtsentfernung führt. Dabei kommt der Sicherung von Unabhängigkeit und Neutralität gerade an der Schnittstelle zwischen Politik und Verwaltung besondere Bedeutung zu. Insbesondere in den administrativen Spitzenpositionen mit besonderer Nähe zur politischen Spitze und regelmäßigen, vertraulichen Beratungen ist vorrangig rein fachliche Expertise und kritisches Problembewusstsein gefordert. Doch kann von dem Beamten ein Festhalten an rechtsstaatlicher Amtsführung, insbesondere wenn sie (partei-)politisch unerwünscht sein sollte, realis-

³²⁹ Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske, *Deutsche Verwaltungselite*, S. 14 f.

³³⁰ Ebinger/Jochheim, *Loyale Diener?* S. 342.

³³¹ Siehe Fn. 226.

³³² Bogumil/Ebinger/Jochheim, *Spitzenbeamte*, S. 165.

³³³ Lindner, ZBR 2011, 150 (151) m. w. N.

tischerweise nur erwartet werden, wenn die innere und äußere Unabhängigkeit des Beamten gewahrt ist.³³⁴

Im Zusammenhang mit der Vergabe von Ämtern mit leitender Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit im Bundesland Nordrhein-Westfalen³³⁵ führte der zweite Senat des BVerfG aus, dass nur die besondere Sachgesetzlichkeit des konkreten Amtes und die Natur der wahrgenommenen Aufgaben eine Ausnahme vom Lebenszeitprinzip begründen könne, da mit der Zulassung einer Ausnahme die Unabhängigkeit des Amtsträgers entfalle. Die Aufhebung der (politischen) Unabhängigkeit von Beamten könne nicht allein durch Verweis auf die besondere Hierarchieebene des Amtes begründet werden, denn gerade für diese Beamten in leitender Funktion, denen für die Stabilität der Verwaltung besondere Bedeutung zukomme, müsse die Unabhängigkeit und Neutralität gewahrt werden. Ausgehend von der Struktur und der rechtsstaatlichen Sicherungsfunktion des Beamtentums bestehe insbesondere bei diesen herausgehobenen Ämtern ein besonderes Sachlichkeitserfordernis. Dabei bezieht sich der Senat auch ausdrücklich auf den politisch sensiblen Bereich der Führungsebene an der Schnittstelle zwischen Politik und Verwaltung, wie er auch von politischen Beamten besetzt wird. Insbesondere hier komme Unabhängigkeit und Neutralität besondere Bedeutung zu, da in erhöhtem Maße Verantwortung wahrgenommen werde und eine auch kritische Beratung der Vorgesetzten erforderlich sei. Maßgeblich sei immer die Besonderheit der Aufgaben sowie die Stellung des konkreten Amtes im politischen Prozess, die eine vertrauliche Zusammenarbeit erfordere.³³⁶ Bereits das vorher angerufene BVerwG machte in Bezug auf die nordrhein-westfälische Regelung zur leitenden Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit deutlich, dass nicht außer Acht gelassen werden könne, dass der Beamte nicht nur dem zehn Jahre lang auf ihn ausgeübten Druck zur Leistungssteigerung, sondern in gleicher Weise auch einem Druck zu Anpassung und Willfährigkeit nachgeben werde, um das Führungsamt auf Lebenszeit zu erhalten.³³⁷ Auch das BVerfG erkannte ausdrücklich die Gefahr, dass eine solche Regelung für eine Ämterpatronage missbraucht werden könne.³³⁸

³³⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – juris Rn. 49.

³³⁵ Die Möglichkeit der „Leitenden Funktion auf Zeit“ ist im aktuellen LBG nicht mehr vorgesehen.

³³⁶ BVerfGE 121, 205 (221 ff.); vgl. auch BVerfG NVwZ 2018, 1044: Regelungen zum Hochschulkanzler auf Zeit verfassungswidrig.

³³⁷ BVerwG, Vorlagebeschluss vom 27.09.2007 – 2 C 21/06 – juris Rn. 77.

³³⁸ BVerfGE 121, 205 (227).

b) Komplementäraufgaben

Wie bedeutend die Bewahrung der persönlichen Unabhängigkeit von politischen Beamten ist, zeigt sich auch daran, dass die administrativen Spitzenbeamten nicht nur mit der Umsetzung politischer Vorgaben in konkret administrative Maßnahmen und deren Durchführung, also mit dem Vollzug von Gesetzen, befasst sind. Vielmehr nehmen sie vielfältige und wichtige Funktionen in verschiedenen Phasen des Politikzyklus (policy-cycle) wahr.³³⁹

Neben der Initiation durch Interessenverbände oder sonstige gesellschaftliche Trägergruppen wird die politische Problemdefinition in vielen Fällen aus der ministeriellen Führungsebene angestoßen. Denn die Ministerien sind als oberste Bundes- bzw. Landesbehörden zugleich oberste Aufsichtsbehörden des jeweiligen Ressorts/Bereichs und daher insbesondere mit problematischen Fällen der täglichen Verwaltungspraxis befasst.³⁴⁰ Insofern kann unmittelbar aus dem Verwaltungsapparat und den praktischen Problemen in der Rechtsanwendung die politische Problemthematisierung (problem-framing) und zugleich das agenda-setting bestimmt werden. Dies trifft nicht nur die tatsächliche Ebene des Problems, sondern auch die zur Lösung vorgeschlagenen politischen und rechtlichen Maßnahmen (policy-framing). Das Berufsbeamtentum soll die Politik insbesondere durch das Einbringen von Sach-, Fach- sowie Faktenwissen auf dem jeweiligen Gebiet unterstützen und die politischen Maßnahmen sachnah orientieren und somit bereits auf ihre Praxistauglichkeit prüfen. Dies gilt auch für die Budgetierung; die Finanzierbarkeit politischer Pläne ist ohne sachgerechte Kostenprognosen durch fachnahes Personal oft nicht bestimmbar. In der Phase der Implementierung, also der Übersetzung der politischen Zielsetzung in administrative Maßnahmen und Umsetzung sowie Durchführung derselben, besitzen die politischen Beamten gemäß ihrer Schlüsselfunktion bzgl. des Beamtenapparates naturgemäß eine herausgehobene Stellung, insbesondere hier kommt ihre Transformationsfunktion deutlich zum Tragen. Auch bei der Evaluation abgeschlossener oder andauernder Maßnahmen spielt der mit der politischen

³³⁹ Dabei sind die einzelnen Phasen oft nicht eindeutig unterscheidbar, da sie sich überschneiden oder auch simultan ablaufen können.

³⁴⁰ In der parlamentarischen Praxis gehen mehr als die Hälfte der Gesetzesinitiativen von der Regierung aus, wobei deren Ausarbeitung zumeist auf fachlicher Spitzenebene des federführenden Ministeriums stattfindet. Diese Regierungsvorlagen werden zum überwiegenden Teil auch verabschiedet und verkündet, vgl. dazu die Angaben im Datenhandbuch des Deutschen Bundestages, Kapitel 10.1, S. 2 und 5 (abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/196202/ee30d500ea94ebf8146d0ed7b12a8972/Kapitel_10_01_Statistik_zur_Gesetzgebung-data.pdf, Aufruf am 05.02.2020).

Praxis befasse Verwaltungsapparat eine notwendige Rolle, indem hier die zusammengetragenen Fakten und Daten ausgewertet werden.³⁴¹

Der Vollzug von Gesetzen stellt bereits im Rahmen der Weisungsgebundenheit eine Grundpflicht aller Beamten dar, vgl. auch §§ 60, 62 Abs. 1 BBG.³⁴² Insbesondere beim Gesetzesvollzug trifft alle Hoheitsträger gleich welcher Position die Pflicht, diesen allein an rechtsstaatlichen im Gegensatz zu politischen Erwägungen auszurichten und somit das Recht gleichmäßig und diskriminierungsfrei anzuwenden. Das Legalitätsprinzip i. S. d. uneingeschränkten Bindung an Gesetz und Recht erlangt hier vorrangige Geltung. Bereits zweckgebunden kann daher eine politische Abhängigkeit grundsätzlich nur für solche politischen Beamte in Frage kommen, die über den Gesetzesvollzug hinaus insbesondere in die Bereiche der Politikformulierung und -gestaltung eingebunden sind. Jedoch ist auch bei der Politikformulierung und -gestaltung eine bestehende persönliche Abhängigkeit der Amtsträger gerade nicht in dem Sinne erforderlich, dass jede politische Erwägung unkritisch hingenommen wird; vielmehr ist im Sinne einer konstruktiven Loyalität eine persönliche Unabhängigkeit des Beamten notwendig, die rechtsstaatliche Bedenken und Praktikabilitätsprobleme auch wider (parti-)politischen Erwägungen verteidigt und durchsetzt. Darin ist keine Behinderung der Regierungspolitik zu sehen, sondern rechtsstaatliche und praktische Flankierung sowie Notwendigkeit im Sinne des Gemeinwohls.³⁴³ Sofern persönliche und politische Unabhängigkeit auf Seiten des Verwaltungsapparates aufgehoben werden, ist auch dem Grundsatz der Gewaltenteilung im Sinne einer gegenseitigen Kontrolle nicht genügt. Denn insbesondere die Verwaltungsspitze der Ministerialverwaltung stützt (je nach fachlichem Ressort) die Regierung in und bei ihren legislativen Funktionen.

Die zumindest in gewissem Maße gesetzlich beabsichtigte Beeinträchtigung der politischen und persönlichen Unabhängigkeit von politischen Beamten, auch im Zusammenspiel mit der Außerachtlassung von Leistungsaspekten beim Zugang zu diesen Ämtern, wirft nicht nur theoretische Probleme auf; es sind vielmehr auch praktische Auswirkungen zu vermuten. Dies liegt nahe, betrachtet man insbesondere auf politischem Aktivismus beruhende Maßnahmen, die trotz und entgegen bestehender rechtsstaatlicher Bedenken oder tatsächlicher Praktikabilitätsprobleme durchgesetzt werden.³⁴⁴ Es steht

³⁴¹ Zur Gesetzesvorbereitung zwischen politischen Vorgaben, Systemgerechtigkeit und Partikularinteressen, vgl. *Flecken*, NZS 2019, 769.

³⁴² Entsprechend §§ 33, 35 S. 1 BeamStG.

³⁴³ So *Lindner*, ZBR 2011, 150 (156).

³⁴⁴ Hingewiesen sei an dieser Stelle z.B. auf das Betreuungsgeld (sog. „Herdprämie“) oder auch die Pkw-Maut. Da beide Initiativen aus dem Freistaat Bayern herrühren, könnte angenommen werden, dass gerade die fehlende beamtenrechtliche Anbin-

zu befürchten, dass sich berechnete Bedenken des Amtsträgers auf fachlicher Ebene einem potentiellen parteipolitischen Zwang oder auch nur der persönlichen Abhängigkeit zugunsten des Vorgesetzten beugen – und dies zu Lasten der Gemeinschaft.

c) Richterliche Unabhängigkeit

In Bezug auf die Gruppe der (Bundes-)Richter wiegt deren Unabhängigkeit nicht leichter als Vorgesagtes. Die richterliche Unabhängigkeit i. S. d. Art. 97 GG ist mit dem Konzept des Rechtsstaates unlösbar verbunden. Die Notwendigkeit, die Rechtsprechung durch besondere Organe des Staates auszuüben, verbietet eine personelle Verflechtung zwischen der Judikative und den anderen Staatsgewalten.³⁴⁵ Insbesondere die sachliche und persönliche Unabhängigkeit des Richters gilt es, als das im gewaltenteiligen Rechtsstaat konstituierende Element der dritten Gewalt zu bewahren. Zugleich hat sie konstitutive Bedeutung für den Richterstatus und unterscheidet den Richter von den sonstigen Beamten. Zugegebenermaßen kann der Schutz des Art. 97 GG nicht unbegrenzt reichen, Gefährdungen können aber nur hingenommen werden, soweit sie ein vertretbares Maß nicht überschreiten und durch gewichtige Gründe gerechtfertigt sind.³⁴⁶

Im andauernden Streit um die Justizreformen in Polen machte jüngst der EuGH Vorgaben in Bezug auf die Prüfung eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts i. S. v. Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh). An einem unabhängigen und unparteiischen Gericht fehle es, wenn die objektiven Bedingungen, unter denen die Einrichtung geschaffen wurde, ihre Merkmale sowie die Art und Weise der Ernennung ihrer Mitglieder geeignet sind, bei den Rechtsunterworfenen berechnete Zweifel an der Unempfänglichkeit dieser Einrichtung für äußere Faktoren, insbesondere für unmittelbare oder mittelbare Einflussnahmen durch die Legislative und die Exekutive, und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen aufkommen zu lassen, und daher dazu führen können, dass diese Einrichtung nicht den Eindruck vermittelt, unabhängig und unparteiisch zu sein, wodurch das Vertrauen beeinträchtigt werden kann, das die Justiz in

dung der dortigen politischen Staatssekretäre eine ausreichend kritische Rechtmäßigkeitsprüfung der Maßnahmen frei von politischen Erwägungen verhindert oder zumindest erschwert hat. Dies ist rein spekulativ, eine Kausalität kann von hiesiger Seite keinesfalls belegt werden. Auf Bundesebene mag als potentielles Beispiel das Gesetz zur Vorratsdatenspeicherung dienen. Auch sog. Prestige-Bauprojekte jeweiliger Regierungen kommen als Beispiele in Frage.

³⁴⁵ BVerfGE 10, 200 (216); s. auch EuGH, Urt. v. 19.11.2019 – C-585/18, C-624/18 und C-625/18 – juris Rn. 124.

³⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 22. März 2018 – 2 BvR 780/16 – Rn. 97 ff.

einer demokratischen Gesellschaft bei den Rechtsunterworfenen schaffen muss.³⁴⁷ Insofern stellt der Gerichtshof den untrennbaren Zusammenhang zwischen der Unabhängigkeit der Institution als solcher und damit deren Legitimation auf der einen Seite und der Unabhängigkeit des einzelnen Richters und dessen Amtsführung auf der anderen Seite heraus. Die Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Handelnden setzen voraus, dass es Regeln insbesondere für die Zusammensetzung der Einrichtung, die Ernennung, die Amtsdauer und die Gründe für Enthaltung, Ablehnung und Abberufung ihrer Mitglieder gibt, die es ermöglichen, bei den Rechtsunterworfenen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfänglichkeit dieser Einrichtung für äußere Faktoren und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen auszuräumen. Diese Vorschriften müssen es insbesondere ermöglichen, nicht nur jede Form der unmittelbaren Einflussnahme in Form von Weisungen auszuschließen, sondern auch die Formen der mittelbaren Einflussnahme, die zur Steuerung der Entscheidungen der betreffenden Richter geeignet sein könnten.³⁴⁸

Während im vorliegenden deutschen Untersuchungskontext die Frage der Unabhängigkeit in der Ausübung der spruchrichterlichen Tätigkeit angesichts der fachbezogenen Methodik der Rechtsanwendung und juristischer Rationalität und Professionalität von hier aus als wenig problematisch erachtet wird, gilt dies nicht gleichermaßen für die den Amtszugang bestimmenden Regelungen, wie sich bereits im Rahmen der formalen Politisierung sowie des Einflusses der Parteimitgliedschaft auf die Ernennungsentscheidung zeigte.

In engem Zusammenhang hierzu steht die Frage des Einflusses der rechtspolitischen Einstellung und Ausrichtung des Bewerbers auf dessen Wahl und Ernennung. Ausweislich der Interviewergebnisse mit Mitgliedern des Richterwahlausschusses wird diesem Aspekt eine hohe Relevanz für die Auswahl der Bundesrichter zugeschrieben, wobei sich dies bei den Mitgliedern des Ausschusses kraft Wahl – wohl infolge der institutionellen Prägung als Teil der Legislative – stärker ausgeprägt zeigte.³⁴⁹ Nicht nur bei Anstellungen des BAG, bei dem eine arbeitgeber- oder arbeitnehmerfreundlichere Einstellung gewissermaßen unter allen Bewerbungskandidaten „irgendwie identifiziert“³⁵⁰ sei und bei Anstellungen des BSG oder des BFH, an deren Entscheidungen nach teilweise vertretener Meinung ein „höheres politisches Interesse“³⁵¹ bestehe, spiele die rechtspolitische Ausrichtung der Bewerber

³⁴⁷ EuGH, Urt. v. 19.11.2019 – C-585/18, C-624/18 und C-625/18 – juris 2. LS und Rn. 120 ff.

³⁴⁸ EuGH, Urt. v. 19.11.2019 – C-585/18 u. a. – juris Rn. 123, 125.

³⁴⁹ Wesselmann, Bundesrichterberufung, S. 341 f.

³⁵⁰ Wesselmann, Bundesrichterberufung, S. 341 Interview Nr. 21.

³⁵¹ So May, DRiZ 1995, 480 (480).

eine entscheidende Rolle. Auch bei den verbleibenden Gerichten komme dieser bei der Auswahl der Kandidaten nicht zu unterschätzendes Gewicht zu. Dies erscheint schlüssig, da Rechtsauslegung und -fortbildung naturgemäß eng verknüpft sind mit der rechtspolitischen Einstellung des Auslegenden. Vor dem Hintergrund einer die richterliche Gestaltungsmacht oftmals überschreitenden Rechtsfortbildungspraxis scheint es zumindest im Grundsatz nachvollziehbar, dass der politische Prinzipal versucht, seine rechtspolitische Gestaltungsmacht durch Auswahl rechtspolitisch angenäherter Kandidaten zu sichern und zu bewahren.

Dabei sind der vorgestellten Einflussmöglichkeiten jedoch naturgemäß Grenzen gesetzt: So ist das zukünftige Verhalten als Bundesrichter selbst bei eindeutiger Zuordnung zu einer bestimmten parteipolitischen Ausrichtung, sofern eine solche überhaupt bekannt ist, in den seltensten Fällen klar prognostizierbar. Auch besteht zwar ein Zusammenhang zwischen einer rechtspolitischen Gleichgestimmtheit des Richters und politiknahen Entscheidungen, jedoch ist dies infolge der insbesondere sachlichen Weisungsfreiheit bei Ausübung der spruchrichterlichen Tätigkeit keinesfalls im Sinne einer funktionalen Politisierung als politische Responsivität zu begreifen. Vielmehr ist das rechtspolitische Moment in den Gerichtsentscheidungen persönlicher Ausdruck der unvermeidbar von subjektiven Einstellungen geprägten, rechtssystematischen Methodik der Entscheidungsfindung des einzelnen Richters. Dies ist angesichts der menschlichen Natur unvermeidlich. Aufgabe des Rechts ist es, dafür zu sorgen, dass diese subjektiven Einstellungen intrinsisch motiviert auf dem Gedanken von Recht und Freiheit gründen und nicht durch äußere Umstände des Amtszugangs beeinflusst oder sogar in Abhängigkeit von politischen Kräften getroffen werden. Dafür streitet auch der Umstand der Anstellung auf Lebenszeit, sodass der Bundesrichter im Amt nicht befürchten muss, wegen unliebsamen Entscheidungen hieraus wieder entfernt zu werden;³⁵² zum anderen streitet hierfür auch die nicht zu unterschätzende Kraft der juristischen Methodik und der gesetzesgebundenen Rechtsfindung. So findet sich das deutsche Justizsystem auch im EU-Justizbarometer 2019, das Tendenzen bei der Wahrnehmung der richterlichen Unabhängigkeit in der breiten Öffentlichkeit und in den Unternehmen aufzeigt, im oberen Viertel der bewerteten Unionsstaaten.³⁵³

³⁵² Zur politischen Treuepflicht des Richters vgl. *Priepke*, DRiZ 1991, 4; zur rechtlich nicht kritiklosen Figur des Richters auf Zeit gem. §§ 17 Nr. 3, 18 VwGO s. insbesondere das Sondervotum *Hermanns* zur Entscheidung BVerfG, Beschluss vom 22. März 2018 – 2 BvR 780/16.

³⁵³ EU Justice scoreboard 2019, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2019) 198/2, S. 44 ff.

2. Legitimationsprobleme

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG erfordert einen effektiven Einfluss des Volkes auf die personelle Zusammensetzung und die Tätigkeit der Staatsorgane, deren Akte sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und diesem gegenüber verantwortlich werden müssen.³⁵⁴ Es stellt sich die grundlegende Frage, wie in den vorgestellten Fällen die ununterbrochene Legitimationskette vom Souverän zum Ausübenden der hoheitlichen Gewalt³⁵⁵ gewahrt wird. Dies geschieht im politischen Raum regelmäßig durch Wahlen, wodurch die jeweils Gewählten ihrerseits legitimiert werden, wiederum andere Gremien oder Organe zu wählen bzw. zu kreieren. Diese sind sodann mittelbar legitimiert, was jedoch ausreicht für die insbesondere verfassungsrechtlich geforderte ununterbrochene Legitimationskette.³⁵⁶ Werden Entscheidungen der unmittelbar Gewählten jedoch nicht im weiteren Modus der Wahl getroffen, so kann die selbst durch Wahl erhaltene personell-organisatorische Legitimation nicht weitergegeben werden. Erforderlich ist mithin ein anderer personeller Legitimationsmodus, namentlich der Modus der rechtsstaatlichen Legitimation durch Rechtsbindung.³⁵⁷

Im Unterschied zu politischen Ämtern legitimiert sich der öffentliche Dienst auch personell durch Professionalität und unabhängige Fachlichkeit, die wie aufgezeigt durch die Vergabe von Ämtern anhand einer Bestenauslese und der Ernennung auf Lebenszeit gewährleistet werden. Sowohl bei politischen Beamten als auch bei (Bundes-)Richtern steht eine rechtsstaatliche Legitimation der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit durch die Rechtsgebundenheit der Ämtervergabe im Vordergrund. Nur soweit die hoheitlich Handelnden sich grundlegend binden und ihre Handlungen ausrichten an dem durch Mehrheitsentscheidung gefundenen Konsens, der infolge der rechtlichen Kodifizierung allgemeine Verbindlichkeit und Durchsetzungsfähigkeit erlangt, erscheinen die getroffenen Entscheidungen wiederum legitimiert. Nur so kann die ununterbrochene Legitimation i. S. d. Ernennungsketten hergestellt werden.

(auch abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en, Aufruf am 16.01.2020).

³⁵⁴ Vgl. etwa BVerfGE 93, 37 (66) m. w. N.

³⁵⁵ Vgl. auch BVerfG NJW 1978, 1967 (1968); zur Kritik an dem Legitimationsmodell des BVerfG für den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung, u. a. *Zacharias*, Jura 2001, 446; *Musil*, DÖV 2004, 116; ausführlich zu vertretenen Legitimationsmodellen: *Tschentscher*, Legitimation, S. 28 ff.

³⁵⁶ U. a. BVerfGE 77, 1 (40).

³⁵⁷ Instruktiv BVerfGE 139, 194 (224 f.).

a) Politische Beamte

Im Mittelpunkt des verfassungsrechtlichen Grundmodells der demokratischen Legitimation der Verwaltung steht die Vorgabe des zu erreichenden Legitimationsniveaus.³⁵⁸ Für die typischen Regelfälle der Verwaltungstätigkeit wird dieses durch die verfassungsrechtlichen Mindestvorgaben zur sachlich-inhaltlichen Legitimation (v. a. durch lückenlose Gesetzesbindung sowie Aufsichts- und Weisungsbefugnisse) und zur personellen Legitimation ausgestaltet, die sich nur durch die Rechtsgebundenheit der Ämtervergabe herstellen lässt.³⁵⁹ Für die Beurteilung, ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation vorhanden ist, haben die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten unterschiedlichen Formen der Legitimation nicht Bedeutung je für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Entscheidend ist ihre Effektivität und die Erreichung eines bestimmten Legitimationsniveaus.³⁶⁰ Bereits aus den entsprechenden organisationsrechtlichen Regelungen der Verfassung, die die konstituierte Staatsgewalt als objektives Recht binden, folgt, dass das entsprechende Legitimationsniveau grundsätzlich über diese beiden Legitimationsstränge zu erreichen ist. Der einfache Gesetzgeber kann über diese Vorgaben auch nicht im Sinne eines Verzichts verfügen.³⁶¹ Die personelle Legitimation der Organwalter und die sachlich-inhaltliche Legitimation ihres gesetzestesteuerten Handelns können deshalb einander keineswegs vollständig ersetzen, wohl aber in einem gewissen Umfang substituieren.³⁶² Organe und Amtswalter bedürfen mithin einer auf die Gesamtheit der Staatsbürger, das Volk, zurückzuführenden Legitimation, wobei eine uneingeschränkte personelle Legitimation nur durch eine ununterbrochene Legitimationskette bewirkt wird.³⁶³

Das bedeutet in der erschreckenden Folge, dass soweit Amtsträger unter weitestgehender Außerachtlassung von Rechtsvorschriften in ihr Amt gelangt sind, nicht nur die Einstellenden nicht zu solch einer Maßnahme legitimiert waren, und es dieser an der Rückführbarkeit auf den Volkswillen mangelt, sondern auch die sodann ernannten Amtsträger keine personell-organisatorische Legitimation zur Ausübung hoheitlicher Gewalt aufweisen. Sie weisen somit ein entscheidendes personelles Legitimationsdefizit auf, welches in

³⁵⁸ Vgl. etwa BVerfGE 83, 60 (72); BVerfGE 107, 59 (87) m. w. N.

³⁵⁹ Auch *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 140.

³⁶⁰ Vgl. BVerfGE 83, 60 (72); BVerfGE 93, 37 (66 f.).

³⁶¹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 140.

³⁶² BVerfGE 107, 59 (77) m. w. N.; a. A. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 128 ff., 146 ff., nach dem eine vollständige Substitution zwischen den beiden Legitimationsformen (zumindest in Grenzen, vgl. Rn. 131 f.) möglich ist, da sich beide aus dem Parlament ableiten.

³⁶³ BVerfGE 83, 60 (71 f.).

Extremfällen auch grundsätzlich nicht durch die sachlich-inhaltliche Legitimation der einzelnen Maßnahme kompensiert werden kann.

Daneben ist die Frage aufgeworfen, welche Probleme die zunehmende Einbindung der Gruppe der politischen Beamten in den politischen Willensbildungs- und Gestaltungsprozess in Hinblick auf eine demokratische Legitimation im Einzelnen darstellt. Dass insbesondere die Staatssekretäre und auch Ministerialdirektoren die fachliche Ausarbeitung oft nur programmatisch vorgegebener und daher interpretationsbedürftiger, politischer Vorgaben leisten, wurde bereits erörtert. Dabei kommt ihnen ein nicht unerheblicher gestalterischer oder sogar schöpferischer Spielraum zu. Dass eine solche Delegation der politischen Gestaltungsbefugnis von den unmittelbar durch Wahl legitimierten Amtsträgern auf die durch repräsentative Wahlen legitimierten Amtsträger sodann durch (unzureichend kontrollierbare) personelle Auswahlentscheidungen auf die politischen Beamten einer verfassungsrechtlich geforderten ununterbrochenen Legitimationskette entspricht, muss bezweifelt werden. Dabei wird die intendierte und notwendige Einbindung der exekutiven, fachlichen Expertise als verfassungsrechtlich intendierte Komplementärfunktion nicht verkannt, jedoch rechtfertigt sich diese wie dargelegt nur durch die lückenlose Beachtung der Gesetze, die mit einer rechtswidrigen Ämterbesetzung einen Bruch erleidet.

b) Richterwahl

Der Richterwahlausschuss übt hoheitliche Gewalt aus, indem er befugt ist, die Richterämter der Bundesgerichte aller Gerichtsbarkeiten zu wählen.³⁶⁴ Er ist indes weder selbst Souverän noch unmittelbar durch diesen gewählt. Deswegen bedarf er der anderweitigen Legitimation, welche sich bei den gekorenen Mitgliedern über die Wahl durch den Bundestag vollzieht, bei den geborenen Mitgliedern durch deren jeweiliges Regierungsamt, welches sich mittelbar durch Wahl legitimiert. Der Richterwahlausschuss ist damit ein Gremium eigener Art, welches außerhalb des Parlaments steht und weder Bundestag noch Bundesrat zuordenbar ist. Insofern trifft ihn auch keine Verantwortlichkeit vor dem Parlament, dem Repräsentanten des Souveräns, was die Erforderlichkeit der Letztentscheidungskompetenz des zuständigen Bundesministers im Zustimmungsverfahren verdeutlicht.³⁶⁵ Infolge der Zusam-

³⁶⁴ Plakativ auch *Böckenförde*, Richterwahl, S. 100f.: „Richterwahl ist Machtausübung“.

³⁶⁵ Vor diesem Hintergrund ist auch die Regelung des Art. 98 Abs. 4 GG zu lesen, die nach dem eindeutigen Wortlaut die Länder zur Einsetzung eines Richterwahlausschusses nur befugt unter der Voraussetzung der gemeinsamen Entscheidung mit einem Regierungsmitglied. Ausführend etwa *Ehlers*, Richterwahl, S. 49 ff., 54.

mensetzung aus Mitgliedern kraft Amtes und Mitgliedern kraft Wahl ist der Richterwahlausschuss des Bundes selbst nur, man könnte sagen „doppelt-mittelbar“ legitimiert, sodass eine personelle Legitimation durch Rechtsbindung in Bezug auf die Auswahl der Bundesrichter trotz Wahlmodus nicht außer Acht gelassen werden darf.³⁶⁶

Entsprechend sehen auch Art. 47 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK eine justizielle Garantie auf ein faires Verfahren vor einem durch Gesetz errichteten, unabhängigen und unparteiischen Gericht vor. Sollte das Gericht hingegen nicht auf einem (hinsichtlich der konstituierenden Regelungen tragfähigen) Gesetz beruhen, so kommt es nach teilweise vertretener Ansicht auf eine weitere Prüfung der Unabhängigkeit des Gerichts nicht mehr an. Die defizitäre Unabhängigkeit der Institution insgesamt schlage insofern unwiderlegbar auf die Unabhängigkeit des einzelnen Richters durch.³⁶⁷

So empfiehlt auch der Europarat ausdrücklich, dass das Ernennungsgremium für Richter sowohl von der exekutiven als auch von der legislativen

³⁶⁶ Das Gewicht einer unabhängigen Richterberufung stellt sich auch im Falle Polens dar, in dem nach einem Urteil des EuGH (Urt. v. 19.11.2019, Az. C-585/18 u. a.) nun auch das oberste polnische Gericht urteilte, dass die neu geschaffene Disziplinarkammer am obersten Gericht, die Richter und Staatsanwälte entlassen kann, nicht unabhängig sei. Dies basiere im Wesentlichen darauf, dass dessen Mitglieder vom Landesjustizrat ausgewählt und vom Präsidenten ernannt werden, wobei der Landesjustizrat nach der Justizreform wiederum vom Parlament gewählt wird, weshalb er als „regierungstreu“ gilt. Nach Ansicht der polnischen Richter ist der Landesjustizrat daher nicht ausreichend unabhängig von Parlament und Regierung, was auf die Disziplinarkammer und die bisher ernannten Richter sowie auf alle von diesen getroffenen Entscheidungen durchschlage. Vgl. zu der bizarren Zuspitzung des Falls zwischen Regierung und Justiz beispielhaft *Hassel*, Streit um unabhängige Justiz verschärft sich, auf sueddeutsche.de vom 23.01.2020 (abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/polen-richter-justiz-1.4768659>, Aufruf am 24.01.2020); beachte auch die Bedenken gegen die Unabhängigkeit der obersten spanischen Justiz infolge der Ernennung durch den Generalrat der rechtsprechenden Gewalt (Consejo General del Poder Judicial), dessen Mitglieder vom Parlament ernannt werden, hierzu *Urias*, Spain has a Problem with its Judiciary, auf verfassungsblog.de vom 15.01.2020 (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/spain-has-a-problem-with-its-judiciary/>, Aufruf am 16.01.2020).

³⁶⁷ So *Filipek*, Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court, auf verfassungsblog.de vom 23.01.2020 (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/only-a-court-established-by-law-can-be-an-independent-court/>, Aufruf am 24.01.2020). Bezeichnend insofern auch die wenig beachtete Entscheidung des EGMR vom 12.03.2019 – 26374/18 – nach der ein Gericht, an dem regelwidrig ernannte Richter mitwirken, nicht i. S. v. Art. 6 Abs. 1 EMRK „auf Gesetz beruht“; dazu auch *Steinbeis*, Straßburg und das Anti-Richter-Dilemma, auf verfassungsblog.de vom 14.03.2019 (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/strassburg-und-das-anti-richter-dilemma/>, Aufruf am 25.10.2019); anderer Ansicht hingegen BGH NJW 2004, 3784 und NJW 2005, 2317.

Gewalt unabhängig sein sollte und mindestens die Hälfte der Mitglieder aus der Richterschaft gewählt werden.³⁶⁸ Sollte dies nicht der Fall sein, so sollte doch zumindest ein unabhängiges und kompetentes Gremium im Wesentlichen gebildet aus der judikativen Gewalt Meinungen und Empfehlungen hinsichtlich der zu berufenden Kandidaten abgeben, denen das Wahlgremium in der Praxis dann auch folgt.³⁶⁹ In allen Fällen muss das zur Entscheidung befugte Gremium eine möglichst breit gefächerte Repräsentation aufweisen, ein transparentes Verfahren verfolgen und die wesentlichen Entscheidungsgründe auf Nachfrage offenlegen, sodass auch eine Kontrolle dieser Entscheidung ermöglicht wird.³⁷⁰

Davon unabhängig besteht die weitergehende Frage, ob insbesondere die dem Richterwahlverfahren insgesamt zugrundeliegende Intransparenz dem Gedanken des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG widerspricht, der ein Mindestmaß an Öffentlichkeit verlangt, um den effektiven Einfluss des Volkssouveräns sichern zu können.

3. Auswirkungen auf das Berufsbeamtentum und dessen Wahrnehmung

Der nur modifizierten Anwendung des Leistungsgrundsatzes folgt eine Reihe von negativen, insbesondere sozialen Auswirkungen auf das Berufsbeamtentum und dessen Wahrnehmung in der Öffentlichkeit.

a) Politische Beamte

Insbesondere die Einstellungs- und Beförderungspraxis in Gestalt der politischen Ämterpatronage, die teilweise als schlechthin folgenschwerste Form der Korruption in Deutschland gesehen wird,³⁷¹ birgt ein beträchtliches Desavouierungspotential. Die Maßgeblichkeit sachfremder und leistungsferner Gesichtspunkte bei der Einstellung in die Spitzenämter kann schwerwiegende Auswirkungen auf das Leistungsverhalten der sonstigen, nichtpolitischen Beamten haben. Dabei sollten die zumeist in Leitungsfunktionen fungierenden politischen Beamten gerade im Hinblick auf ihre Vorbildfunktion in besonderer Weise Sachkunde und Unbefangenheit verkörpern. Nicht nur für besonders qualifizierte Berufseinsteiger schwindet bei Fehlen solcher Eigenschaften die Attraktivität des öffentlichen Dienstes, auch für die bereits

³⁶⁸ *Council of Europe*, Judges, S. 14 Nr. 46.

³⁶⁹ *Council of Europe*, Judges, S. 14 Nr. 47.

³⁷⁰ *Council of Europe*, Judges, S. 14 f. Nr. 48.

³⁷¹ *Scheuch*, in: v. Arnim (Hrsg.), *Korruption*, S. 68.

bestehende Belegschaft ist von einer abnehmenden Leistungs- und Verantwortungsbereitschaft sowie abnehmender Kreativität auszugehen. Dies führt zu beruflicher Resignation, angepasstem und unauffälligem dienstlichen Verhalten sowie Opportunismus durch parteipolitische Anpassung. Die bereits bei jüngeren Beamten ansteigende Passivität sowie die innere Emigration der älteren Beamten verdeutlichen diese Entwicklung.³⁷²

Auch die Ergebnisse der PAE-Studien legen nahe, dass die festgestellte Zunahme der formalen Politisierung auf die nichtpolitischen Führungsbeamten, insbesondere die Ministerialdirigenten, abfährt. Diese handelten zunehmend nach parteipolitischen Aspekten im Sinne einer unkritischen Konformität und profilierten sich dadurch als „loyale Beförderungsréservé“. ³⁷³ Dies kann schließlich auch dadurch begünstigt werden, dass insbesondere die Staatssekretäre, die in ihrer Stellung maßgeblichen Einfluss auf Personalentscheidungen in ihrem Verantwortungsbereich besitzen, sich bei einer Auswahlentscheidung eher an den Kriterien der eigenen Auswahl und somit selbst an politischen Gesichtspunkten und Präferenzen orientieren. Der politischen Ämterpatronage könnte somit noch Vorschub geleistet werden, was wie dargelegt nicht nur zu einer personellen Aufblähung des Verwaltungsapparates³⁷⁴ führen kann.

Vielmehr sind negative Auswirkungen auf das Vertrauen der Öffentlichkeit in den öffentlichen Dienst zu befürchten. Aufgrund der (zumindest für die interessierte Öffentlichkeit) auch nach außen offensichtlich in Erscheinung tretenden Ämterpatronage wird nicht nur dem Ansehen des Berufsbeamtentums und des öffentlichen Dienstes insgesamt geschadet, damit verbunden ist auch eine abnehmende Akzeptanz hoheitlicher Entscheidungen. Dabei erscheint die nach außen stärker wahrgenommene Verknüpfung von Politik und Verwaltungsspitze noch unter einem anderen Gesichtspunkt bedenklich, denn eine Vertrauenskrise in die (Partei-)Politik könnte so zugleich zu einer Vertrauenskrise in den öffentlichen Dienst führen.³⁷⁵

³⁷² S. insbes. *Franz*, ZBR 2008, 236 (240 f.) m. w. N. Die Ansicht, dass eine dem Leistungsprinzip folgende „strikte Regulierung der Karrierechancen“ durch „zu eng angelegte Auswahlverfahren, standardisierte Tests und starre Eingangsamter“ junge Menschen „in ihrem Engagement für die Verwaltung“ behindere und „auf manche Bewerber eher abschreckend als attraktiv“ wirke (so *Bull*, in: Bultmann u. a., FS Battis, S. 547 f., gleichwohl im Folgenden wieder relativiert), überzeugt in Abwägung der verfassungsrechtlichen Wertungen nicht.

³⁷³ *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener? S. 342.

³⁷⁴ *Franz*, ZBR 2008, 236 (241).

³⁷⁵ *Lindner*, ZBR 2011, 150 (151 f.).

b) Richterwahl

Diese vorgestellten Erwägungen gelten nicht nur für den exekutiven Bereich der politischen Beamten, sondern entsprechend auch für die dritte Gewalt. Bereits Zweifel an der richterlichen Unabhängigkeit im Sinne einer (partei-)politischen Abhängigkeit enthalten ein beachtliches Desavouierungspotential in Bezug auf einen Vertrauensverlust in die Justiz. Zu befürchten ist eine abnehmende Akzeptanz der höchstrichterlichen Entscheidungen. Dass dies nicht nur ein rein theoretischer Streit ist, sondern eine ernstzunehmende Befürchtung, zeigt sich auch an dem Umstand, dass selbst hochrangige Gerichtsvertreter der Republik eingestehen, dass es nicht immer gelinge, den Anschein sachwidriger (partei-)politischer Einflussnahme bei der Besetzung herausgehobener Funktionsstellen in der Justiz zu vermeiden.³⁷⁶ Doch sind diese negativen Folgen nicht nur mit Blick auf die Besetzung einzelner Richterstellen zu befürchten, infolge der rechtstatsächlichen Praxis, die insbesondere zu sog. Stellenblockaden führt, leidet die Funktionsfähigkeit der blockierten Gerichte, was die Effektivität des Rechtssystems insgesamt unterläuft.

4. Diskriminierungsverbote

Gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 letzte Variante GG darf niemand insbesondere wegen seiner politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.

Die Norm enthält als besonderes Gleichheitsgrundrecht und zugleich objektive Wertentscheidung³⁷⁷ speziell das Verbot einer Differenzierung aufgrund politischer Ansichten in einem gegenständlich nicht beschränkten Anwendungsbereich.³⁷⁸ Gerade aufgrund der enthaltenen objektiven Wertentscheidung zugunsten einer pluralistischen und diskriminierungsfreien, auf Recht und Gesetz basierenden Gemeinschaft soll das Merkmal der politischen Anschauungen bei insbesondere staatlichen Entscheidungen³⁷⁹ außer Betracht bleiben. Dabei ist der Begriff der politischen Anschauungen in diesem Kontext weit zu verstehen, sodass er grundsätzlich jede Form der politischen Gesinnung umfasst. Ausgenommen und somit grundsätzlich zulässiges Differenzierungskriterium in diesem Bereich ist allein eine verfassungsfeindliche politische Einstellung, da eine solche der objektiven Wertentscheidung ge-

³⁷⁶ *Voßkuhle*, NJW 2018, 3154 (3158).

³⁷⁷ Vgl. BVerfGE 17, 1 (27).

³⁷⁸ S. auch *Sachs*, ZBR 1994, 133 (136).

³⁷⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG.

rade zuwiderläuft.³⁸⁰ Zudem stellt das verbotene Kriterium allein auf das „Haben“ einer politischen Anschauung im Sinne einer Eigenschaft ab, also gerade auf eine bestimmte Einstellung, die auch nach außen deutlich wird. Soweit sich die politischen Ansichten hingegen in freiheitsrechtlich geschützten Tätigkeiten äußern, ist eine darauf basierende Ungleichbehandlung vorrangig am Maßstab der jeweiligen Freiheitsrechte (insbesondere der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) zu beurteilen.³⁸¹

Der Rang des Diskriminierungsverbots wird auch durch Art. 14 EMRK bekräftigt, der die Konventionsstaaten dazu verpflichtet, den Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbesondere wegen der politischen oder sonstigen Anschauung zu gewährleisten. Zugleich verbietet Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union Diskriminierungen insbesondere wegen der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung. Dabei kommt der Charta über Art. 6 Abs. 1 EUV ausdrücklich der Rang von Primärrecht zu.

Für das Recht des öffentlichen Dienstes wird ein stringent verstandenes Verbot der Berücksichtigung politischer Anschauungen einfachgesetzlich ausdrücklich in § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamStG und § 3 Abs. 1 SG aufgegriffen.³⁸² Das Diskriminierungsverbot verlangt insbesondere bei Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen eine sorgfältige Beachtung, da die missbilligten Benachteiligungen nicht nur dem Wesen eines demokratischen Gemeinwesens zuwiderlaufen, sondern zugleich die Würde und personale Selbstbestimmung des Einzelnen empfindlich beeinträchtigen. Andere Regelungen können das grundsätzliche Diskriminierungsverbot nur so weit zurückdrängen, wie das nach dem verfassungskräftigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unerlässlich ist, sodass im öffentlichen Dienst insbesondere eine Differenzierung nach Art der dienstlichen Obliegenheiten geboten ist. Volle Geltungskraft beansprucht das Diskriminierungsverbot jedenfalls überall dort, wo die Verfassung Benachteiligungen wegen politischer Überzeugungen ihrerseits nicht abdeckt.³⁸³

³⁸⁰ Für die Ernennung ins Beamtenverhältnis ist die Gewähr, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten, verfassungsrechtliche und auch einfachgesetzliche Voraussetzung, vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG und gleiche Norm im BeamStG. Zur Verfassungstreuepflicht von Beamten aus Art. 33 Abs. 5 GG vgl. BVerfGE 39, 334; BVerwGE 61, 176. Kritisch, soweit eine positive Einstellung zu Staat und Verfassung unabhängig von dem betreffenden Amt verlangt wird: *Jarass/Piero*th, GG, 14. Aufl., Art. 33 Rn. 21.

³⁸¹ Vgl. BVerfGE 124, 300 (338); *Jarass/Piero*th, GG, Art. 3 Rn. 134, 147.

³⁸² Dabei erlangt das BBG über § 46 DRiG abseits der speziellen Wahlregelungen für Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes auch für die sonstigen Bundesrichter Geltung.

³⁸³ BVerfGE 63, 266 (302 f.).

a) Politische Beamte

Zwar existieren keine Regelungen bzgl. Einstellung oder Beförderung der politischen Beamten, die ausdrücklich auf das Merkmal der politischen Anschauungen abstellen, jedoch wird „die Regierung“ wie dargelegt auf Grundlage der Sondervorschriften ermächtigt, diese Beamten jederzeit in den einstweiligen Ruhestand zu versetzen. Dies geschieht nicht ausdrücklich infolge einer fehlender Übereinstimmung in politischen Ansichten; mit dem Erfordernis der persönlichen Loyalität und Vertrauen geht aber im politischen Terrain grundsätzlich die gleiche politische Ausrichtung einher, sodass zumindest mittelbar an ein grundsätzlich verbotenes Differenzierungsmerkmal des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG angeknüpft wird. Damit erfolgt eine Ungleichbehandlung von politischen Beamten gegenüber den normalen Laufbahnbeamten in Abhängigkeit von politischen Anschauungen. In der Folge wird die politische Übereinstimmung des Beamten zur Voraussetzung für den Amtsverbleib, aber zugleich auch für erstmalige Bewerber für den Amtszugang. Während diese Ungleichbehandlung für den Einzelnen infolge des besonderen Stellenprofils als politischer Vertrauensmann an der Verwaltungsspitze gerechtfertigt scheinen mag, stellt sich dies für die objektiv-rechtliche Dimension schwieriger dar. So wird von den staatlichen Bediensteten nach republikanischem und säkularem Staatsverständnis grundsätzlich eine bekenntnisunabhängige Gesetzmäßigkeit erwartet, ausgerichtet auf die gesamtgesellschaftlichen Werte des Grundgesetzes.

b) Richterwahl

Auch für die Richter der obersten Bundesgerichte scheint Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zumindest rechtfertigungsbedürftig beeinträchtigt. So legt insbesondere die politische Praxis der Bestellung von Obleuten der großen Parteien und die Festlegung auf Personalpakete vor der eigentlichen Wahlentscheidung nahe, dass nicht nur fachliche Aspekte, sondern vielmehr eine gewisse Gleichgesinntheit in grundsätzlichen politischen Ansichten wenn nicht notwendig, so doch zumindest förderlich für die Karrierelaufbahn ist. Die Gleichgestimmtheit in politischen Ansichten des Kandidaten mit dem Vorschlagenden werden so, auch wenn nicht direkt und auf den ersten Blick offengelegt, zumindest mittelbar zu einem entscheidenden Kriterium des beruflichen Werdegangs. Dies widerspricht auch den eindeutigen Empfehlungen des Europarates, wonach die Richterauswahl auf Grundlage von objektiven Kriterien insbesondere leistungsorientiert und diskriminierungsfrei erfolgen soll und politische Anschauungen und Einstellungen als Differenzierungskriterium ausdrücklich ausgeschlossen werden.³⁸⁴

5. Verbot der Sprungbeförderung

In Bezug auf die Amtsposten politischer Beamter könnte zumindest im Falle einer nicht rechtskonformen Besetzung gegen das Verbot von Sprungbeförderungen verstoßen werden.

Entsprechend dem Laufbahnprinzip dürfen im Falle der Beförderung von Bundesbeamten Ämter, die nach der Gestaltung der Laufbahn regelmäßig zu durchlaufen sind, nicht übersprungen werden, § 22 Abs. 3 BBG.³⁸⁵ Jedoch besteht die grundsätzliche Möglichkeit, dass Ausnahmen durch den Bundespersonalausschuss zugelassen werden, wenn sie die Bundesregierung nicht durch Rechtsverordnung regelt, vgl. Abs. 6 der Vorschrift. Hier gewinnt die Vorschrift § 9 Abs. 2 BLV an Bedeutung, nach welcher Ämter der Bundesbesoldungsordnung A regelmäßig zu durchlaufen sind. Aus dem Umkehrschluss folgt, dass die Ämter der Bundesbesoldungsordnung B gerade nicht regelmäßig durchlaufen werden müssen. Mit Ausnahme der in § 54 Abs. 1 Nr. 2 BBG genannten Botschafter in der Besoldungsgruppe A 16 und dem in Nr. 5 der Vorschrift genannten Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof (Besoldungsordnung R, Gruppe 9) bekleiden jedoch alle politischen Beamten gerade solche Ämter der Besoldungsordnung B.³⁸⁶ Eine Beförderung in das Amt eines politischen Beamten unter Überspringung eines geringeren Amtes der Besoldungsordnung B fällt damit bereits tatbestandlich nicht in das Verbot der Sprungbeförderung.

Davon unbenommen besteht jedoch das Erfordernis einer – gemessen an den allgemeinen Leistungsanforderungen – besonders außergewöhnlichen Spitzenqualifikation des Beförderten im Falle des Überspringens mehrerer Ämter oder sogar unmittelbarer Einstellung in das Spitzen- oder zumindest hohe Amt.³⁸⁷ Dies gilt auch und besonders für Führungspositionen politischer Beamter. Angesichts des Umstandes, dass eine solch außergewöhnliche Qualifikation eher die Ausnahme als die Regel darstellen dürfte, ist auf Grundlage der von Franz erhobenen Daten³⁸⁸ von einem Verstoß der Beförderungspraxis von politischen Beamten gegen dieses Erfordernis auszugehen. Daraus folgt eine weitere Entfernung von dem Weber'schen Idealbild einer bürokratischen Struktur, die im Sinne des Leistungsgrundsatzes eine Kongruenz von Hierarchie und Sachkunde dergestalt anstrebt, dass höheres Fachwis-

³⁸⁴ Vgl. *Council of Europe*, Judges, S. 14 Nr. 44f.

³⁸⁵ Zur Geltung des Verbots für die bloße Übertragung eines Amtes im konkret-funktionellen Sinn (Dienstposten) siehe VGH Kassel ZBR 2012, 49.

³⁸⁶ Vgl. die BBesO B als Anlage I zum BBesG, ab Besoldungsgruppe B 3.

³⁸⁷ Vgl. *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 131; *Franz*, ZBR 2008, 236 (239) m. w. N.

³⁸⁸ S. *Franz*, ZBR 2008, 236 (238 ff.) und oben C. III. 1. a) (3).

sen zur Übernahme höherer Positionen in der jeweiligen Organisation befähigt.

Das Verbot der Sprungbeförderung mit ähnlichen Regelungskonstruktionen besteht auch in den Ländern.³⁸⁹ Da Franz auch hinsichtlich der Staatssekretäre der Länder eine ähnlich mangelhafte Einstellungspraxis feststellte, erscheinen auch hier entsprechende Verstöße gegen die so verstandenen Voraussetzungen einer Sprungbeförderung nicht ausgeschlossen.

6. Haushaltsgrundsätze

Auch die besonderen Versorgungsbezüge der politischen Beamten stoßen auf nicht unabweisbare Kritik. Dabei ist die bereits dargestellte, hohe Personalfuktuation unter den politischen Beamten in der überwiegenden Fallzahl verbunden mit der Versetzung des bisherigen Amtsinhabers in den einstweiligen Ruhestand, denn gleichwertige Stellen zur Anwendung der mildereren Mittel von Versetzung und Umsetzung stehen für die ranghohen Spitzenbeamten meist nicht zur Verfügung. Die auskömmlichen Versorgungsbezüge erscheinen in der steuerzahlenden Öffentlichkeit als unangemessen und ungerecht und bestärken das Gefühl einer Bereicherung im öffentlichen Dienst.³⁹⁰

Die in den einstweiligen Ruhestand versetzten politischen Bundesbeamten haben für den Monat, in dem ihnen die Versetzung mitgeteilt worden ist sowie für die folgenden drei Monate Anspruch auf die Bezüge, die ihnen am Tag vor der Versetzung zustanden, § 4 Abs. 1 BBesG. Erfüllen die in den einstweiligen Ruhestand versetzten Beamten die allgemeine versorgungsrechtliche Wartefrist von fünf Jahren Dienstzeit gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 BeamtVG, haben sie danach Anspruch auf ein erhöhtes Ruhegehalt, und zwar für die Dauer der Zeit, die die Beamten das Amt innehatten, aus dem sie in den einstweiligen Ruhestand versetzt worden sind, mindestens aber für die Dauer von sechs Monaten, längstens für die Dauer von drei Jahren. Das erhöhte Ruhegehalt beträgt den gesetzlich vorgesehenen Höchstsatz von 71,75 % der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge aus der letzten Besoldungs-

³⁸⁹ Vgl. etwa § 21 Abs. 2 S. 2 f. LBG Rheinland-Pfalz mit Ausnahmemöglichkeit durch Landespersonalausschuss; § 19 Abs. 4 und 5 LBG Nordrhein-Westfalen, wobei hier die jeweils zuständige oberste Dienstbehörde im Einvernehmen mit dem Innen- und dem Finanzministerium im Einzelnen festlegen kann, ob ein Amt der Besoldungsordnung B überhaupt regelmäßig zu durchlaufen ist, vgl. § 7 Abs. 1 S. 4 LVO Nordrhein-Westfalen.

³⁹⁰ Vgl. *Otremba*, Fn. 241; s. auch Bund der Steuerzahler vom 15.12.2011: Überversorgung von Spitzenbeamten stoppen (abrufbar unter: <http://www.steuerzahler.de/uebersorgung-von-spitzenbeamten-stoppen/40661c490801p1520/index.html>, Aufruf am 21.01.2018).

gruppe, vgl. § 14 Abs. 6 BeamtVG, wenn die Wartefrist für die Versorgung aus dem letzten Amt von zwei Jahren erfüllt ist.³⁹¹ Basierend auf der Anzahl der bisherigen Dienstjahre wird danach eine Pension zwischen 35 % und 71,75 % der früheren aktiven Bezüge gezahlt. Die Reaktivierung des sich im einstweiligen Ruhestand befindlichen Beamten im Sinne der erneuten Berufung in den aktiven Dienst, wie in § 57 BBG vorgesehen, bleibt dabei angesichts des Erfordernisses einer statusrechtlich gleichwertigen Stelle mit gleichem Endgrundgehalt die seltene Ausnahme. Zusätzlich gelten großzügige Nichtanrechnungsvorschriften für privat erzielte Einkünfte (vgl. insbesondere § 53 Abs. 10 BeamtVG), die in den gegebenen verbindungsreichen Spitzenpositionen (der überwiegenden Juristen³⁹²) eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielen dürften. Dabei ist, wie ein Vergleich mit § 14 Abs. 1 bis 3 BMinG zeigt, diese Versorgung der politischen Beamten nach Amtsausscheiden in Bezug auf Voraussetzung und Höhe sogar großzügiger bemessen als die von ehemaligen Regierungsmitgliedern.³⁹³ Mit Erreichen der (Regel-) Altersgrenze gelten die Beamten sodann als dauernd in den Ruhestand versetzt (§ 58 Abs. 2 i. V. m. § 51 BBG) und erhalten das Ruhegehalt in regulärer Höhe (vgl. § 4 Abs. 2 i. V. m. § 14 Abs. 1–5 BeamtVG). Nicht nur der Sächsische Landesrechnungshof kritisiert, dass die durchschnittliche Amtszeit der ins Visier genommenen Beamten von 65 Monaten in keinem angemessenen Verhältnis steht zu der einstweiligen Ruhestandszeit von durchschnittlich 66 Monaten bis zum Rentenalter. Die vorzeitige Versetzung in den einstweiligen Ruhestand bedeute gleichzeitig einen Leistungsverzicht auf ein Viertel der Lebensarbeitszeit dieser Beamten.³⁹⁴

Festzuhalten bleibt, dass auf Bundesebene jeder einzelne unverheiratete Staatssekretär in der Besoldungsgruppe B 11 allein in den ersten zwei Jahren im Ruhestand einen Betrag von mehr als 200.000 € kostet. Jeder in den einstweiligen Ruhestand versetzte Ministerialdirektor (Besoldungsgruppe B 9) kostet die steuerzahlende Öffentlichkeit in den ersten zwei Jahren demgegenüber rund 170.000 €. ³⁹⁵ Dabei wird von diesen Ruhestandsbeamten

³⁹¹ Soweit in dem betreffenden Amt keine Dienstzeit von zwei Jahren abgeleistet wurde, berechnen sich die Versorgungsbezüge aus dem vorherigen Amt, vgl. § 5 Abs. 3 S. 1 BeamtVG. Soweit der politische Beamte nicht in den einstweiligen Ruhestand versetzt, sondern aus dem Amt entlassen wird (vgl. §§ 35, 36 BBG), gilt die entsprechende Regelung des § 47a BeamtVG.

³⁹² Weiterhin wird immer noch über die Hälfte der ministeriellen Spitzenämter von Juristen besetzt, vgl. die Angaben bei *Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske*, Deutsche Verwaltungselite, S. 6 f.

³⁹³ Zum Ganzen auch v. *Arnim*, Rette sich, wer kann, S. 9 ff.

³⁹⁴ Vgl. Sächsischer Rechnungshof, Jahresbericht 2017, Band I: Staatsverwaltung, S. 122 Rn. 12 ff.

³⁹⁵ Vgl. auch die Regierungsangaben in BT-Drucksache 17/2223, S. 52.

gerade keine Aufopferung für die Staatstätigkeit im Sinne einer Dienstpflicht erwartet, sie befinden sich ja im einstweiligen Ruhestand.³⁹⁶ Ob den Geboten von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Verwendung öffentlicher Haushaltsmittel³⁹⁷ hinsichtlich einer angemessenen Höhe der Ruhestandsbezüge, aber auch hinsichtlich der Frage, ob die Ausgaben zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes wirklich notwendig sind,³⁹⁸ genüge getan wird, darf bezweifelt werden. Dies gilt umso mehr für die Fälle, in denen die Versetzung nach Absprache, auf Wunsch oder allein zum Vorteil des politischen Beamten und somit entgegen der gesetzgeberischen Wertung erfolgt und erst Recht bei fehlender verfassungsrechtlicher Rechtfertigung einzelner Posten politischer Beamter. Es erscheint daher nicht verwunderlich, dass in der bzgl. Steuergeldverschwendung ohnehin bereits sensibilisierten Öffentlichkeit die in den einstweiligen Ruhestand versetzten politischen Beamten auch als „teuerste Spaziergänger Deutschlands“ bezeichnet werden.³⁹⁹

³⁹⁶ Demgegenüber betrug das durchschnittliche Bruttojahresarbeitsentgelt von Arbeitnehmern in Deutschland in den Jahren 2017 und 2018 rund 37.000 € (vorläufige Werte), vgl. die Angaben der Deutschen Rentenversicherung (abrufbar unter: <https://deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Glossareintraege/DE/D/durchschnittseinkommen.html?jsessionid=8DB8E5191CA8729F6C05DD11F4A10FE0.delivery2-1-replication>, Aufruf am 13.12.2019).

³⁹⁷ Vgl. Art. 114 Abs. 2 S. 1, § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 S. 1 BHO und entsprechende Landesregelungen.

³⁹⁸ Vgl. auch § 6 BHO.

³⁹⁹ v. *Arnim*, Die teuersten Spaziergänger Deutschlands werden noch teurer, BamS v. 11.12.2011 (abrufbar unter: <https://dopus.uni-speyer.de/frontdoor/index/index/year/2016/docId/1090>, Aufruf am 16.01.2017); auch *Lamprecht*, Teure Spaziergänger im Sold des Landes erzürnen die CDU, auf welt.de bereits vom 11.05.2003, mit Bezug auf den Fall einer Staatssekretärin in Nordrhein-Westfalen, in welchem einer Amtstätigkeit von 4 Monaten vor der einstweiligen Ruhestandsverfügung dienstrechtliche Bezüge von mehr als 650.000 € in einem Zeitraum von 10 Jahren gegenüberstanden (abrufbar unter: <https://www.welt.de/print-wams/article143626/Teure-Spaziergaenger-im-Sold-des-Landes-erzueren-die-CDU.html>, Aufruf am 16.01.2017). S. auch den Report Mainz, Der goldene Handschlag – Wie politische Beamte von der Versetzung in den einstweiligen Ruhestand profitieren, vom 30.01.2018, die mehrere Fälle eines offensichtlichen Missbrauchs der einstweiligen Ruhestandsversetzung bei Staatssekretären in verschiedenen Ländern aufdeckten und insofern von einem „vergoldeten Handschlag für verdiente Weggefährten“ sprechen (abrufbar unter: <https://www.swr.de/report/wie-politische-beamte-von-der-versetzung-in-den-einstweiligen-ruhestand-profitieren-der-goldene-handschlag/-/id=233454/did=21054074/nid=233454/fv4xr9/index.html>, Aufruf am 09.03.2020).

D. Und politischer Erforderlichkeit

Wie aufgezeigt findet der Grundsatz der Bestenauslese grundsätzliche Anwendung auf die Einstellung von politischen Beamten und wird hierbei durch das besondere Vertrauenserfordernis lediglich ergänzt, jedoch nicht beschränkt. Auch für die Gruppe der Bundesrichter gilt als Auswahlmaßstab der Leistungsgrundsatz, wobei dieser im Zuge des besonderen Wahlverfahrens einige Modifikationen erfährt. Lediglich für die Gruppe der kommunalen Wahlbeamten kann aufgrund des diametralen Auswahlmodus der Wahl der Bestenauslesegrundsatz keine Anwendung finden.

Die Erweiterung der Kriterien des Leistungsgrundsatzes bei den politischen Beamten um das Vertrauenserfordernis sowie dessen Modifikation in Bezug auf die Wahl der Bundesrichter stellen Abweichungen von der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Orientierung dar, die rechtfertigungsbedürftig sind. Dies gilt grundsätzlich auch für die Nichtanwendbarkeit im Falle der kommunalen Wahlbeamten. Darüber hinaus werfen auch die Beeinträchtigungen der weiteren Verfassungsgüter, des einfachen Rechts und auch die rein tatsächlichen negativen Auswirkungen als Folge dieser Abweichungen Rechtfertigungsbedürfnisse auf.

Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Bewertung stellt sich zunächst die Frage einer generellen verfassungsrechtlichen Eingriffsermächtigung im Geltungsbereich des jeweils betroffenen Verfassungswertes. Es ist aufzuzeigen, welche Rechtfertigungsanforderungen aus den beeinträchtigten verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien, insbesondere dem Lebenszeitprinzip, dem Diskriminierungsverbot und dem Leistungsgrundsatz, bestehen. Sodann sind Rechtfertigungsgründe für die abweichenden, besonderen Regelungen der vorgestellten Amtsgruppen zu finden. Insofern ist augenfällig, dass allgemein gültige, tragfähige und verfassungsrechtlich belastbare „harte“ Kriterien fehlen, die abstrakt eine Abweichung der besonderen Amtsgruppen von den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG begründen. Anhand der vorgestellten Untersuchungsgruppen sollen daher exemplarisch amtsgruppenspezifische Parameter entwickelt werden, die eine rechtssichere Einordnung der statusrechtlichen Ämter ermöglichen.

Die Prüfung erfolgt infolge der strukturell anderen Ausrichtung der zu untersuchenden Gruppen jeweils gesondert. Auf Grundlage der so gefundenen, neuen Ordnungskriterien wird schließlich das einzelne Amt auf seine

verfassungsrechtlich tragfähige Einbettung im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge geprüft.

I. Allgemeine Rechtfertigungsanforderungen

Rechtfertigungsbedürftig sind neben der Erweiterung bzw. Modifikation des Art. 33 Abs. 2 GG entspringenden Leistungsgrundsatzes insbesondere der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach politischen Anschauungen aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sowie die Eingriffe in das mit dem Leistungsgrundsatz zweckgebunden zusammenhängende Lebenszeitprinzip.

1. Politische Beamte

Die gesetzlich ausgestalteten Ämter der politischen Beamten sind keinesfalls homogen. Wie aufgezeigt sind bereits auf Bundesebene im Rahmen des § 54 Abs. 1 BBG Amtsposten sehr unterschiedlicher Bereiche und auch unterschiedlicher Hierarchie als solche von politischen Beamten ausgewiesen. Dieses heterogene Bild bestätigt sich mit Blick auf die Landesebene, auf der zwar teilweise gleiche Statusämter benannt werden, aber auch hier Positionen aus unterschiedlichen Bereichen herrühren und eine starke Variation des Umfangs erkennbar ist. In der Folge lassen sich zwar allgemeine Rechtfertigungsvoraussetzungen für die Beeinträchtigungen von Rechtsgütern durch das Institut des politischen Beamten insgesamt statuieren, die Rechtfertigung im Einzelfall hat sich jedoch an dem jeweils konkreten statusrechtlichen Amt zu orientieren.

a) Lebenszeitprinzip

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung näherte sich der Problematik des Instituts des politischen Beamten aus der Perspektive des Lebenszeitprinzips. Nach Ansicht des Senats kann der Institution des jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzbaren politischen Beamten schon bereits aufgrund der mit der Versetzungsmöglichkeit verbundenen Abweichung vom Lebenszeitprinzip nur ein Ausnahmecharakter zugebilligt werden. Denn eine Abweichung vom Lebenszeitprinzip ist nur zulässig, solange der Kreis der politischen Beamten den jeweiligen Erfordernissen entsprechend eng begrenzt ist.¹ Primär das Lebenszeitprinzip bildet zusammen mit dem Leistungsgrundsatz die verfassungsrechtlich tragenden Grundpfeiler zur Gewährleistung beamtenrechtlicher Unabhängigkeit und Professionalität. Das Beamten-

¹ Vgl. BVerfG NVwZ 2003, 1506; NVwZ 2018, 1044 (1147).

verhältnis auf Lebenszeit bildet die verfassungsrechtliche Regel und lässt nur Ausnahmen zu, soweit die besondere Sachgesetzlichkeit des Amtes und die Natur der wahrgenommenen Aufgaben eine Abweichung erfordern.

Sachgesetzlichkeit des Amtes und Natur der Aufgaben werden maßgeblich durch die Regelungen des Bundesrechts selbst bestimmt, das den allgemeinen Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt genügen muss und dies auch in Bezug auf die Ausgestaltung verfassungsimmanenter Schranken. Das Bundesrecht verlangt für die Amtsführung von politischen Beamten eine fortdauernde Übereinstimmung mit den grundsätzlichen Ansichten und Zielen der Regierung, mithin ein besonders Vertrauensverhältnis zwischen Amtsträger und dem zuständigen politischen Funktionsträger. Nicht ausreichend für die Wahrung des Lebenszeitprinzips ist das Abstellen auf ein lediglich quantitatives Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Beamtenverhältnissen auf Lebenszeit und abweichenden Gestaltungen. Auch allein der Verweis auf die besondere Hierarchieebene reicht wie bereits erörtert nicht aus, um eine Ausnahme zu begründen. Eine zulässige Ausnahmeregelung im Sinne des Verfassungsrechts muss ein legitimes Ziel verfolgen, das bereits von seiner Wertigkeit geeignet ist, das Lebenszeitprinzip von Verfassungsrang einzuschränken. Zudem muss die Regelung geeignet und erforderlich sein, um den besonderen Sachgesetzlichkeiten Rechnung zu tragen und von dem Ergebnis einer angemessenen Abwägung aller widerstreitenden Interessen getragen werden.² Abzustellen ist auf die Besonderheiten des betroffenen Sachbereichs und der damit verbundenen Aufgabenwahrnehmung. Ob besondere, aus der betroffenen Stellung und deren Aufgabenspektrum folgende Sachgesetzlichkeiten eine Ausnahme vom Grundsatz der lebenszeitigen Anstellung und Übertragung aller statusrechtlichen Ämter erforderlich machen, ist keiner generalisierenden Beantwortung zugänglich, sondern bedarf einer konkreten, alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigenden Bewertung der jeweiligen Regelungsstruktur im Einzelfall. Dabei sind nicht nur etwaige weitere grundrechtliche oder grundrechtsgleiche Positionen in Ausgleich zu bringen, sondern auch die anderen von Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten beamtenrechtlichen Strukturprinzipien.³ Nur soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann davon ausgegangen werden, dass das konkrete Amt des politischen Beamten gemessen am Lebenszeitprinzip verfassungsgemäß eingerichtet und ausgestaltet wurde. Für den Anwendungsbereich der Ämter, die von politischen Beamten besetzt werden, stellt das BVerfG daher ausdrücklich fest, dass es sich „nur um den engsten Kreis unmittelbarer Berater der Träger politischer Ämter“ handeln kann.⁴

² Vgl. BVerfGE 121, 205 (223 ff.).

³ BVerfG NVwZ 2018, 1044 (2. LS und 1146).

⁴ BVerfGE 121, 205 (232); ähnlich auch OVG Koblenz NVwZ-RR 2003, 133.

b) *Leistungsgrundsatz*

Eine Einschränkung bzw. modifizierte Anwendung des verfassungsrechtlichen Leistungsgrundsatzes ist allgemein nur bei einer Rechtfertigung durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang möglich, die ihrerseits dem Zweck des Grundsatzes Rechnung tragen müssen, also insbesondere Gefährdungen der Leistungsfähigkeit und Professionalität des öffentlichen Dienstes vorbeugen.⁵ Insofern müsste erwogen werden, ob sich eine solche leistungsbezogene Rechtfertigung gerade und insbesondere aus den besonderen leistungsfördernden Funktionen des verfassungsgemäß eingerichteten Instituts des politischen Beamten für das gesamtstaatliche Funktionsgefüge ergibt.

Ob die konkreten Ämter verfassungsgemäß eingerichtet sind, ist jedoch keine Frage, deren Antwort in Art. 33 Abs. 2 GG zu finden ist. Dieser beinhaltet keinen Maßstab für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der *Einrichtung* politisch gebundener Ämter, sondern greift erst bei der später folgenden *Besetzung* solcher Ämter. Der Grundsatz der Bestenauslese setzt in seiner uneingeschränkten Anwendung verfassungsgemäß konstituierte Ämter mit entsprechenden Anforderungen voraus.⁶ Die Organisationsgewalt des jeweiligen Dienstherrn scheint der Bindung an Art. 33 Abs. 2 GG insofern zumindest teilweise vorgelagert.⁷ Erst die verfassungsgemäße Einrichtung und Ausgestaltung eines Dienstpostens entscheidet über den Umfang der Bindung an das grundrechtsgleiche Recht des Art. 33 Abs. 2 GG. Die Verortung des konkreten Amtes im gewalten- und funktionsteiligen demokratischen Staat bestimmt damit zugleich über die grundsätzlich einzuhaltenden Anforderungen in Bezug auf dessen Einrichtung und zugleich Besetzung.

Die Einrichtung und Ausgestaltung der politischen Beamtenstellen ist hinsichtlich der Berücksichtigung von politischen Anschauungen vielmehr am

⁵ BVerfGE 122, 147 (150); *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 33 Rn. 67 m. w. N.; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 25.11.2004 – 2 C 17.03.

⁶ Ähnlich *Sachs*, ZBR 1994, 133 (133 f.); a. A. insbes. *Lorse*, ZBR 2020, 73 (79), nach dem der objektivrechtliche Gehalt der Norm in Wirklichkeit „der verlängerte Arm“ der zeitlich limitierten subjektivrechtlichen Komponente ist.

⁷ Dabei ist die Organisationsgewalt des öffentlichen Dienstherrn jedoch von vornherein wesentlich eingeschränkt: Zwar lässt sich grundsätzlich sagen, dass erst sobald und soweit sich der Dienstherr zur Einrichtung und Besetzung eines öffentlichen Amtes als funktionaler Ausgangspunkt entscheidet, er sich in den wörtlichen Anwendungsbereich des Grundsatzes der Bestenauslese begibt. Gleichwohl gilt die unmittelbare Grundrechts- und Rechtsbindung öffentlichen Handelns unabhängig der Rechtsformenwahl (beispielhaft BVerfGE 128, 226 – Fraport AG) und damit zugleich unabhängig von der Frage, ob der Staat sich einer öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Ausgestaltung seiner Dienstverhältnisse bedient. Im Übrigen ist die unmittelbare Grundrechtsbindung auch nicht territorial auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt, vgl. BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17.

Maßstab der allgemeineren Unterscheidungsverbote daraufhin zu prüfen, ob die besonderen Leistungs- und Eignungsanforderungen an politische Beamte in nicht zu rechtfertigender Weise an verbotene Differenzierungskriterien anknüpfen. Soweit ein gefundener Rechtfertigungsgrund diese Beeinträchtigungen vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG jedoch zu tragen vermag, gilt für politische Beamte eine hinsichtlich des besonderen Vertrauenserfordernisses erweiterte Anwendbarkeit des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern.⁸ Soweit das konkrete Amt bereits vor dem Verbot der Diskriminierung nach politischen Anschauungen keine Rechtfertigung findet, verbietet sich zugleich jede Abweichung von bzw. Erweiterung der ausschließlichen Kriterien der Bestenauslese.

Dabei darf nicht verkannt werden, dass auch der Leistungsgrundsatz als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums nicht nur zu berücksichtigen, sondern zu beachten ist,⁹ sodass eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Ämtern der politischen Beamten nur vorliegen kann, soweit auch Verhältnismäßigkeitsanforderungen bei der Einschränkung des Leistungsgrundsatzes genügt wird. Insofern sind auch die durch dieses Institut erst ermöglichten unmittelbaren Auswirkungen der tatsächlichen Einstellungs- und Beförderungspraxis als Folge der Regelung und die mittelbaren Auswirkungen auf die Leistungs- und Funktionsfähigkeit der angehörenden Institution bzw. Behörde rechtfertigungsbedürftig. Die zur Rechtfertigung des politischen Beamten herangezogenen Erwägungen müssen demnach auch gerade selbst darauf abzielen, Gefährdungen der Leistungsfähigkeit und der Professionalität des öffentlichen Dienstes vorzubeugen.¹⁰

c) Diskriminierungsverbot

Die verfassungsgemäße Einrichtung bzw. Ausgestaltung eines Amtspostens als solcher eines politischen Beamten muss sich mithin primär am Diskriminierungsverbot nach politischen Anschauungen messen lassen. Eingriffe in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG können grundsätzlich gerechtfertigt werden durch kollidierendes Verfassungsrecht¹¹ oder auch aufgrund objektiver Faktoren.¹² Solche objektiven Umstände müssen dergestalt vorliegen, dass für die vorge-

⁸ A.A. *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 33 Rn. 11; Art. 3 Rn. 159: Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG.

⁹ Vgl. entsprechend BVerfGE 121, 205 (219).

¹⁰ Vgl. in diese Richtung einzig OVG Bremen, Beschl. v. 12.10.2009 – 2 B 77/09 – juris Rn. 18 ff.

¹¹ BVerfGE 121, 241 (257).

¹² *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3 Rn. 152 f. m.w.N.; vgl. auch *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 3 Rn. 61 f.

sehene Differenzierung Gründe solcher Art und von solchem Ausmaß bestehen, dass eine ungleiche Rechtsfolge nicht nur zu rechtfertigen ist¹³, sondern vielmehr eine Diskriminierung zwingend erforderlich.¹⁴ Dies ist insbesondere der Fall, soweit das verwendete Kriterium „das konstituierende Element des zu regelnden Lebenssachverhalts bildet“¹⁵ und somit notwendigerweise eine Rolle spielen muss. Insbesondere bei der unmittelbaren Anknüpfung an ein verbotenes Differenzierungskriterium wie im Falle der politischen Beamten ist eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten. Dabei ist gerade der Nachweis zu führen, dass die politisch abhängige Ausgestaltung des konkreten Amtes für die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes notwendig ist.¹⁶

Es gilt mithin zu prüfen, ob die durch das Bundesrecht bestimmte fortdauernde Übereinstimmung des Amtsträgers mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung (bzw. des zuständigen politischen Funktionsträgers) gerade eine Sachgesetzlichkeit der betreffenden Amtsposition darstellt und daher notwendigerweise Berücksichtigung finden muss. Steht diese Berücksichtigung im Ergebnis nicht im Widerspruch zu den Diskriminierungsverboten, so gilt für politische Beamte der um das Vertrauenserfordernis erweiterte Leistungsgrundsatz hinsichtlich der Amtsbesetzung. Zudem ist in Fällen, in denen die politische Übereinstimmung zum konstitutiven Amtsmerkmal wird, zugleich eine Rechtfertigung für Abweichungen vom Lebenszeitprinzip gegeben, da im demokratisch-republikanischen Staatswesen politische Macht grundsätzlich nur auf Zeit vergeben wird. Sofern die Eigenschaft des politischen Beamten als unmittelbarer politischer Berater mithin die Berücksichtigung politischer Übereinstimmung zwingend erfordert, wirkt dies auch zwingend auf die zeitliche Dimension der Amtsführung. Andersherum, wenn die Berücksichtigung politischer Überzeugungen als verbotene Diskriminierung zu werten ist, gilt nicht nur der strenge Leistungsgrundsatz, auch muss dieses Amt gemäß den beamtenrechtlichen Strukturprinzipien grundsätzlich auf Lebenszeit vergeben werden.

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeit für die Ausübung des Gleichheitsgrundrechts ist für die Berücksichtigung politischer Anschauungen bei beamtenrechtlichen Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich.¹⁷

¹³ Vgl. BVerfGE 82, 126 (146); 92, 53 (68 ff.).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 85, 191 (207).

¹⁵ BVerfGE 7, 155 (171); auch NVwZ 1994, 477.

¹⁶ Vgl. auch *Sachs*, ZBR 1994, 133 (137).

¹⁷ Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3 Rn. 116, 152 und Art. 20 Rn. 74.

2. Kommunale Wahlbeamte

Der Grundsatz der Bestenauslese findet nach herrschender Ansicht keine Anwendung auf die Gruppe der kommunalen Wahlbeamten, was einer verfassungsrechtlich tragfähigen Bewertung bedarf. Rechtfertigungsbedürftig sind daneben wie bereits zuvor der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach politischen Anschauungen aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sowie die Eingriffe in das mit dem Leistungsprinzip zweckgebunden zusammenhängende Lebenszeitprinzip.

Insofern ergeben sich nur geringe Abweichungen zu dem bereits für die politischen Beamten Ausgeführten. Infolge der Nichtanwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG auf diese bestimmte Gruppe, liegt der Untersuchungsschwerpunkt jedoch nicht in den einzelnen Voraussetzungen einer Rechtfertigung der Beeinträchtigung vorgenannter Verfassungswerte, vielmehr ist nach tragfähigen Rechtfertigungsgründen für die Ablehnung des speziellen Gleichheitsrechts zu suchen.

3. Richter der obersten Bundesgerichte

Entsprechendes gilt für die Richter der obersten Bundesgerichte. Auch hier stellt sich ein entsprechender Rechtfertigungsbedarf aus der Modifikation des in Art. 33 Abs. 2 GG begründeten Leistungsgrundsatzes dar. Zusätzlich sind der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach politischen Anschauungen aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sowie die potentiellen Beeinträchtigungen der mit dem Leistungsprinzip funktional verbundenen richterlichen Unabhängigkeit rechtfertigungsbedürftig.

II. Rechtfertigungsgründe

Dem aufgezeigten Rechtfertigungsbedarf ist ein verfassungsrechtlich tragfähiger und belastbarer Rechtfertigungsgrund gegenüberzustellen. Dieser muss zunächst abstrakt hinsichtlich seiner Wertigkeit und sodann auch im Einzelfall geeignet sein, die von der fehlenden bzw. eingeschränkten Anwendbarkeit des Leistungsgrundsatzes ausgehenden Beeinträchtigungen aufzufangen.

1. Politische Beamte

Als Rechtfertigungsansätze für das Institut des politischen Beamten werden neben der „Natur der Sache“, die ohne Weiteres nicht geeignet sein dürfte, vorgenannte Verfassungsverstöße zu legitimieren, insbesondere auch

die Mitwirkung von Parteien an der demokratischen Ausgestaltung des Staates sowie die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums angeführt.¹⁸

a) Mitwirkung der Parteien

Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) und nehmen dabei eine wesentliche Schlüssel- und Mittlerfunktion ein, die zugleich einen entscheidenden Einfluss auf die Besetzung der obersten Staatsämter umfasst. Sie stellen, sofern sie die Parlamentsmehrheit bilden und die Regierung stützen, die wichtigste Verbindung zwischen dem Volk und den politischen Führungsorganen des Staates her und erhalten diese aufrecht. Als Parteien der Minderheit bilden sie die politische Opposition und machen sie wirksam. Sie beeinflussen die Bildung des Staatswillens, indem sie in das System der staatlichen Institutionen und Ämter hineinwirken, und zwar insbesondere durch Einflussnahme auf die Beschlüsse und Maßnahmen von Parlament und Regierung.¹⁹

Diese verfassungsgerichtlich herausgearbeitete, besondere Stellung der Parteien soll vorliegend nicht untergraben werden. Von der Auswahl von Bewerbern für Parlamentsmandate und der repräsentativen Wahl von Kandidaten in politische Ämter streng zu unterscheiden ist jedoch der Bereich der unpolitischen Staatsverwaltung als traditionelles Berufsbeamtentum, das wie aufgezeigt die ausgleichende Kraft im politischen Kräftespiel bilden soll. Die Loyalität der Beamten ist allein an Gesetz und Recht auszurichten zum Wohle der Gesamtheit im Gegensatz zu parteipolitischen Partikularinteressen. Die Berufung eines Bewerbers in ein öffentliches Dienst- und Treueverhältnis erfolgt daher wie aufgezeigt am Maßstab des Leistungsgrundsatzes allein aufgrund fachlicher Aspekte. Die Berufung eines Bewerbers in ein öffentliches Amt aufgrund (partei-)politischer Loyalität unter Umgehung der Leistungskriterien stellt eine unzulässige Einmischung in den unmittelbar grundrechtsgebundenen, staatlichen Hoheitsbereich dar und somit eine rechtswidrige Ämterpatronage. Trotz Anerkennung der Parteien als wesentliches Funktionselement der Willensbildung der repräsentativen Demokratie ist gleichwohl deren Mitwirkung an der demokratischen Ausgestaltung des Staates als Rechtfertigungsgrund für die Einrichtung von Ämtern politischer Beamter abzulehnen.

¹⁸ Ausführlicher *Jasper*, Öffentliche Ämter, S. 395 ff.

¹⁹ Zum Ganzen beispielhaft: BVerfGE 52, 63 (83) m. w. N.

b) Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums

Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG sind grundsätzlich ausgerichtet und zugeschnitten auf Lebenszeitbeamte. Das BVerfG bezeichnet entsprechend nur die Ausnahme der politischen Beamten vom Lebenszeitprinzip als hergebrachten Grundsatz,²⁰ der wie aufgezeigt allerdings nur als Grundsatz zweiten Ranges zu verstehen ist. Er ist allein nicht geeignet, die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Instituts des politischen Beamten zu begründen. Voraussetzung dafür wäre vielmehr, dass die politischen Beamten für den Fortbestand des Berufsbeamtentums in dem Sinne konstitutiv sind, dass ihre Beseitigung das Wesen des Berufsbeamtentums insgesamt antasten würde.²¹

Dass dies nicht der Fall ist, wird wohl schon durch die bayerische Staatspraxis belegt, die keine politischen Beamten kennt. Insofern gibt es auch keine Garantie des Instituts des politischen Beamten. Weder ein bestimmter Umfang noch ein grundsätzlicher Bestand von politischen Beamten in den Ländern ist bundesrechtlich oder gar verfassungsrechtlich vorgeschrieben. Veranschaulicht man sich die vom Institut des politischen Beamten ausgehenden Beeinträchtigungen auf Prinzipien des Berufsbeamtentums und dieses selbst, so ist in deren Verhältnis statt von einer konstitutiven Wirkung eher von einem destruktiven Effekt auszugehen.

c) Zuordnung zur Staatsleitung

Als allein tragfähiger Rechtfertigungsgrund erscheint, wie auch in der Rechtsprechung klar herausgestellt, die Funktionsfähigkeit der Regierung bzw. des (im Falle einer anderweitigen Zuordnung) entsprechenden Verfassungsorgans infolge der Zuordnung des konkreten Amtes zum Bereich der Staatsleitung.

(1) Begriff

Die Regierung ist das leitende Exekutivorgan des Staates. Ihr Bestand, ihre Funktionsfähigkeit und Effektivität werden im gewaltenteiligen, demokratischen Verfassungsstaat und auch darüber hinaus auf völkerrechtlicher Ebene

²⁰ Vgl. BVerfGE 7, 155 (166); 8, 332 (356).

²¹ Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 33 Rn. 53 mit dem Verweis auf „Fundamentalität“, auch *Jasper*, Öffentliche Ämter, S. 403 ff.; insgesamt kritisch zu einer historischen Begründung des Instituts des politischen Beamten: *Czislak*, DÖV 2020, 603 (607 ff.).

als Voraussetzung und konstitutives Element eines Staates vorausgesetzt.²² Dabei steht nach dem grundlegenden Verständnis Friesenhahns die Staatsleitung „Regierung und Parlament gewissermaßen zur gesamten Hand zu“.²³ Angesprochen ist damit zum einen, dass verschiedene Entscheidungen etwa im Bereich der Gesetzgebung, der auswärtigen Gewalt und auch des Haushaltswesens, der Regierung und dem Parlament in verschiedenen Ausprägungen gesamthänderisch überantwortet sind. An der Staatsleitung beteiligt sind somit auch Verfassungsorgane, die wie im Falle des Bundesrates nicht immer exekutiver Natur sind oder auch wie im Falle des Parlaments nicht der Exekutive angehören. Zugleich zeigt die Aussage auf, dass sich die Regierungsfunktionen in einer Kombination exekutiver und legislativer Wertungen und Entscheidungen verwirklichen, die eine Sonderung nach Funktionsbereichen wesentlich erschwert, wenn nicht sogar ausschließt. Die Regierungsgewalt kann mithin nicht alternativ der vollziehenden oder der gesetzgebenden Gewalt zugeordnet werden; vielmehr überlagern die Regierungsfunktionen insofern die Staatsgewalten.²⁴

Staatsleitung lässt sich somit bestimmen als der durch die Verfassung begründete und begrenzte Aufgabenbereich umfassender und grundlegender Planung, Festlegung und Durchführung der Organisation, der Ziele und Aufgaben sowie der Rechtsordnung des Staates.²⁵ Zwar sind wie aufgezeigt grundsätzlich alle Verfassungsorgane im zugewiesenen Umfang an der Staatsleitung beteiligt, da dies Ausdruck des parlamentarischen Regierungssystems in seiner spezifischen Ausgestaltung durch das Grundgesetz ist. Infolge ihrer grundlegenden Funktionen für die Ausrichtung, Entwicklung und Einheit des Staates kommt jedoch der Regierung die primäre Aufgabe der gestaltenden und verwaltenden, politischen Staatsführung zu.

Zur Ausfüllung dieses Bereiches der Staatsführung ist der Regierung ein – in den Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) – nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Dieser resultiert zum einen daraus, dass nicht alle Aspekte und Aufgaben des Regierens vorweg abschließend bedacht werden können; zum anderen ist dies Ergebnis des Umstandes, dass das Erscheinungsbild der Staatsleitung abhängig ist von politischen Motivationen und Ideen und somit entscheidend von der jeweils handelnden Person. Umfasst sind auch Erwägungen, die darauf abzielen, den

²² Vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Art. 62 ff. GG sowie *Jellineks* „Drei-Elemente-Lehre“ (effektive Staatsgewalt) und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG für die Landesebene; dazu auch BVerfG, Urt. v. 27.04. 1959 – 2 BvF 2/58 – juris Rn. 61 ff.

²³ *Friesenhahn*, Parlament und Regierung, S. 38.

²⁴ *Schröder*, in: Isensee/Kirchhof, HdBST R V, § 106 Rn. 10 ff., auch Rn. 12: „waltenüberlagernder Charakter“.

²⁵ Vgl. *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 24 f. m. w. N.

Verwaltungsapparat für die Regierungstätigkeit nutz- und steuerbar zu machen. Verfassungsrechtlich wird der instrumentale Charakter der Verwaltung für die Regierungstätigkeit insbesondere in Organisations- und Weisungsbefugnissen, aber auch gerade in der Personalhoheit sichtbar, deren Ausdruck das Beamtenernennungsrecht ist.²⁶ Die Organisationshoheit umfasst neben der Kabinettsbildung auch den Bereich der nachgelagerten Behörden, insbesondere die Schaffung von öffentlichen Ämtern mit bestimmtem Aufgabenzuschnitt und Anforderungsprofil an der Spitze der Verwaltung. Insofern stehen jedem Regierungsmitglied organisations-, personal- und haushaltsrechtliche Entscheidungsbefugnisse im Rahmen des Ressortprinzips (Art. 65 S. 2 GG) zu, das sich neben dem regierungsbezogenen, auch auf den verwaltungsbezogenen Wirkungskreis der Bundesminister erstreckt.²⁷ Begrenzt werden können diese Befugnisse neben den Wertungen des Verfassungsrechts und dem geltenden Gesetzesrecht auch durch die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art. 65 S. 1 GG)²⁸, durch Kabinettsbeschlüsse (vgl. bereits Art. 65 S. 3 GG) oder auch Regelungen innerhalb der GOBReg (vgl. S. 4 der Norm). Innerhalb dieses Wertungsrahmens kann das politische Moment der Staatsleitung jedoch einen begrenzt zulässigen, politischen Einfluss auf die Ausübung des Personalernennungsrechts erlangen.

So ist die Funktionsfähigkeit der Regierung untrennbar verknüpft mit der Funktionsfähigkeit des dienenden Verwaltungsapparates; zugleich ist die Funktionsfähigkeit und Effizienz des Verwaltungsapparates maßgeblich abhängig von der Steuerungskraft der Regierung. Eine Regierung, die keine Steuerungsmöglichkeiten über den ihr dienenden Verwaltungsapparat besitzt, kann politische Ziele im Zweifel nicht durch die Instrumente des Verwaltungsapparates umsetzen. Als Steuerungsmechanismus der Regierung über die Beamtenschaft und damit zugleich wichtiges Instrument zur Kontrolle des beträchtlichen Einflusspotentials der Verwaltung ist neben dem allgemeinen Treueverhältnis des Berufsbeamtentums zum Staat als zweiter Faktor das besondere persönliche und politische Loyalitätsverhältnis der politischen Beamten zur Regierung anzusehen.²⁹ Daher kann das Institut des politischen Beamten aufgrund der Möglichkeit der zielgenauen Steuerung der Transformation von Regierungspolitik und erhöhter Steuerungsfähigkeit des Verwaltungsapparates grundsätzlich durch dessen Zuordnung zum Bereich der Staatsleitung und den Stellenwert einer funktionsfähigen Staatsleitung gerechtfertigt werden. Dass die Funktionsfähigkeit des Regierungsapparates

²⁶ Schröder, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR V, § 106 Rn. 31.

²⁷ Deterbeck, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR III, § 66 Rn. 27 m. w. N.

²⁸ Zum möglichen Vorrecht des Regierungschefs auch in Personalfragen, vgl. bereits oben unter B. I. 1. c).

²⁹ Vgl. auch Bogumil/Ebinger/Jochheim, Spitzenbeamte, S. 156.

allein tragfähiger Rechtfertigungsgrund ist, ergibt sich andersherum auch bereits aus dem Umstand, dass eine Ruhestandsversetzung gerade darauf abzielen muss, eine effektive Transformation und Durchsetzung von Regierungspolitik zu fördern bzw. eine bestehende Behinderung zu beseitigen.

(2) Grenzen und Schranken

Zu bedenken bleibt, den gedanklichen Faden einer erhöhten Steuerungsfähigkeit zugunsten der Regierung und Staatsleitung stringent zu Ende gedacht, dass dieser am effektivsten verholten wäre, spannte man diesen nicht nur zur administrativen Leitungsebene, sondern hinunter bis zum „letzten“ Linienbeamten. Die Folge wäre ein freies Personalrecht der Regierung hinsichtlich aller öffentlichen Ämter im unmittelbaren Staatsverwaltungsbereich, sodass eine lückenlose Steuerung durch Köpfe eröffnet würde. Die Regierung bzw. die Personalhoheit innehabende Anstellungskörperschaft könnte mithin Bewerber nach freiem Belieben in das Amt hieven und aus diesem nach freiem Belieben auch wieder entfernen. Dass der Gedanke der Zuordnung zum Bereich der Staatsleitung bzw. zum Reservat der Regierung so weit nicht reichen kann, erscheint bereits aus den historischen Errungenschaften einer nur dem Gesetz und Recht verpflichteten Beamtenschaft offensichtlich. Entsprechend nicht nur dem gewaltenteiligen, sondern auch dem funktionsteiligen Staat, muss der Verwaltung als eigenständiger vollziehender Gewalt ein spezifischer Funktionsbereich verblieben, der dem Regierungszugriff entzogen ist. Insofern sind es insbesondere die aus den besonderen Strukturprinzipien erwachsenden Vorbehaltsgebiete und funktionstypischen Besonderheiten, die der Verwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht einen besonderen Standort innerhalb der Staatsfunktionen zuweisen.

Die verfassungsrechtliche Position, die der Verwaltung im Verhältnis zum staatsleitenden Bereich, insbesondere dem Funktionsbereich der Regierung zukommt, ist ausgehend von ihren Funktionsmerkmalen als komplementär³⁰ beschrieben worden: So ist der Gesetzgeber zur Durchsetzung der beschlossenen Regelungen auf sachverständigen und im Einzelfall angemessenen Gesetzesvollzug angewiesen, den er insgesamt gesehen dann nur noch punktuell ausschließen kann. Dabei eröffnet das vielfach nur in Umrissen festgelegte Regelungsprogramm des Gesetzes insbesondere im Gesetzesvollzug rechtsschöpferische Vorgänge, die sich vorrangig in der Konkretisierung offener Tatbestände, der Fein- und Nachsteuerung der gesetzlichen Regelung oder auch in der Eröffnung von zweckgebundenem Ermessen hinsichtlich der Rechtsfolge von Ermächtigungsnormen widerspiegeln. Insbesondere im

³⁰ Komplementärgewalt, so *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR V, § 101 Rn. 74.

Bereich technischer Risiken, z.B. im Umwelt- oder Technikrecht, werden vielfältig tatsächliche, aber auch rechtliche Fragen der Beantwortung im Vollzug überlassen. Nicht zuletzt anzuführen ist auch das gewichtige „Recht des ersten Zugriffs“ zugunsten der Verwaltung, soweit es an gesetzlichen Regelungen im Einzelfall fehlt.³¹

Diese zugewiesenen, komplementären Funktionsbereiche der zweiten Gewalt gilt es auch personell zu wahren. Entsprechend findet auch die Personal- und Organisationshoheit der Staatsleitung ihre Grenzen in den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zugunsten von Professionalität, Unabhängigkeit und Integrität des öffentlichen Dienstes.

(3) Funktionen politischer Beamter

In Bezug auf die Transformationsämter von politischen Beamten ist deren Zuordnung zum Bereich der Staatsleitung und der Zweck der Funktionsfähigkeit der Regierung angesichts seines Verfassungsrangs zumindest generell geeignet, das Institut gegenüber anderen Verfassungsrechtsbeeinträchtigungen zu rechtfertigen. Insbesondere in der Linienorganisation der unmittelbaren Staatsverwaltung kommt die „im parlamentarischen Regierungssystem typische Gewaltenverschränkung“³² von Regierung und Verwaltung zum Ausdruck. Je weiter der jeweilige Verwaltungsbeamte dabei in Nähe der politischen Hausspitze, dem Minister, rückt und somit auch politisch beratend oder sogar gestaltend tätig wird, desto erforderlicher wird die Berücksichtigung politischer Anschauungen; desto eher erscheint eine Einordnung als politischer Beamter gerechtfertigt. Auch stehen insbesondere Leistungsaspekte, nicht nur solche des Regierungsapparates, sondern des Staatsapparates insgesamt im Vordergrund, die eine Abwägung mit Einschränkungen des Leistungsprinzips auf beamtenrechtlicher Seite ermöglichen.

Jedoch erlaubt allein die Einbindung des Ministerialapparates in den politischen Prozess, den *policy-cycle*, noch keine Entbindung von verfassungsrechtlichen und beamtenrechtlichen Grundprinzipien. Vielmehr ist die Einbeziehung der Abteilungsleiter- und teilweise auch Referatsleiterebene insbesondere im Stadium des *problem-framing*, aber auch in anderen Phasen des Politikzyklus von der Komplementärfunktion des Verwaltungsapparates gedeckt. Der von Kontinuität und somit auch beständigem Wissensaufbau geprägte Verwaltungsapparat trägt in seinem Unterbau insbesondere die Sachinformationen zusammen, die für eine sach- und fachgerechte gesetzgebende Bewertung des Handlungsbedarfs und der Handlungsoptionen erforder-

³¹ Zum Ganzen und ausführend etwa *Schröder*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdBStR V, § 106 Rn. 22 ff., 26 f.

³² *Steinbach*, *VerwArch* 2018, 2 (21).

derlich sind. Zugleich ist diese dienende Funktion nicht rein hörig; wie bereits an anderer Stelle betont, kommt dem Verwaltungsbeamten nicht nur die Pflicht zu, evident rechtswidrigen Weisungen entgegenzutreten, sondern auch bereits auf rechtliche Bedenken, aber auch tatsächliche und finanzielle Umsetzungsschwierigkeiten aufmerksam zu machen und so die Machbarkeit und auch Auswirkungen politischer Maßnahmen kritisch zu bewerten. Zur effektiven Wahrnehmung dieser verfassungsrechtlich zugewiesenen Komplementärfunktionen bedarf es der Professionalität, Integrität sowie der persönlichen und wirtschaftlichen (nicht fachlichen) Unabhängigkeit der Amtsträger von der politischen Führung, die nur durch strikte Beachtung des Leistungsgrundsatzes und des Lebenszeitprinzips gesichert sind. Es ist daher die besondere Nähe des konkreten politischen Beamten zur politischen Führung und dessen Grad der Einbindung in den staatsleitenden Bereich im Einzelfall zu betrachten, da nur so eine rechtssichere Einordnung des Amtes als politischer Beamter gelingen kann.

Auch für die von politischen Beamten wahrgenommen, besonders hervorgehobenen repräsentativen Ämter kann eine Rechtfertigung anhand der Zuordnung zum Bereich der Staatsleitung nur im Einzelfall angenommen werden. Dies kann insbesondere der Fall sein, soweit bei der Realisierung der Regierungspolitik ohne eigenes Befürworten eine glaubwürdige und effektive Aufgabenerfüllung nicht möglich ist. Denkbar ist auch eine entsprechend gewichtige politische Repräsentationsfunktion des politischen Beamten in der konkreten Position, die bei fehlender politischer Übereinstimmung geeignet ist, die Funktionsfähigkeit der Regierung und deren Effektivität durch fehlende Überzeugungskraft zu beeinträchtigen. Dies liegt darin begründet, dass die Vertretung in der Öffentlichkeit dem politisch vertretenen Funktionsträger unmittelbar zugerechnet wird. Dies nicht nur in materieller, inhaltlicher Art, auch der persönliche Auftritt des Vertreters zeitigt Auswirkungen auf Sympathie und somit zugleich Empfänglichkeit für politische Inhalte. Insofern liegt die Vorstellung fern, sich im eigensten politischen Entscheidungsraum von jemandem vertreten zu lassen, der einen zwar fachlich, aber nicht persönlich zu repräsentieren vermag.

Soweit der politische Beamte nicht dem Regierungsbereich, sondern einem anderen Staatsorgan zugeordnet ist, erlangen die angestellten Erwägungen entsprechende Geltung, da verfassungsrechtlich die Funktionsfähigkeit aller eingerichteten Institutionen vorausgesetzt wird. Zur Sicherung der zugewiesenen Aufgabenerfüllung, Erhöhung dieser Funktionsfähigkeit und auch ggf. ihres Beitrages zur Staatsleitung kann die Berücksichtigung politischer Anschauungen daher im Einzelfall gerechtfertigt sein. Abzustellen bleibt immer auf die Besonderheiten des betroffenen Amtsbereichs und die damit verbundene Aufgabenwahrnehmung im Einzelfall. Je näher das konkrete Amt funk-

tional in den Bereich der Staatsleitung rückt, desto mehr erscheint eine Besetzung der Position nach auch politischen Gesichtspunkten gerechtfertigt. Hingegen drängt sich eine rechtlich gebundene Ämtervergabe durch Bestenauslese auf, je weiter sich das Amt vom Bereich der Staatsleitung entfernt und zur konkreten Aufgabenerfüllung insbesondere Fundierungen und Werkzeuge gebraucht werden, die auch entgegen politischem Druck auf rechtsstaatlichen Vorgaben und auch ökonomischen Machbarkeitserwägungen beharren. Insoweit darf der dem spezifischen Verwaltungszweig jeweils zugewiesene, eigenständige Funktionsbereich nicht unterlaufen werden.

2. Kommunale Wahlbeamte

Auf die kommunalen Wahlbeamten findet nach vorherrschender Ansicht der Grundsatz der Bestenauslese i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG keine Anwendung.

a) Überlagerung durch Demokratieprinzip

Dogmatisch wird insoweit von einer Überlagerung durch das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2, 28 Abs. 1 S. 1 GG) und dem daraus folgenden Wahlmodus gesprochen. Inhaltliche Beschränkungen der Wahlentscheidung widersprechen dem Wesen einer Wahl als einer freien, nur an Gesetz und Gewissen gebundenen Entscheidung. Die unmittelbar demokratische Legitimation der Hauptverwaltungsbeamten über das kommunale Wahlvolk ist in der Abwägung mit dem Grundsatz der Bestenauslese als vorrangiges Rechtsgut hervorzuheben und verdrängt diesen entsprechend. Anders gewendet tritt in diesen Fällen die demokratische Legitimation an die Stelle der Legitimation durch die rechtlich gesteuerte und gerichtlich überprüfbare sachliche Legitimation durch Bestenauslese. Statt Gewährleistung von Chancengleichheit durch rechtsstaatlich gesteuerte Ämtervergabe gilt im Rahmen des demokratischen Wahlprozesses nur das Postulat der Wahlgleichheit. Der Wahlakt als Akt demokratischer, periodisch zu erneuernder Willensbildung ist somit das bestimmende Sachmerkmal, das den kommunalen Wahlbeamten von dem Normalfall des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit unterscheidet. Ämterbegründung durch Wahl und eine solche durch Bestenauslese können nicht parallel zur Anwendung kommen und schließen sich denklogisch aus. Dies ist schließlich die stringente Weiterführung des Gewaltenteilungsprinzips im personalrechtlichen Bereich – der statusrechtlichen Gewaltenteilung.³³ Folge ist die grundsätzliche Unterscheidung von politischem Amt und Verwaltungsamt.

³³ Vertiefend etwa *Schröder*, in: Isensee/Kirchhof, HdBSTr V, § 106 Rn. 33 ff., 37.

b) Grenzen?

Insbesondere in der Figur des kommunalen Wahlbeamten scheint jedoch eine weitere Grenzverflüssigung des politischen und des Verwaltungsbereichs stattzufinden. Zwar weist die kommunalpolitische Selbstbestimmung auch Gemeinsamkeiten auf mit den tragenden Demokratieerwägungen auf bundes- und landesstaatlicher Ebene. Zweck der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist die Aktivierung bürgerschaftlichen Engagements; die Folge eine Selbstverwaltung mit der Steuerung durch selbst ernannte Köpfe. Gerade diesem verfassungsrechtlich eröffneten, politischen Handlungsfeld folgt das Recht der kommunalen Bürger zur Wahl der politischen Leitung der Kommune. Im Zentrum stehen jedoch die maßgeblichen Unterschiede. Ein solch augenfälliger Unterschied besteht zunächst in der lokalen Radizierung der kommunalen Selbstverwaltung, die bereits in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG angelegt ist, und die insofern im Gegensatz zum nicht abgrenzbaren Bereich der Staatsleitung nur ein auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft begrenztes Handlungsfeld eröffnet. Maßgebliches Gestaltungsinstrument ist mangels formeller Gesetzgebungskompetenzen die Satzungshoheit. Neben ihren Rechten und Pflichten als Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts sind die Kommunen zugleich mittelbare Verwaltungsträger und insoweit eingebettet in die Staatsverwaltung mit der Verpflichtung zur Erfüllung staatlich übertragener Aufgaben.³⁴ Besonders deutlich wird dies bei der Inanspruchnahme des Landrats als untere staatliche Verwaltungsbehörde im Wege der Organleihe. Die Erfüllung dieser Verwaltungsaufgaben liegt im gesamtstaatlichen öffentlichen Interesse, sodass auch hier Erwägungen zu Professionalität und Integrität des öffentlichen Dienstes nicht außer Acht gelassen werden dürfen.

Denkbar scheint daher eine aufeinander folgende, stufenweise Anwendung beider Grundsätze zum schonenden Ausgleich der verfassungsrechtlichen Wertungen. So könnte der Grundsatz der Bestenauslese im Vorfeld einer Wahlentscheidung, z.B. in einem etwaigen Vorverfahren bei der Suche nach wählbaren Kandidaten, bestimmte Mindestanforderungen im Hinblick auf die Qualifikation der Bewerber statuieren, sodass vor dem eigentlichen Wahlakt das obere Bewerberfeld abgeschöpft ist. Zur Wahl stünden dann nur diejenigen Kandidaten, die hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bereits das obere Bewerberfeld abbildeten, was Elemente beider Ämterbegründungsmodi beinhaltet, ohne einen von diesen für das Gesamtverfahren ganz auszuschalten. Ob diese stufenweise Anwendung der verfas-

³⁴ Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises bzw. Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung; zur kommunalrechtlichen Aufgabendogmatik s. *Gern/Brüning*, Kommunalrecht, Rn. 265 ff.

sungsrechtlichen Konzeption gerecht wird, muss anhand der Verortung der konkreten Amtspositionen im gesamtstaatlichen Gefüge beurteilt werden.

3. Richter der obersten Bundesgerichte

Im Unterschied zu den bisher benannten Untersuchungsgruppen ist die Gruppe der Richter an obersten Gerichten des Bundes als Teil der eigenständigen Judikativgewalt hervorzuheben. Sie sind weder unmittelbar staatliche noch eigenständige Verwaltungseinheit infolge eines Selbstverwaltungsrechts. Als Teil der rechtssprechenden Gewalt lassen sich die obersten Bundesrichter somit nicht, auch nicht mittelbar dem Bereich der Staatsleitung zuordnen. Mit den wesentlichen Kontrollfunktionen der unabhängigen Judikativgewalt über die anderen Gewalten lässt sich auch keine vorbehaltlose politische Steuerung durch Köpfe harmonisieren.

a) Rechtsfortbildung

Festzuhalten ist zunächst, dass oberste Bundesrichter im Wesentlichen die gleiche Tätigkeit ausüben wie sonstige Richter. Insbesondere ist in Anlehnung an die Berufsbildlehre der Beruf des obersten Bundesrichters kein eigenständiges Berufsbild in jenem des Richters. Aufgabe des Richters ist primär die spruchrichterliche Tätigkeit, insbesondere in Form der Streit-schlichtung unter Anwendung und Auslegung des geltenden Rechts. Da in den wenigsten Fällen jedoch eine erstinstanzliche Zuständigkeit der obersten Bundesgerichte gegeben ist,³⁵ führen diese Gerichte überwiegend bereits von unteren Instanzen entschiedene Fälle fort. Angesprochen ist damit die (fast) ausschließliche Zuständigkeit der obersten Bundesgerichte in Revisions-sachen, vgl. § 49 Nr. 1 und 2 VwGO; §§ 133, 135 Abs. 1 VVG; § 39 Abs. 1 SGG; § 72 ArbGG; § 36 Nr. 1 FGO. So behandeln diese Gerichte grundsätzlich nur streitige Rechtsfragen, insbesondere soweit diese grundsätzliche Bedeutung aufweisen, vgl. beispielhaft § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO und § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO.

Insofern weist dieser Punkt bereits auf eine besondere Funktion der obersten Bundesgerichte hin, die sie maßgeblich von den unterinstanzlichen Gerichten unterscheidet. Die obersten Bundesrichter entscheiden streitige Rechtsfragen bei der Anwendung und Auslegung des Rechts, die zwar personelle Rechtskraft auch nur *inter partes*, also zwischen den Beteiligten bzw. Parteien des Rechtsstreits entfalten und im Gegensatz zur Praxis des *case law*

³⁵ Vgl. beispielhaft die engen Fälle des § 50 Abs. 1 VwGO.

andere Gerichte bei zukünftigen Entscheidungen nicht unmittelbar binden.³⁶ Dennoch ist nicht zu verkennen, dass andere Spruchkörper die obergerichtliche Rechtsprechung bereits deshalb beachten, um eine Aufhebung oder Abänderung ihrer Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz zu vermeiden.³⁷ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf vereinzelt bestehende Regelungen, die auf die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung abzielen (vgl. z.B. § 1 Abs. 4 VwGO; §§ 1 ff. RsprEinhG). Auch im Verhältnis Staat – Bürger können obergerichtliche Entscheidungen eine Bindungswirkung entfalten, die über das Gebot des Vertrauensschutzes aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet wird.³⁸ Der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichtshöfe kommt in der Folge eine maßstabsbildende Funktion zu, die sich insbesondere in deren Aufgabe manifestiert, auch rechtsgestalterisch tätig zu werden und somit *Rechtsfortbildung* zu betreiben. So beinhalten die Entscheidungen dieser Gerichte zumeist auch ein Moment rechtspolitischer Entscheidung und sozialer Gestaltung.³⁹ Die Gerichte sind Ausdruck einer Rechtskultur, die durch abstrakte Regelungen Rechtssätze schafft und solche nicht erst anhand einer aufwendigen Kasuistik herausbilden muss. Folgerichtig dient die Fortbildung des Rechts durch Gerichte der Rechtssicherheit, da sie Auslegungstreitigkeiten über das Recht vermeidet.

Diese Bedeutung und Funktion der Rechtsfortbildung durch die obersten Bundesgerichte betont auch das BVerfG in ständiger Rechtsprechung. So darf der Richter nicht eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle der Vorstellungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers setzen, der im gewaltenteiligen Rechtsstaat primär berufen ist, diese Gestaltungsfunktion für das Gemeinwesen wahrzunehmen. Jedoch gehört „[a]ngesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen [...] die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der Dritten Gewalt.“⁴⁰ Dass dieser Aufgabe der Rechtsfortbildung systemimmanent ein willenhaftes Element⁴¹ anhaftet, das nicht losgelöst von der Persönlichkeit und der eigenen Einstellung des urteilenden Richters besteht, dürfte trotz aller angenommenen Professionalität unbestreitbar sein. In der Folge nachvollziehbar erscheint daher der Gedanke einer politischen Rückbindung der obersten Bundesrichter bzw.

³⁶ Vgl. im Gegensatz hierzu auch § 31 BVerfGG.

³⁷ Deutlich wird dies insbesondere in der Finanzgerichtsbarkeit bei der Anwendung von amtlich veröffentlichten BFH-Entscheidungen auf gleichgelagerte Fälle durch die Finanzgerichte und auch bereits durch die Finanzämter.

³⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.05.2011 – 2 BvR 1230/10 – I. LS.

³⁹ Vgl. *Wieland*, in: Hermann/Krämer (Hrsg.), FS Kirchberg, S. 219 m. w. N.

⁴⁰ BVerfGE 128, 193 (210) m. w. N.

⁴¹ So *Hirsch*, JZ 2007, 853 (855).

einer politischen Steuerung zumindest in Bezug auf die institutionelle und personelle Organisation der Judikative, insbesondere in Bezug auf die Besetzung der in Rede stehenden Richterposten. Verfassungsrechtlich klar ausgeschlossen bleibt indes eine politische Einflussnahme auf die spruchrichterliche Tätigkeit. Da die richterliche Rechtsgestaltung und Rechtsfortbildung jedoch inhaltlich und sachlich *Rechtspolitik* darstellt, erscheint die Berufung der Richter der obersten Bundesgerichtshöfe der Sache nach ausgestaltet als *Personalpolitik* zumindest im Ansatz schlüssig.⁴²

Auf Grundlage dieses Verständnisses ist das in Art. 95 Abs. 2 GG i. V. m. dem RiWG geregelte Auswahlverfahren für das Amt eines Bundesrichters zu begreifen. Bereits bei den Beratungen des Bundestages zum RiWG wurde betont, dass sich die Auswahl der obersten Bundesrichter von der übrigen Beamtenschaft in einem spezifisch politischen Sinne unterscheiden sollte. Die Berufung dieser Richter sollte durch die Mitwirkung maßgeblicher politischer Faktoren mit den demokratischen Grundbedingungen des Verfassungslebens in Einklang gebracht werden, vor parteipolitischer oder standesmäßiger Einseitigkeit bewahrt und so in ihrer demokratischen Autorität und Legitimation gestärkt werden.⁴³ Art. 95 Abs. 2 erteilt daher einer ausschließlich exekutiven, rein ministeriellen Zuständigkeit bei der Auswahl der Bundesrichter ebenso eine Absage wie einem ausschließlichen Kooptationsmodell, gewissermaßen einer Selbsterneuerung der obersten Bundesgerichte, wie sie zur Zeit der Weimarer Republik weitgehend praktiziert wurde.⁴⁴ Das Verfahren versucht diesen Gedanken folgend eine Ausbalancierung der widerstreitenden Interessen, namentlich der erforderlichen richterlichen Unabhängigkeit insbesondere von politischen Weisungen und Zwängen einerseits, und der Fortführung bzw. Sicherung der politischen Gestaltungsmacht auch in Fällen streitiger, politisch nicht im Detail geklärter Rechtsfragen andererseits.

⁴² Grundlegend hierzu Böckenförde, Richterwahl, S. 100 f.: „Als solche kann sie [die Richterwahl] aus dem Medium der Politik, und das heißt in einer parteienstaatlichen Demokratie immer auch Parteipolitik, nicht herausgelöst werden. Würde man versuchen, sie zu entpolitisieren, einer neutralen, unpolitischen Instanz zu übertragen, etwa der Richterschaft oder einem von ihr gewählten Gremium, so würde dadurch nicht die Richterpersonalpolitik entpolitisiert, sondern nur die damit betraute Instanz zu einer politischen Instanz umgebildet und selbst der Politisierung ausgesetzt.“

⁴³ Vgl. von Merkatz, BT-Plenarprotokoll der 75. und 76. Sitzung vom 14.07.1950, S. 2727 (D) und 2729 (B).

⁴⁴ Wieland, in: Hermann/Krämer (Hrsg.), FS Kirchberg, S. 222 f.; vgl. hierzu auch einfachgesetzlich § 4 Abs. 1 DRiG.

b) Grenzen

Diese beschränkt rechtsgestalterischen Funktionen der obersten Bundesgerichtshöfe bestehen jedoch nur unter der wichtigen Einschränkung der unmittelbaren Bindung an Gesetz und Recht aus Art. 20 Abs. 3 GG, zu der zusätzlich die in ihrer Wirkkraft nicht zu verkennende Gebundenheit an die rechtswissenschaftliche Methodik der Rechtsfindung kommt. Auch die an den obersten Bundesgerichten vorrangig zu behandelnden Revisionsverfahren erfordern grundsätzlich eine reine Rechtsprüfung und -anwendung. Eine eigene *rechtsschöpferische* Gestaltungsmacht ist damit grundsätzlich nicht verbunden. Das Institut der Rechtsfortbildung folgt maßgeblich der juristischen Methodik und Arbeitsweise, sodass auch hiermit abseits von zu fordernder juristischer Professionalität keine weitere zur Gestaltung legitimierende Berechtigung verbunden sein muss. Die hinsichtlich sensibler Entscheidungen erforderlichen moralisch-ethischen Fundierungen zur Ausübung dieser Richterämter sind nicht auf Grundlage politischer Bewertungen zu treffen, sondern Ausprägungen der persönlichen Eignung des jeweiligen Kandidaten für das Bundesrichteramt, die im Beurteilungs-, Prognose- und auch Ermessensspielraum des zur Personalauswahl berufenen Entscheidungsträgers liegen. Gefordert sind die höchsten fachlichen Anforderungen, was noch verstärkt wird durch die Tatsache der letzten Fachinstanz, gegen deren Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr gegeben ist.

Die gleichwohl vom Verfassungsgeber vorgesehene politische Wahl der Bundesrichter kann daher weniger als zusätzliche demokratische Legitimationslinie verstanden werden. Für eine solche echte demokratische Legitimationslinie sind die Regelungen zur Zusammensetzung des Richterwahlausschusses und die daraus abgeleitete „doppelt-mittelbare“ Legitimation ohnehin als unzureichend anzusehen.⁴⁵ Nach der Intention des Gesetzgebers sollte das Wahlverfahren für die Bestellung der Richter zwar eine breitere und fundierte Basis schaffen, diese vor parteipolitischer oder standesmäßiger Einseitigkeit bewahren und so in ihrer demokratischen Autorität und auch Legitimation stärken. Durch eine so erreichte Balance der verschiedenen politischen Kräfte sollte das Verfahren damit insbesondere einer Ämterpatronage entgegenwirken.⁴⁶ Dieser Zweck wird jedoch mit den bestehenden Regelungen des RiWG offensichtlich nicht erreicht, wenn nicht gar verfehlt. Vielmehr führt die in der Praxis konträre Strukturentwicklung wie aufgezeigt zu einem parteipolitisch fehlgeleiteten Auswahlprozess der Bundesrichter.⁴⁷

⁴⁵ Vertiefend etwa *Dietrich*, Richterwahlausschüsse und demokratische Legitimation, Frankfurt a. M. 2007.

⁴⁶ Vgl. BVerfG NJW 2016, 3425 (3427) m. w. N.

⁴⁷ So auch *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 877.

Nachvollziehbar und insofern tragfähig erscheint jedoch der grundsätzliche Gedanke einer stärkeren inhaltlichen Rück- bzw. Anbindung der sonst reinen Technokraten an den Souverän, wenn auch mittelbar, durch einen besonderen demokratischen Input. Insbesondere nach den nationalsozialistischen Erfahrungen, die Berufsrichter, die zugleich, wenn nicht zuvorderst auch Bürger sein sollten, zu moralisch-ethische Erwägungen übergehenden, reinen Rechts-Technokraten machte, sollte eine Demokratisierung und moralische Korrektur dahingehend erfolgen, dass diese obersten Richter von einer breiteren Entscheidung getragen auch auf ihre moralische Eignung hin rückgebunden würden. Der Wahlmodus für die obersten Bundesrichter muss daher maßgeblich als Antwort auf den menschenfeindlichen Rechtspositivismus der nationalsozialistischen Herrschaftszeit und als demokratischer Bypass verstanden werden, der abzielt auf gerechte, auf der Basis von Freiheit und vor allem Gleichheit beruhende Urteile und dies vor allem vor dem Hintergrund der dargestellten Reichweite der bundesgerichtlichen Entscheidungen. Dass diese beabsichtigte Wertfundierung und auch der Gerechtigkeitsaspekt, wenn auch als auslegungsbedürftiger, unbestimmter Rechtsbegriff, von den verfassungsrechtlichen Wertungen getragen werden, scheint unbestritten. Das konkrete Verhältnis dieser Wertung zum Grundsatz der Bestenauslese stellt sich als Frage des Einzelfalls.

III. Verfassungsrechtliche Bewertung im Einzelfall

Auf Grundlage der so gefundenen Ordnungskriterien wird das einzelne Amt auf seine verfassungsrechtlich tragfähige Einbettung im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge geprüft.

1. Politische Beamte

Die für politische Beamte geltende Besonderheit besteht in der Möglichkeit der jederzeitigen Ruhestandsversetzung nach pflichtgemäßem Ermessen. Der jeweilige Amtsträger kann mithin losgelöst von jeglichen Leistungsgesichtspunkten allein aufgrund von Zweifeln in seine politische oder persönliche Loyalität aus dem Amt entfernt werden. Im zwingenden Umkehrschluss wird die Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung zum entscheidenden Einstellungskriterium in das Amt eines politischen Beamten. Dabei können allein die einfachgesetzlichen beamtenrechtlichen Vorschriften eine Beeinträchtigung des Leistungsgrundsatzes bereits aus Gründen der Normenhierarchie nicht rechtfertigen. Vielmehr müssen entsprechend der Dogmatik verfassungsimmanenter Schranken die einfachgesetzlichen Vorschriften selbst durch einen Zweck von Verfas-

sungsrang getragen werden, der wie dargestellt in der Zuordnung des konkreten Amtes zum Bereich der Staatsleitung liegen kann. Die statusrechtlichen Ämter lassen sich zu diesem Zweck in Funktionsgruppen zusammenfassen.

a) Politische Beamte in obersten Bundes- und Landesbehörden

In den obersten Bundes- und Landesbehörden sind als Stellen von politischen Beamten vor allem solche der Staatssekretäre sowie teilweise die der Ministerialdirektoren ausgestaltet. Auf Bundesebene kommen hierzu zusätzlich die Beamten des höheren Dienstes im auswärtigen Dienst von der Besoldungsgruppe B 3 aufwärts sowie Botschafterinnen und Botschafter in der Besoldungsgruppe A 16.

(1) Staatssekretäre in Bund und Ländern

Die Staatssekretäre bilden grundsätzlich das Spitzenamt der Laufbahn des höheren Dienstes. Sie finden sich vor allem in der Leitungsebene der Ministerien in Bundes- und Landesverwaltung (in Bremen und Hamburg: Staatsräte) und werden in Verantwortung des jeweiligen Regierungsmitglieds ernannt. Daneben sind auch im Bundespräsidialamt, im Bundeskanzleramt und in den Staatskanzleien (bzw. Senatskanzleien) der Länder Staatssekretäre tätig. Dabei werden häufig mehrere Stellen von Staatssekretären in den einzelnen Behörden geschaffen.⁴⁸ Zudem sind auf Bundesebene die Amtsposten des Chefs des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, der zugleich Sprecher der Bundesregierung ist, des Direktors des Bundestages und des Direktors des Bundestages solche eines Staatssekretärs.⁴⁹ Auf Landesebene sind neben den teilweise bestimmten Regierungssprechern⁵⁰ vereinzelt auch andere Ämter als solche des Staatssekretärs ausgezeichnet, wie

⁴⁸ So gibt es laut Haushaltsplan 2019 auf Bundesebene etwa im BMWi 3, im BMF 4, und im BMI sogar 5 ausgewiesene B 11-Stellen für beamtete Staatssekretäre, vgl. das Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2019 (Haushaltsgesetz 2019), Übersichten Teil V, S. 67f. Insgesamt bestehen 37 entsprechende Planstellen in der Besoldungsgruppe B 11, hiervon ist eine bzgl. des Amtes des Präsidenten des Bundesrechnungshofes abzuziehen, sodass auf Bundesebene 36 statusrechtliche Staatssekretäre in 18 Behörden tätig sind. Auffällig ist auch, dass von den seit 1949 insgesamt 692 beamteten Staatssekretären nur 3% Frauen waren (Stand Oktober 2018), vgl. *Biermann/Geisler/Polke-Majewski/Venohr*, Die Hans-Bremse, auf zeit.de vom 08.10.2018 (abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-09/gleichberechtigung-frauen-diskriminierung-fuehrungspositionen-ministerien/komplettansicht>, Aufruf am 03.03.2020).

⁴⁹ Vgl. auch BR-Drs. 158/16, S. 30.

⁵⁰ So z. B. in Berlin, Nordrhein-Westfalen und Mecklenburg-Vorpommern. Andernfalls ist der Posten als eigenes Amt ausgezeichnet (z. B. in Bremen „Sprecher des

z.B. in Rheinland-Pfalz der ständige Vertreter des Bevollmächtigten des Landes beim Bund und für Europa. In diesem Abschnitt sollen jedoch nur die Staatssekretäre in den Ministerien auf Bundes- und Landesebene, im Bundespräsidial- und -kanzleramt sowie in den Staatskanzleien thematisiert werden. Staatssekretäre in anderen Funktionen werden im Rahmen der jeweiligen Funktionsgruppe behandelt.

Von diesen beamteten Staatssekretären zu unterscheiden sind die parlamentarischen Staatssekretäre vor allem auf Bundesebene. Sie müssen grundsätzlich Mitglieder des Bundestages sein und unterstützen die Mitglieder der Bundesregierung, denen sie beigegeben sind, bei der Erfüllung ihrer Regierungsaufgaben. Anders als Beamte stehen sie in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis; ihnen kann für die Dauer des Amtsverhältnisses oder für die Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe das Recht verliehen werden, die Bezeichnung „Staatsminister“ zu führen, vgl. §§ 1 und 8 ParlStG. Dabei nehmen die parlamentarischen Staatssekretäre sowohl eine politische Vertretung des Ministers im jeweilig zugeordneten Ressort wahr, zudem sind sie oft als Beauftragte der Bundesregierung für bestimmte politische Bereiche und Aufgaben bestellt. Die parlamentarischen Staatssekretäre sind keine Beamten und werden daher in vorliegender Betrachtung ausgeklammert.

Teilweise besteht ein solches oder ähnliches Institut auch auf Landesebene. In Baden-Württemberg zählen die Staatssekretäre zwar grundsätzlich zu den politischen Beamten, es bestehen jedoch zwei Ausnahmen. Zum einen können gem. Art. 45 Abs. 2 S. 2 ff. der Landesverfassung Staatssekretäre (und ehrenamtliche Staatsräte) zu Mitgliedern der Regierung ernannt werden, durch Landtagsbeschluss sogar mit Stimmrecht. Diese stehen zum Land dann in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis wie andere Regierungsmitglieder, vgl. § 1 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Regierung (Ministergesetz). Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dem Ministerpräsidenten und den Ministern zur Unterstützung einen Staatssekretär beizugeben, der nicht Mitglied der Landesregierung ist (politischer Staatssekretär, vgl. § 1 Gesetz über die Rechtsverhältnisse der politischen Staatssekretäre (Staatssekretärengesetz)). Auch diese stehen zum Land in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis, wobei eine jederzeitige Entlassung durch den Ministerpräsidenten möglich ist (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 und § 6 Abs. 2 S. 2 Staatssekretärengesetz). Soweit ersichtlich gibt es in Baden-Württemberg nur zwei beamtete, aber dafür acht politische Staatssekretäre, die alle mit Kabinettsrang ausgestattet sind, wobei dies nicht zwingend mit einem Stimmrecht verknüpft sein muss. Eine Möglichkeit der Unterstützung des Ministerpräsidenten und einzelner Mitglieder der Regierung durch die

Senats“) oder es ist eine Besetzung durch Ministerialdirektoren vorgesehen ist (z.B. in Hamburg „Senatsdirektor“).

Berufung von Landtagsabgeordneten als parlamentarische Staatssekretäre und deren Betrauung mit Sonderaufgaben besteht zudem in Mecklenburg-Vorpommern und in Nordrhein-Westfalen.⁵¹

Die beamteten Staatssekretäre arbeiten in ihrer (bundesministeriellen) Leitungstätigkeit insbesondere dem zuständigen Minister zu und vertreten diesen in der administrativen Leitung des Ministeriums gegenüber der Öffentlichkeit und auch der Bundesregierung, § 6 Abs. 1 S. 2 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GOBMin) und § 14 Abs. 3 Geschäftsordnung der Bundesregierung (GOBReg). Dies gilt jedoch nicht für eine „politische“ Vertretung innerhalb der Regierung und auch nicht bei Vertretung vor anderen politischen Gremien, wie insbesondere dem Bundestag und Bundesrat, vgl. § 14 Abs. 1 und 2 GOBReg, was u.a. auf deren mangelnde politische Legitimation zurückzuführen ist.⁵² Die Staatssekretäre leiten die Verwaltung und sind für die zielorientierte Wahrnehmung der Aufgaben des Bundesministeriums verantwortlich. Sie entscheiden in Verwaltungsangelegenheiten in der Regel abschließend, vgl. § 6 Abs. 2 GOBMin. Sie sind als ranghöchste Beamte die Amtschefs der Ministerien und besitzen schon daher eine Schlüsselfunktion für den jeweiligen Minister beim Zugang zum Ministerialapparat. In ihrer Mittlerrolle nehmen die Staatssekretäre wesentliche Steuerungskraft in Bezug auf die anderen Beamten wahr; insbesondere besitzen sie einen hohen Einfluss auf die effektive und inhaltsgleiche administrative Transformation vorgegebener politischer Maßnahmen und Ziele.

Neben und im Zusammenhang mit den repräsentativen Aufgaben in administrativen Angelegenheiten ist die Tätigkeit von Staatssekretären in Ministerien maßgeblich bestimmt durch den Meinungsaustausch mit dem Ressortminister und anderen politischen Gremien, in denen insbesondere auch politische Fragestellungen thematisiert werden. Den Staatssekretären kommt auch bei der Erstellung von Gesetzesvorlagen eine wesentliche gestalterische Aufgabe zu, die diese mehr in den Bereich der Staatsleitung rücken lassen. Sie sind wesentlich daran beteiligt, politische Zielvorstellungen zu interpretieren und verantworten in ihrem Amt die Entwicklung und Durchführung von politischen Handlungskonzepten. Hierzu bedürfen sie der engen und unmittelbaren Abstimmung mit den (repräsentativ-)demokratisch legitimierten Amtsträgern. Gerade für das Amt des Staatssekretärs trifft die für den politischen Beamten bezeichnende Transformations- und Steuerungsfunktion

⁵¹ Vgl. § 1 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse Parlamentarischer Staatssekretäre Mecklenburg-Vorpommerns bzw. des Gesetzes über das Amt eines Parlamentarischen Staatssekretärs für besondere Regierungsaufgaben im Lande Nordrhein-Westfalen.

⁵² Vertiefend und m.w.N.: *Detterbeck*, in: Isensee/Kirchhof, HdBSTr III, § 66 Rn. 28.

daher in klassischer Weise und besonderem Maße. Der Minister kann sich durch politische Auswahl seines assistierenden Staatssekretärs dessen wesentlichen Einfluss auf den Beamtenapparat im Sinne einer erhöhten Steuerungsfähigkeit nutzbar machen.

Dabei ist zu bedenken, dass eine besondere Nähe des Staatssekretärs zur Politik gleichzeitig zu einer weiteren Entfernung vom Beamtenapparat führt, womit die Einflussmöglichkeiten und somit die Steuerungskraft des Staatssekretärs sinken. Zudem ist wie aufgeworfen auch im politisch (aus-)gestalterischen, administrativen Bereich keinesfalls eine unterwürfig fügende und unkritische Haltung im Sinne einer übereinstimmenden persönlichen und politischen Meinung erforderlich. An der Spitze des Verwaltungsapparates kommt den Staatssekretären in besonderem Maße die Aufgabe zu, politische Vorgaben in gesetzeskonformes und praktisch durchführbares Verwaltungshandeln umzusetzen.

Insbesondere aufgrund der engen Verzahnung zur Arbeit der politischen Hausspitze müssen Staatssekretäre in den Ministerien jedoch als engster Kreis unmittelbarer Berater des jeweiligen Ministers gesehen werden, bei denen die fortdauernde politische Übereinstimmung mit Auffassung und Zielsetzung weisungsberechtigter, demokratisch gewählter und verantwortlicher Organe des Staates ein konstituierendes und unerlässliches Element bildet. Aufgrund dieser engsten und unmittelbaren Beraterfunktion des Staatssekretärs für den Minister wird auch dessen dienstlich geschuldete Loyalität zum politischen Prinzipal im Vergleich zu den herkömmlichen Laufbahnbeamten statusbezogen modifiziert. Die Berücksichtigung einer politischen Übereinstimmung zwischen Minister und Staatssekretär wird damit zur Sachgesetzlichkeit des Amtes und rechtfertigt eine Benachteiligung bzw. Bevorzugung aufgrund politischer Anschauungen bei der Amtsbesetzung. Zugleich wird damit zwingend das Lebenszeitprinzip gebrochen, damit einer Abweichung in dieser Übereinstimmung begegnet werden kann.

Die Berücksichtigung politischer Anschauungen und die Ausnahme vom Lebenszeitprinzip bzgl. dieser Ämter erscheinen auch trotz der damit verbundenen Nachteile zugunsten einer zumindest erhöhten Funktionsfähigkeit der Regierung gerechtfertigt, die diesbezüglich auch gerade gesteigerte Leistungsaspekte über die vom politischen Beamten ausgehenden Leistungsbeeinträchtigungen setzt. Dies wird untermauert durch eine steigende Komplexität der Aufgaben, die mit einer stärkeren Verflechtung und auch Verrechtlichung der Politik einhergeht. Die Informationsasymmetrie zugunsten des hochspezialisierten Verwaltungsapparates, den der politische Prinzipal als Agenten einsetzt, soll durch den zusätzlichen Steuerungsmechanismus abgeschwächt bzw. ausgeglichen werden. Die politischen Beamten im unmittelbar ausführenden Verwaltungsbereich sind daher auch als Kompromiss zwischen den

politischen Strukturprinzipien der parlamentarischen Demokratie und dem Wesen des Berufsbeamtentums⁵³ bzw. als Ausdruck für die im parlamentarischen Gewaltensystem typische Gewaltenverschränkung anzusehen.⁵⁴

Daraus ergibt sich zugleich eine weitere Begründungslinie in der Figur des politischen Beamten in der Ministerialverwaltung. So kann dieser auch als Ausdruck und Erfordernis der Ministerverantwortlichkeit gegenüber dem Parlament gesehen werden. Denn die Ressortverantwortlichkeit des Ministers gegenüber dem parlamentarischen Vertretungsorgan kann nur bestehen, soweit die Umsetzung von politischen Entscheidungen und der Übergang der politischen Leitung in die Verwaltungshierarchie gesichert ist.⁵⁵ Insofern bedingt die parlamentarische Verantwortlichkeit des Ministers dessen Einwirkungsmöglichkeiten auf den ihm unterstellten Verwaltungsapparat.

Die vorgestellten Erwägungen erlangen grundsätzlich entsprechende Geltung im Falle von Staatssekretären im Bundespräsidial- und im Bundeskanzleramt sowie in den Ministerien und Staats- bzw. Senatskanzleien der Länder. In Bezug auf Staatssekretäre im Bundespräsidialamt ist jedoch die besondere (parteipolitische) Neutralität des Bundespräsidenten zu berücksichtigen, die der Figur des abhängigen politischen Beamten zumindest auf den ersten Blick zu widersprechen scheint.⁵⁶ Dem Amt des Bundespräsidenten obliegt die gesamtstaatliche Vertretung (Art. 59 Abs. 1 GG). Er darf weder der Regierung noch einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes angehören; er darf kein anderes besoldetes Amt, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben und weder der Leitung noch dem Aufsichtsrat eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens angehören (Art. 55 GG). Das höchste Amt des Staates ist geprägt von überparteilicher Neutralität und Unabhängigkeit, sodass der Bundespräsident bei Konflikten zwischen den Parteien oft auch eine vermittelnde Rolle einnimmt, die trotz seiner zumeist voramtlichen parteipolitischen Prägung in den meisten Fällen von allen Beteiligten wohlwollend angenommen wird. Infolge dieser Neutralität bedürfen die engsten Berater des Bundespräsidenten einer hohen Kenntnis der politischen Vorgänge und ein hohes politisches Einfühlungsvermögen.⁵⁷ Die Sachgesetzlichkeit des Amtes und der wahrgenommenen Aufgaben, die insbesondere eine ungefärbte und objektive politische Analyse umfasst, ist in diesem Fall in einem Übereinstimmungserfordernis hinsichtlich parteipolitischer Neutralität und Unabhängigkeit zu sehen. Die Berücksichtigung des besonderen politischen und

⁵³ *Schunke*, Politische Beamte, S. 131 f.

⁵⁴ So insbesondere *Steinbach*, *VerwArch* 2018, 2 (12 ff., 25).

⁵⁵ Erneut *Steinbach*, *VerwArch* 2018, 2 (13).

⁵⁶ Kritisch daher *Jasper*, *Öffentliche Ämter*, S. 445 f.

⁵⁷ *Kugele*, Die politischen Beamten in der Bundesrepublik Deutschland, *ZBR* 2007, 109 (112).

persönlichen Vertrauens bei Staatssekretären im Bundespräsidialamt bemisst sich somit nicht wie üblich überwiegend aus deren parteipolitischer Prägung, sondern zielt auf möglichst politisch-neutrale Anschauungen und diplomatisches Verständnis. Insofern ist unter Anwendung der erweiterten Leistungskriterien auch der fachlich geeignetste Bewerber nicht auszuwählen, soweit dieser eindeutige parteipolitische Ansichten vertritt, die Zweifel an einer amtsangemessenen Pflichterfüllung begründen können. Die besonderen Erfordernisse des Amtes rechtfertigen auch hier ein von den strengen Leistungskriterien abweichendes Personalwahlrecht des Bundespräsidenten.

Die von Franz gerügte Einstellungspraxis von Staatssekretären unter weitgehender Nichtbeachtung der grundlegenden Leistungsanforderungen⁵⁸ macht jedoch deutlich, dass die Erweiterung des Leistungsgrundsatzes zu nicht gerechtfertigten Ergebnissen führt und somit in der Praxis ein Nebeneinander der Kriterien nicht (zumindest nicht immer) zu gelingen scheint. Zwar kann unter dem ausgeführten Postulat der Staatsleitung keine Forderung bestehen, die eine engste Zusammenarbeit des politischen Führungsorgans mit einem Staatssekretär verlangt, der nicht zugleich dessen uneingeschränktes persönliches und politisches Vertrauen besitzt. Zugleich kann ein solcher Bruch der verfassungsrechtlichen Anforderungen aus dem Leistungsgrundsatz nicht einfach hingenommen werden. Grundsätzlich zu fordern ist die Einhaltung der wesentlichen Mindeststandards, die sich in Bezug auf die Statusämter der Staatssekretäre auf das Erfordernis der Befähigung für die Laufbahnen des höheren Dienstes beziehen. Bundesrechtlich bedeutet dies konkret, dass ein Vorbereitungsdienst für den höheren Dienst von mindestens 18 Monaten, in der Regel jedoch zwei Jahren geleistet wurde, der die für die Laufbahn erforderlichen berufspraktischen Fähigkeiten und Kenntnisse vermittelt (§ 7 Nr. 1 i. V.m. § 14 BLV). Alternativ kann eine Anerkennung der Befähigung für eine Laufbahn des höheren Dienstes erfolgen, soweit eine inhaltlich den Anforderungen eines fachspezifischen Vorbereitungsdienstes entsprechende Ausbildung abgeleistet wurde oder ein an einer Hochschule erworbener Master oder ein gleichwertiger Abschluss vorliegt, der zusammen mit einer hauptberuflichen Tätigkeit von mindestens zwei Jahren und sechs Monaten geeignet ist, die Befähigung für die entsprechende Laufbahn zu vermitteln (§ 7 Nr. 2 i. V.m. § 21 Abs. 1 BLV). Die Laufbahnbefähigung für den höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst hat auch, wer die Befähigung zum Richteramt hat (§ 21 Abs. 2 BLV). Es ist praktisch schwer vorstellbar, dass unter den politisch-Vertrauten des jeweiligen politischen Leitungsorgans niemand vorhanden ist, der diese Anforderungen erfüllt und zugleich die Professionalität besitzt, die Funktionen des Staatssekretärs in

⁵⁸ Franz, ZBR 2008, 236 ff. und dazu oben C. III. 1. a) (3).

fachlicher Hinsicht sowie auch in Bezug auf politische und persönliche Loyalität auszufüllen.

Vorgegeben wird damit keine strenge Bestenauslese, die unter Hinzuziehung von Hilfskriterien ein weitestgehend starres Ergebnis vorgibt; vielmehr entsteht unter Wahrung des Beurteilungsspielraums ein schonender Ausgleich zwischen den rechtlichen Anforderungen und den politischen Erforderlichkeiten der Amtsbesetzung.

(2) Ministerialdirektoren in Bund und Ländern

Die Ministerialdirektoren bilden zumeist die Abteilungsleiter in Ministerien auf Bundes- und Landesebene, womit sie hierarchisch direkt unter dem Amt des Staatssekretärs angesiedelt sind, jedoch mit noch stärkerer Anbindung an die Beamtenschaft. Ministerialdirektoren finden sich auch in den anderen mit Staatssekretären versehenen obersten Behörden. Vereinzelt sind besondere Positionen als solche bestimmt, wie z.B. auf Bundesebene das Amt des Stellvertretenden Chefs des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, der zugleich Stellvertretender Sprecher der Bundesregierung ist, oder auf Landesebene der Senatssprecher Hamburgs sowie in Berlin das Amt des Generalsekretärs der Ständigen Konferenz der Kultusminister. Auf Landesebene sind Ministerialdirektoren nicht durchgängig den politischen Beamten zugeordnet, teilweise werden auch nur die Leiter besonders großer oder bedeutender Abteilungen als politische Beamte bestimmt, soweit das Amt nicht als solches eines Ministerialdirigenten ausgestaltet ist.

Die Ministerialdirektoren erfüllen in der Regel beschränkt auf ihr jeweils zugeordnetes Fachgebiet sowohl strikt gesetzessvollziehende als auch planerisch-gestaltende Aufgaben. Als Abteilungsleiter nehmen sie für ihre Mitarbeiter in besonderer Weise eine Vorbildfunktion ein und müssen daher auch Sachlichkeit und Neutralität in besonderer Weise wahren. In Bezug auf ihren Bereich besitzen sie damit zugleich gehobene Transformations- und Steuerungsfunktionen. Daher wird wohl überwiegend unter Betonung eines der Regierung zustehenden Gestaltungsspielraumes bzgl. der Förderung und Steigerung ihrer Funktionsfähigkeit die Zuordnung der Ministerialdirektoren in den Kreis der politischen Beamten auch in Abwägung mit den verbundenen Beeinträchtigungen als zulässig erachtet.⁵⁹

Die grundsätzlich stärkere Anbindung der Ministerialdirektoren an den Verwaltungsapparat und damit zugleich weitere Entfernung vom Bereich der Staatsleitung führt jedoch dazu, dass insbesondere Kontinuitäts- und Stabilitätsaspekte stärker in den Vordergrund treten. Entsprechend wies auch der

⁵⁹ Kritisch dazu *Lindner*, ZBR 2011, 150 (160).

Beamtenrechtsausschuss des Deutschen Bundestages bei den Beratungen zum Ämterumfang politischer Beamter darauf hin, dass Ministerialdirektoren die Sachkenntnis und Erfahrung der unterwiesenen Abteilungen in besonderer Weise zusammenfassen und fortentwickeln. Die Möglichkeit der jederzeitigen Ruhestandsversetzung stelle daher eine „Gefährdung der Arbeit der Bundesministerien“ dar, die nach den weitgehenden organisatorischen und persönlichen Veränderungen seit 1933 Sachkunde, Erfahrung und die Heranbildung von Ministerialbeamten dringend benötigten.⁶⁰ Es ist zudem zu bedenken, dass der politische Hausdialog primär zwischen Minister und Staatssekretär und erst sekundär zwischen Staatssekretär und Abteilungsleiter erfolgt. Es erscheint mithin zweifelhaft, ob die Ministerialdirektoren ausschließlich zum verfassungsrechtlich geforderten unmittelbaren und engsten Kreis von Beratern des Ministers zählen und das konstituierende Element in dieser Beziehung gerade in einem besonderen Vertrauensverhältnis besteht, das eine Berücksichtigung der politischen Anschauungen zwingend erforderlich macht.⁶¹ Insbesondere sind auch die Leistungsaspekte hierbei abgeschwächt, besteht doch eine weitere Entfernung zur Regierung als bei den Staatssekretären und dafür eine größere Nähe zur Beamtenschaft, die negative Auswirkungen auf deren Leistungsfähigkeit im Falle einer politischen Besetzung der Abteilungsleitung befürchten lässt. Zumindest für Abteilungsleiter politisch besonders sensibler Bereiche, wie die Abteilung für Verfassungsschutz im jeweils zuständigen Ministerium, erscheint eine Einordnung als politischer Beamter gerechtfertigt.⁶²

Dass Beeinträchtigungen infolge des in Berlin von einem Ministerialdirektor besetzten Amtes des Generalsekretärs der Ständigen Konferenz der Kultusminister, der zugleich politischer Beamter ist, gerechtfertigt werden können, erscheint bereits aufgrund der gleichwertigen Funktionswahrnehmung trotz unpolitischer Ausgestaltung in den anderen Ländern fraglich.

Aber auch hinsichtlich der sonstigen Ministerialdirektoren ist ausgehend von deren stärkerer Anbindung an den Verwaltungsapparat und damit zugleich weiterer Entfernung vom Bereich der Staatsleitung entsprechend den Ausführungen zu den Staatssekretären zu fordern, dass grundlegende Leistungsanforderungen beim Amtszugang beachtet werden. Dies bedeutet konkret, dass auch die Kandidaten für das Amt eines Ministerialdirektors bei einer obersten Bundesbehörde als Leiter einer Abteilung zumindest die Eingangsvoraussetzungen für die Laufbahn des höheren Dienstes erfüllen müssen.

⁶⁰ S. StenBer. 1 Wahlperiode, S. 13059 B-D; zitiert in *Anders*, DÖV 1964, 109 (111). *Steinbach*, VerwArch 2018, 2 (27f.) weist darauf hin, dass diese Erwägungen auch heute noch ins Gewicht fallen.

⁶¹ So auch *Lindner*, DÖV 2018, 983 (986).

⁶² Dazu auch unter D. III. 1. e).

(3) Beamte im auswärtigen Dienst

Im auswärtigen Bundesdienst werden grundsätzlich alle Botschafter, Generalkonsuln, Gesandte, Ministerialdirektoren und Abteilungsleiter erfasst. Dabei erfolgt insbesondere eine konsularische (durch Konsuln) sowie eine diplomatische (durch Gesandte) Vertretung und Repräsentation des Staates. Aufgrund der starken Repräsentationsfunktion dieser Ämter wird teilweise die Einordnung dieser Beamten des höheren Dienstes und der Botschafter in den Kreis der politischen Beamten als zulässig erachtet.⁶³ Dies kann auch für den Leiter der Protokoll- und Auslandsabteilung der Senatskanzlei in Berlin erwogen werden, der gesetzlich ausdrücklich als politischer Beamter gilt. Dieser führt insbesondere die (vorbereitende) Auslandskorrespondenz des Senats.

Im Gegensatz zu diesem nimmt der Auswärtige Dienst jedoch grundsätzlich die auswärtigen Angelegenheiten des (gesamten) Bundes und nicht nur der Regierung wahr. Es sollen die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu auswärtigen Staaten sowie zwischenstaatlichen und überstaatlichen Einrichtungen gepflegt werden und dabei auch gerade alle Verfassungsorgane des Bundes bei der Wahrnehmung ihrer internationalen Kontakte unterstützt werden, vgl. § 1 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über den Auswärtigen Dienst (GAD). Insofern bestimmt auch § 3 Abs. 3 S. 2 GAD, dass der Botschafter der persönliche Vertreter des Bundespräsidenten bei dem Staatsoberhaupt des Empfangsstaats ist. Dennoch bleibt maßgeblich, dass die Bestimmung der außenpolitischen Handlungslinie grundlegende Regierungskompetenz ist, sodass dieser die Steuerungsmöglichkeit eröffnet werden muss.

In Bezug auf die Eingrenzung des Bereichs politischer Beamter auf die engsten politischen Berater und mit Blick auf die Diskriminierung nach politischen Anschauungen, die auch nicht durch offensichtlich funktionssteigernde Effekte der Regierungstätigkeit gerechtfertigt wird, erscheint in Hinblick auf die Beamten des auswärtigen Dienstes nach Abwägung der widerstreitenden Interessen zumindest eine weitergehende Differenzierung erforderlich, sodass nur noch besonders repräsentative und auf auswärtige Beziehungen Einfluss nehmende Ämter erfasst werden sollten. So könnten herausgehobene Positionen entsprechend der hierarchischen Leistungsstruktur anhand der Besoldungsgruppe bestimmt werden, sodass in der Folge nicht jeder statusrechtliche Botschafter zu den politischen Beamten zählte.⁶⁴ Ange-

⁶³ Der Ämterkreis wurde insofern schon verengt; nach ehemals § 44 Abs. 1 Nr. 4 DBG konnten noch alle Beamte des höheren Dienstes bei den konsularischen und diplomatischen Vertretungen vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden.

⁶⁴ Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund haushälterischer Erwägungen. So weist der Bundeshaushalt 2020 für den Geschäftsbereich des Auswärtigen Amtes al-

sprochen sind damit v.a. herausgehobene Beamte des höheren Dienstes im auswärtigen Dienst. Daneben wird die allgemein geltende, politische Loyalitätspflicht für Beamte von dieser Seite als ausreichend erachtet, auf niedrigerer statusrechtlicher Ebene eine steuerungsfähige Repräsentation zu gewährleisten. Soweit im Einzelfall tatsächlich eine stärkere Repräsentation durch niedrigere Statusämter erfolgt, kann ein anderes Ergebnis gerechtfertigt sein.

b) Regierungssprecher und Regierungspräsidenten

Die Amtsposten von Regierungssprechern (Chef des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung) sind zumeist als solche von Staatssekretären (Bund, Nordrhein-Westfalen) oder Ministerialdirektoren (z.B. Hamburg „Senatsdirektor“) ausgestaltet. Teilweise bleibt jedoch sowohl auf Grundlage der Landesbesoldungsordnungen als auch der jeweiligen Internetauftritte unklar, welche Amtsbezeichnung die Amtsträger tragen.⁶⁵ Teilweise sind auch weitere Beamte in der Pressearbeit der Regierung erfasst.⁶⁶

Aufgabe der Regierungssprecher ist es, nach außen über die jeweilige Regierungspolitik zu informieren und somit dem Grundsatz der Verantwortung der Politik gegenüber dem Volk nachzukommen. Zudem erfolgt nach innen eine Auswertung der Nachrichtenlage und sonstiger Informationen für die Regierung. Die besondere Repräsentationsfunktion erfordert dabei höchste Glaubwürdigkeit der Amtsträger, die jedenfalls faktisch nicht nur objektiv informieren, sondern vielmehr unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften für Verständnis und Akzeptanz der Regierungspolitik sowie auch für Sympathie der Regierung werben. Sie treten als „persönliche“ Vertreter der politischen Funktionsträger auf, sodass Aussagen und Handlungen durch die Regierungssprecher in der Öffentlichkeit ohne weitere Zweifel dem politisch Vertretenen direkt zugerechnet werden. Dabei hat die durch gute Öffentlichkeitsarbeit geförderte Akzeptanz von Regierungsmaßnahmen auf die Funktions- und Durchsetzungsfähigkeit derselben eine besonders begünstigende Wirkung. Andererseits ist auch für den Informationsfluss hin

lein in den Besoldungsgruppen B 3 und B 6 insgesamt 282 Planstellen für politische Beamte aus. Hinzu kommen 33 B 9 und zwei B 11 Stellen, die auch für politische Beamte ausgewiesen sind, sowie die zahlreichen Botschafter in der Besoldungsgruppe A 16; vgl. das Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2020 (Haushaltsgesetz 2020) v. 21.12.2019, BGBl. I S. 2890 und die Übersichten zum Bundeshaushaltsplan 2020, Teil V Personalübersicht, S. 69 ff.

⁶⁵ So z.B. in Sachsen-Anhalt, aufgrund der Stellung als Leiter einer Abteilung in der Staatskanzlei ist der Rang eines Ministerialdirigenten zu vermuten.

⁶⁶ Vgl. Rheinland-Pfalz: Beamte, die mit ihrer Zustimmung schriftlich zu Referenten für Presse- oder Öffentlichkeitsarbeit bei einer obersten Landesbehörde bestellt worden sind.

zum politischen Prinzipal eine Überstimmung in politischen Ansichten im Hinblick auf die Wahrnehmung politisch sensibler Fragen und Probleme förderlich, wenn nicht gar erforderlich. Ein besonderes Übereinstimmungs- und Vertrauenserfordernis des Amtsträgers zur Regierung ist der Sachgesetzlichkeit dieser Ämter und der Aufgabenwahrnehmung daher immanent. In den Amtspositionen der Regierungssprecher verwirklicht sich die, das besondere Vertrauensverhältnis begründende Funktion der Repräsentation in besonderem Maße.

Regierungspräsidenten sind Leiter der Landesbehörde, deren örtlicher Zuständigkeitsbereich einen Regierungsbezirk definiert. Ein solcher stellt den Bezirk einer allgemeinen Landesmittelbehörde in den Ländern mit drei-stufigem verwaltungsorganisatorischen Aufbau dar, in der ressortverschiedene Aufgaben gebündelt werden.⁶⁷ Die Bezeichnung der Behörde erfolgt historisch als Regierungspräsident, Regierungspräsidium (in Baden-Württemberg und Hessen) oder Bezirksregierung (in Nordrhein-Westfalen und Bayern, teilweise auch nur Regierung im Gegensatz zur Staatsregierung).

Die Aufgaben bestimmen sich systematisch meist nach einer Negativabgrenzung gegenüber den Aufgaben anderer Behörden und dienen zumeist einer Entlastung der Ministerien, zumindest im Bereich des Gesetzesvollzuges. Neben diesen klassischen Verwaltungsaufgaben trifft die Regierungspräsidenten, wie der Name bereits vermuten lässt, jedoch auch eine besondere Repräsentationsfunktion.⁶⁸ Als Mittler zwischen Ministerialebene und unterer Verwaltungsstufe repräsentieren sie die Regierung auf regionaler Ebene, was in Bezug auf deren Glaubwürdigkeit eine fortdauernde Übereinstimmung mit deren politischen Ansichten und Zielen erforderlich macht. Infolge glaubhafter Repräsentation wird die Funktionsfähigkeit der Regierung auf regionaler Ebene und somit insgesamt gesteigert. Die Regierungspräsidenten lassen sich damit dem Bereich der Staatsleitung des jeweiligen Landes zuordnen. Das Vertrauenserfordernis kann daher auch hier als besondere Sachgesetzlichkeit der Ämter gesehen werden.

c) Generalbundesanwalt

Ein auch in der Öffentlichkeit stark wahrzunehmender Konflikt liegt in der Zuordnung des Generalbundesanwaltes zur Gruppe der politischen Beam-

⁶⁷ Beispielhaft §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 2 und 3 LOG NRW.

⁶⁸ Vgl. § 8 Abs. 1 LOG NRW: „Die Bezirksregierung ist die allgemeine Vertretung der Landesregierung im Bezirk. Sie hat die Entwicklung auf allen Lebensbereichen im Bezirk zu beobachten und den zuständigen obersten Landesbehörden darüber zu berichten.“

ten.⁶⁹ Dabei stellen die Staatsanwaltschaften im staatspolitischen und -rechtlichen Aufbau ein weisungsgebundenes Organ der Exekutive dar. Insofern untersteht der Generalbundesanwalt der Aufsicht und Leitung durch den Bundesminister der Justiz und ist zur Befolgung von dienstlichen Weisungen verpflichtet, vgl. §§ 146, 147 Nr. 1 GVG. Jedoch ist insbesondere von den staatlichen Strafverfolgungsorganen, die das staatliche Gewaltmonopol in besonderer Weise besetzen und ausfüllen, eine ausschließliche Orientierung am Legalitätsprinzip und demnach ausschließlich an Gesetz und Recht gefordert (vgl. auch § 152 Abs. 2 StPO). Die Strafverfolgungsorgane sollen das Recht insbesondere diskriminierungsfrei und gleichmäßig, frei von politischen Erwägungen anwenden. Die ersten Beamten der Staatsanwaltschaft sollen nicht Vollstrecker des politischen Machtwillens sein,⁷⁰ von ihnen wird bereits aus rechtsstaatlicher Sicht eine besondere Objektivität gefordert.⁷¹ Dies gilt umso mehr, da sich die Haupttätigkeit der höchsten staatlichen Strafverfolgungsorgane auf Grundlage der StPO mit den darin vorgesehenen Grundsätzen bestimmt und auch nicht nur die Verfolgung staatspolitischer Straftaten umfasst (vgl. § 142a Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 120 Abs. 1 und 2 GVG). Insofern kann der Generalstaatsanwalt insbesondere in Sachen minderer Bedeutung diese an die Landesstaatsanwaltschaft abgeben, was regelmäßig unterbleibt, wenn die Tat die Interessen des Bundes in besonderem Maße berührt oder wenn es im Interesse der Rechtseinheit geboten ist, dass der Generalbundesanwalt die Tat verfolgt (vgl. § 142a Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 GVG). Unabhängig von der Art der verfolgten Straftat stellt ein von der Regierung unabhängiger Strafverfolgungsapparat eine der wichtigsten Grundlagen des modernen Rechtsstaates dar. Deutlich wird dies auch an der massiven internationalen Kritik an der polnischen Personalunion von Justizminister und Generalstaatsanwalt.⁷²

⁶⁹ Vgl. z.B. die Geschehnisse um den Fall „Netzpolitik.org“, die eine Ruhestandsversetzung von Generalbundesanwalt Range zur Folge hatte sowie die Erneuerung der Forderung nach politischer Unabhängigkeit von Staatsanwälten z.B. des Deutschen Richterbundes, exemplarisch FAZ.net „Richter fordern Abschaffung des Weisungsrechts“ vom 05.08.2015 (abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/staatsanwaltschaft-richter-fordern-abschaffung-des-weisungsrechts-13735928.html>, Aufruf am 20.09.2019); hierzu auch *Trentmann*, ZIS 2016, 130.

⁷⁰ So bereits *Thiele*, DÖD 1986, 257 (264 f.). Plakativ auch *Pförtner*, Die deutsche Staatsanwaltschaft: Marionette der Politik? Unabhängigkeit muss sein! KritV 2008, 455 (459).

⁷¹ Siehe auch *Plog/Wiedow*, BBG alt, § 36 Rn. 12; beachte auch § 160 Abs. 2 StPO.

⁷² Beispielhaft die Meldung auf lto.de vom 04.03.2016 „Polen: Justizminister wird auch Generalstaatsanwalt – Eine bedenkliche Personalunion“ (abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/polen-generalstaatsanwalt-justizminister-ueber-nimmt-amt-mehr-macht/>, Aufruf am 03.02.2020).

Die Forderung der grundlegenden Umstrukturierung der Staatsanwaltschaften als unabhängiges Judikativorgan ist zwar keine neue, doch seit kurzem auch hier im Lande wieder lauter vernehmbar. Die Entwicklung gipfelte jüngst in einer Entscheidung des EuGH, wonach der im Rahmen des Europäischen Haftbefehls maßgebende Begriff der „ausstellende Justizbehörde“⁷³ dahin auszulegen ist, dass darunter nicht die Staatsanwaltschaften eines Mitgliedstaats fallen, die der Gefahr ausgesetzt sind, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers, unterworfen zu werden.⁷⁴ In der Folge sind deutsche Staatsanwaltschaften aufgrund ihrer zumindest institutionellen Abhängigkeit unionsrechtlich nicht mehr selbstständig befugt, Europäische Haftbefehle auszustellen.⁷⁵

Ob sich die persönliche und auch politische Abhängigkeit des deutschen Generalbundesanwaltes vor dem Hintergrund dieses Staatsverständnisses und trotz der massiven negativen Auswirkungen auf Recht und Praxis rechtfertigen lässt, ist insbesondere in Bezug auf das verfassungsgerichtlich aufgestellte Merkmal des engsten Kreises unmittelbarer Berater zu bezweifeln. Im Amt des Generalbundesanwaltes werden weder besondere Transformations- noch Repräsentationsaufgaben wahrgenommen. Insbesondere können die Staatsanwälte nicht dem Bereich der Staatsleitung zugeordnet werden, sind sie nach rechtsstaatlichen Erwägungen doch vielmehr der gleichmäßigen Rechtsanwendung und der politischen Unabhängigkeit bei der Strafverfolgung verpflichtet. Inwieweit eine Steigerung der Funktions- und auch Leistungsfähigkeit des Staatsleitungsapparates durch Einbeziehung des Generalbundesanwaltes zum Kreis der politischen Beamten erfolgt, bleibt insofern

⁷³ Im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 27.05.2019 – C-508/18, C-82/19 PPU.

⁷⁵ S. hierzu auch *Gärditz*, Juge d’instruction als gemeineuropäisches Leitbild? Der Europäische Haftbefehl, die deutsche Staatsanwaltschaft und der EuGH, auf verfassungsblog.de vom 27.05.2019 (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/juge-dinstruction-als-gemeineuropaeisches-leitbild/>); *Groß*, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, auf verfassungsblog.de vom 06.06.2019 (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/>, Aufrufe am 29.11.2019). Das Bundesministerium für Justiz wies sodann darauf hin, dass Europäische Haftbefehle fortan (wie indes auch nationale Haftbefehle) durch einen Richter ausgestellt werden müssen, vgl. auch § 77 Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen i. V.m. § 131 StPO. Hinzuweisen bleibt indes darauf, dass der Europäische Haftbefehl in der Sache mehr einem Fahndungsgesuch ähnelt.

unklar. Die Voraussetzung einer politischen Übereinstimmung zwischen Staatsanwalt und Justizminister stellt gerade nicht das konstituierende Element der besonderen Sachgesetzlichkeit des Amtes und der wahrgenommenen Aufgaben dar, sodass ein rechtswidriger Eingriff in das Unterscheidungsverbot naheliegt.⁷⁶ Indes darf die Regierung auch bei politischen Straftaten auf eine interessenwahrende, an den Grundsätzen des Rechtsstaates orientierte und rechtsgebundene Strafverfolgung vertrauen. Entsprechend haben sich mittlerweile auch alle Länder gegen eine Einordnung des entsprechenden Generalstaatsanwaltes als politischer Beamter entschieden, wobei auch dies noch keine Ausschaltung der Weisungsbefugnis des jeweiligen Justizministers bedeutet, was sich bereits aus den bundesrechtlichen Vorschriften der §§ 146, 147 Nr. 2 GVG ergibt.

Dabei darf die Weisungsbefugnis über Staatsanwälte nicht allein als Hinweis auf einen exekutiven Einfluss auf das Strafverfahren gesehen werden; verstanden werden muss diese vielmehr als Ausdruck und Folge einer notwendigen parlamentarischen Kontrolle der Exekutive. Insofern führt die erforderliche ununterbrochene Verantwortungs- und Kontrollkette im Falle der Bundesanwaltschaft von dem einzelnen Bundesanwalt über den Generalbundesanwalt und den Justizminister bis zum Bundeskanzler, der als Regierungsspitze dem Parlament gegenüber zur Verantwortung verpflichtet ist.⁷⁷ Dies gilt umso dringlicher, vergegenwärtigt man sich, dass das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren im Wesentlichen zunächst geheim und unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet, im Gegensatz zu grundsätzlich öffentlichen gerichtlichen Verfahren. Diese legitimierenden Erwägungen dürfen bei der Rechtfertigung der ministeriellen Weisungsunterworfenheit der Staatsanwälte nicht gänzlich außer Betracht bleiben.

Die adäquate Einbindung und Ausstattung der öffentlichen Amtsträger zu einer angemessenen Aufgabenerfüllung erfordert oft Mut und einen Vertrauensvorschuss des Rechtsstaates sowohl in die bestehenden Mechanismen, v. a. des Dienstrechts, aber insbesondere auch in die rechtliche und persönliche Integrität der Amtsträger, die gerade durch Einhaltung des Leistungs-

⁷⁶ So indes auch das OVG Berlin NVwZ 2003, 882 (883) für das ehemals als politischer Beamter ausgestaltete Amt des Generalstaatsanwalts beim LG Berlin.

⁷⁷ Betonend *Andoor*, Abhängige Staatsanwälte – Und das ist auch gut so, auf Ito.de vom 08.08.2015, S. 2 (abrufbar unter: <https://www.ito.de/recht/hintergruende/h/weisungsrecht-staatsanwalt-justiz-politik-extern-generalbundesanwalt-generalstaatsanwalt/>, Aufruf am 04.02.2020). Vgl. entsprechend auch § 73 LJG SH, wonach im Falle der Erteilung einer dienstlichen Anweisung an Staatsanwälte durch das Justizministerium gem. § 147 Nr. 2 GVG, welche die Sachbehandlung oder Rechtsanwendung in einem Einzelfall betrifft, diese schriftlich zu dokumentieren und dem bzw. der Landtagspräsidentin mitzuteilen ist, sobald und soweit dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich ist.

grundsatzes bei der Stellenbesetzung gesichert werden. An dieser Stelle trifft die pointierte Aussage Böckenfördes wohl in besonderem Maße, dass der Rechtsstaat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann.⁷⁸ Auch unter Richtern und Staatsanwälten wird die Weisungsbefugnis über Staatsanwälte überwiegend abgelehnt und die Abschaffung des Weisungsrechts zur Sachbehandlung im Einzelfall als rechtspolitisch dringliche Aufgabe erachtet.⁷⁹

d) Höhere Beamte im Polizeidienst von Bund und Ländern

Zu der Gruppe der höheren Beamten im Polizeidienst zählen auf Bundesebene der Präsident des Bundeskriminalamtes und der Präsident des Bundespolizeipräsidiums.

Das Bundeskriminalamt ist zentrale Einrichtung zur Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten im Geschäftsbereich des Bundesinnenministeriums. Die Aufgaben des Bundeskriminalamtes bestimmen sich insbesondere nach den §§ 2 ff. des Bundeskriminalamtgesetzes (BKAG). Die Arbeit zielt auf die Abwehr und Verfolgung besonders schwerer Straftaten, die oft auch einen internationalen Bezug aufweisen. Terrorismusabwehr und Schutz der Verfassungsorgane sowie Personenschutz gehören zu den explizit genannten Aufgaben der Behörde. Auf Landesebene werden entsprechende Aufgaben zumeist durch Organisationseinheiten der Landespolizei wahrgenommen (Kriminalpolizei), weshalb landesrechtlich entsprechende Ämter nicht erfasst sind.

Dem Bundespolizeipräsidium als Oberbehörde unterstehen die Bundespolizeidirektionen als Unterbehörden und die Bundespolizeiakademie. Das Bundespolizeipräsidium untersteht dem Bundesministerium des Innern unmittelbar, § 57 Abs. 2 Bundespolizeigesetz (BPolG). Die Aufgaben der Bundespolizei umfassen gem. §§ 2 ff. BPolG insbesondere solche des Grenzschutzes, der Bahnpolizei und der Luftsicherheit, aber auch den Schutz von Bundesorganen und die Verfolgung bestimmter Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (vgl. § 5 und §§ 12 f. BPolG).

⁷⁸ „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.“ So zu lesen bereits auf dem Einband des Werkes von Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M. 1994.

⁷⁹ Vgl. die Umfrageergebnisse im Roland-Rechtsreport 2019, S. 40 f. und 61, Schaubild 40 (abrufbar unter: https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2019.pdf, Aufruf am 05.02.2020); jüngst auch *Harden*, ZRP 2020, 148 (150).

Hinzu kommen in einigen Bundesländern die Polizeipräsidenten und die jeweiligen Landespolizeipräsidenten. Der Landespolizeipräsident tritt dabei als Leiter der jeweiligen Landespolizeibehörde auf, die Polizeipräsidenten leiten zumeist die untergliederten Kreispolizeibehörden.⁸⁰ Die Aufgaben der Landespolizei ergeben sich vorrangig aus den entsprechenden Landespolizeigesetzen sowie der StPO. Entsprechend dieser bundes- und landesrechtlichen Zuständigkeitszuweisungen werden vordergründig allgemeine Strafverfolgungs- sowie Gefahrenabwehraufgaben wahrgenommen.

Auch für diese Gruppe der höheren Beamten im Polizeidienst von Bund und Ländern greifen die bereits erörterten rechtsstaatlichen Erwägungen im Sinne einer besonderen Bindung an das Legalitätsprinzip im Bereich der Strafverfolgung und des Strafvollzugs. Die Außerachtlassung von Leistungsaspekten bei der Besetzung der höchsten Polizeiposten kann sich dabei für die Funktionsfähigkeit des Polizeiapparates insgesamt negativ auswirken. Insbesondere aufgrund der besonders grundrechtssensiblen Bereiche ist eine strenge Rechtsbindung in der Aufgabenerfüllung erforderlich, die sich grundsätzlich jeglicher politischer Einwirkung zu widersetzen hat. Dies gilt auch für den präventiven Bereich der Gefahrenabwehr. Die Besetzung des staatlichen Gewaltmonopols erfordert in allen Bereichen eine gleichmäßige und diskriminierungsfreie Rechtsanwendung frei von politischen Erwägungen. Eine Besetzung von Leitungsposten in Polizeibehörden nach (vordergründig) parteipolitischen Aspekten könnte der Integrität der Amtsträger und der Autorität der Polizei insgesamt ausgehend von bereits oben dargestellten Erwägungen mehr schaden als nützen.⁸¹

Allein der Verweis auf die Personalverantwortung der Spitzenbeamten und auf die besondere Bedeutung der Polizei für die Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung im Staat vermag das Erfordernis einer politischen Übereinstimmung mit Regierungsansichten nicht zu rechtfertigen.⁸² Erwägenswert erscheint, dass dem jeweiligen zuständigen politischen Funktionsträger in Politik und Öffentlichkeit eine besondere Verantwortung für den Bereich der inneren Sicherheit zugemessen wird, wie sich u. a. an Ermittlungsfehlern

⁸⁰ Teilweise auch der Landrat, soweit der Polizeibezirk keine kreisfreie Stadt erfasst und das Kreisgebiet diesem zugeordnet wird (z. B. in Nordrhein-Westfalen). Soweit in den Landesbeamtengesetzen nur das Amt des Polizeipräsidenten, nicht aber das des Landespolizeipräsidenten als das eines politischen Beamten erfasst wird (so in Berlin, Brandenburg, Hamburg und NRW; in Thüringen: Präsident der Landespolizeidirektion), ist dies Folge des landesspezifischen organisationsrechtlichen Aufbaus der Polizeibehörden; erfasst ist immer das statusrechtlich höchste Polizeipräsidentenamt.

⁸¹ Siehe plakativ auch *Hermann*, Die Suche nach einem Polizeipräsidenten in Berlin – Provinzposse oder Trauerspiel? LKV 2012, 253.

⁸² Vgl. auch OVG Münster ZBR 1958, 141 (143).

bzw. -pannen beinahe akzessorisch folgenden Rücktrittsforderungen zeigt. Um dieser Verantwortung gerecht zu werden, könnte diesem im Einzelfall zugestanden werden, die leitenden und repräsentativen Polizeiamter politisch zu besetzen, um sich so eine erhöhte Steuerungs- und Kontrollfähigkeit zu sichern. Dass dies keine ausschließliche Geltung erlangen kann, zeigt sich bereits daran, dass teilweise auch den politischen Ansichten der jeweiligen Regierung offen widersprechende Landräte als Leiter von Kreispolizeibehörden eingesetzt sind. Zudem könnte andersherum eine stärkere Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Verwaltungsamtsträger auch die Verantwortungslast des politischen Amtsträgers zumindest für diesen Bereich abmildern. Ausgehend von einer status- und dienstrechtlichen Gewaltenteilung erscheint zweifelhaft, ob in den gesetzlichen Fällen den Rechtfertigungsanforderungen bzgl. der Diskriminierung nach politischen Ansichten und dem strengen Ausnahmeerfordernis von politischen Beamten entsprochen wird.

e) Politische Beamtinnen und Beamte im Sicherheitsapparat

Zu den politischen Beamten im Sicherheitsapparat zählen im vorliegenden Zusammenhang solche des höheren Dienstes des Militärischen Abschirmdienstes, des Bundesamtes für Verfassungsschutz und des Bundesnachrichtendienstes ab Besoldungsgruppe B 6. Hinzu kommen in den überwiegenden Ländern die jeweiligen Verfassungsschutzpräsidenten (teilweise Leiter der Abteilungen für Verfassungsschutz in den zuständigen Ministerien bzw. Leiter des Landesamts für Verfassungsschutz).

Aufgabe des Militärischen Abschirmdienstes des Bundesministeriums der Verteidigung ist primär die Sammlung und Auswertung von Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen. Dies sowohl über Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind, als auch über sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten für eine fremde Macht, wenn sich diese Bestrebungen oder Tätigkeiten gegen Personen, Dienststellen oder Einrichtungen im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung richten und von Personen ausgehen oder ausgehen sollen, die diesem Geschäftsbereich angehören oder in ihm tätig sind (vgl. § 1 Abs. 1 MADG).

Verfassungsschutz dient dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes und der Länder. Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden ist gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG primär die Sammlung und Auswertung von Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen, insbesondere über Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische

Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben. Für die Zusammenarbeit des Bundes mit den Ländern unterhält der Bund ein Bundesamt für Verfassungsschutz als Bundesoberbehörde, das dem Bundesministerium des Innern untersteht (§ 2 Abs. 1 BVerfSchG).

Der Bundesnachrichtendienst als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundeskanzleramtes sammelt zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland die erforderlichen Informationen, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, und wertet diese aus (vgl. § 1 BNDG).

Den Behörden im Bereich des hier beschriebenen Sicherheitsapparates ist gemein, dass sie vorrangig als Nachrichtendienste auftreten, d.h. dass vorrangig Informationen gesammelt und verarbeitet werden. So zielen auch die gesetzlich zugewiesenen Befugnisse vorrangig auf solche Maßnahmen, die zur Gewinnung und Verarbeitung entsprechender Informationen erforderlich sind. Polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse stehen diesen Behörden ausdrücklich nicht zu; sie dürfen die Polizei auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen sie selbst nicht befugt sind (§ 4 Abs. 2 MADG; § 8 Abs. 3 BVerfSchG; § 2 Abs. 3 BNDG).

Die Einordnung dieser Beamten in den besonderen Sicherheitsbehörden als politische Beamte wird zumeist damit begründet, dass das Verhalten der Amtsträger zu weitreichenden politischen Auswirkungen führen könne.⁸³ Dies erscheint angesichts der hochsensiblen Arbeitsbereiche zunächst schlüssig. Auch wird der gesetzliche Auftrag im Geflecht der staatlichen Sicherheitsbehörden maßgeblich durch regierungspolitische Ziele und Vorstellungen bestimmt; insofern könnten angesprochene Transformationsfunktionen auch in diesem Bereich zum Tragen kommen. Eine Repräsentationsfunktion kann aufgrund der zumeist nicht nach außen in Erscheinung tretenden Tätigkeit der Nachrichtendienste weitestgehend ausgeschlossen werden.

Andererseits gilt, dass gerade die hohe Grundrechtsrelevanz insbesondere nachrichtendienstlicher Tätigkeit eine besondere Rechtsbindung der Amtsträger erfordert.⁸⁴ Eine maßgebliche Lenkung der nachrichtendienstlichen Tätigkeit erfolgt zwar infolge regierungspolitischer Ziele, dennoch lässt dies nicht den Schluss zu, politische Ziele und Weisungen würden ohne die Besetzung dieser Bereiche mit politischen Beamten nicht berücksichtigt und auch be-

⁸³ Vgl. z.B. *Kugele*, ZBR 2007, 109 (113).

⁸⁴ Dies wird auch im jüngst ergangenen Urteil des BVerfG v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17 deutlich. Vgl. auch *Jasper*, Öffentliche Ämter, S. 432 f.

folgt werden. Im Raum steht nicht die Frage der fachlichen Unabhängigkeit der Amtsträger, sondern nach deren persönlicher und politischer Unabhängigkeit. Gerade in diesen hochsensiblen Bereichen ist daher eine stringente statusrechtliche Gewaltenteilung zu fordern, die zugleich originäre Kontrollmechanismen der politischen Führung über die Nachrichtendienste wahr. Die Berücksichtigung politischen Vertrauens ist mithin nicht als konstituierendes Element der besonderen Sachgesetzlichkeit dieser Ämter und der entsprechenden Aufgabenerfüllung anzusehen. Auch gehören diese Amtsträger nicht (zumindest nicht ausschließlich) zum unmittelbar engsten Kreis politischer Berater, insofern scheint zumindest eine weitergehende Differenzierung als die Erfassung aller Beamten der entsprechenden Besoldungsgruppen angezeigt. Insbesondere angesichts ausgehender Beeinträchtigungen vom Institut des politischen Beamten ist zweifelhaft, ob sich die durchgängige Erfassung solcher Beamten ab der Besoldungsgruppe B 6 auch gerade durch Leistungsgesichtspunkte im Sinne einer erhöhten Funktionsfähigkeit der Staatsleitung rechtfertigen lässt.

Diese Erwägungen sind auf die etwaig erfassten Leiter der Abteilungen für Verfassungsschutz in den zuständigen Landesministerien (z.B. Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, auch Niedersachsen: Verfassungsschutzpräsident), die zumeist Ministerialdirektoren oder -dirigenten sind, und auf den Leiter des Landesamts für Verfassungsschutz in Hessen entsprechend anwendbar.

f) Präsidenten der Bundesämter der Bundeswehr

Als Präsidenten der Bundesämter der Bundeswehr sind in § 54 Abs. 1 Nr. 9 bis 11 BBG der Präsident des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr (BAPersBW), der Präsident des Bundesamtes für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBW) und der Präsident des Bundesamtes für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen der Bundeswehr (BAIUDBW) benannt. Die Bundesämter sind das Ergebnis einer tiefgreifenden Reorganisation der Bundeswehrverwaltung seit dem Ende des Jahres 2010.⁸⁵ So wurde im BAPersBW die bisherige Stammdienststelle sowie das Personalamt und die weitestgehend dezentrale Bundeswehrverwaltung zusammengelegt⁸⁶ und das BAAINBW entstand aus dem Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung sowie dem ehemaligen IT-Amt der Bundeswehr. Das BAIUDBW entstand als neuer

⁸⁵ Vgl. die Einführung der Präsidentenämter in § 54 BBG durch Art. 4 des Gesetzes zur Begleitung der Reform der Bundeswehr (Bundeswehrreform-Begleitgesetz – BwRefBeglG) v. 21.07.2012, BGBl. I S. 1590.

⁸⁶ Vgl. auch § 1 des Wehrverwaltungsaufgabenübertragungsgesetzes (WVwAÜG).

Organisationsbereich, dem verschiedene Bereiche unterstellt sind; teilweise wurden hierin auch bisher ministerielle Aufgaben sowie solche der bisherigen Bundesämter und aus den Infrastrukturstäben zusammengeführt.

Die Staatssicherheit im Verteidigungsbereich und die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr im Sinne eines ungestörten Dienstbetriebes werden verfassungsrechtlich durch verschiedene Normen gewährleistet.⁸⁷ Die Regierung verwies bei Schaffung und Zuordnung dieser Stellen zum Bereich der politischen Beamten darauf, dass die jeweiligen Amtsträger eigenverantwortlich zentrale Steuerungsfunktionen für ihren Aufgabenbereich erfüllen müssten. Im Bereich des Personalmanagements komme dem Präsidenten eine operative Fachkompetenz für die Umsetzung der ministeriell-strategischen Politikziele zu. Insofern sei eine loyale und nachhaltige Unterstützung der Regierungspolitik dieser auch repräsentativ-tätigen Amtsträger erforderlich.⁸⁸

Ob die Präsidenten indes tatsächlich so repräsentativ für die Bundesregierung wirken und hinreichend gewichtige Transformations- und Steuerungsfunktionen wahrnehmen oder nicht doch eher primär klassische Verwaltungsaufgaben v. a. der Organisations-, Personal- und Bedarfsverwaltung im Bundeswehrbereich erfüllen, muss bei einer streng verstandenen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bezweifelt werden. Erforderlich dafür ist, dass die Sachgesetzlichkeit dieser Ämter konstitutiv die Berücksichtigung von Übereinstimmung in politischen Ansichten erfordert. Eine Repräsentation kann infolge mangelnder Legitimation ohnehin nur für den Verwaltungsbereich stattfinden. Zumindest dürften die Präsidenten nicht die Funktionen von unmittelbar engsten Regierungsberatern erfüllen. Dafür spricht auch die erfolgte Abschichtung von ministeriellen Aufgaben und deren Übertragung auf ausgelagerte obere Bundesbehörden (Bundesoberbehörden). Entsprechend scheint der zu erfüllende Steuerungsanspruch der Regierung über diesen Verwaltungsbereich bereits im Wege der allgemeinen Loyalitäts- und Treueverpflichtung der Beamten hinreichend gewährleistet.

g) Präsident der Generalzolldirektion

Die Generalzolldirektion ist für die operative Steuerung der Zollverwaltung zuständig, die insbesondere die Kontrolle des grenzüberschreitenden Waren- und Personenverkehrs erfasst. Zu den zollamtlichen Aufgaben gehört daneben auch die Überwachung der Erhebung der Einfuhr- und Ausfuhrabgaben sowie allgemein die Überwachung der Einhaltung des Zollrechts. Zum Aufgabenbereich zählt des Weiteren die Bekämpfung der Schwarzarbeit so-

⁸⁷ Vgl. beispielhaft Art. 65a und 115a ff. GG.

⁸⁸ Siehe BT-Drs. 17/9340, S. 38 f.

wie des organisierten Waffen-, Drogen- und Zigarettenschmuggels. Hinzu tritt die zollamtliche Überwachung des Verkehrs mit Barmitteln und gleichgestellten Zahlungsmitteln im Geltungsbereich des Zollverwaltungsgesetzes.⁸⁹

In der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuorganisation der Zollverwaltung führt die Bundesregierung aus: „Das Amt der Präsidentin oder des Präsidenten gehört wegen der besonderen Aufgabenstellung der Generalzolldirektion als zentrale Bundesoberbehörde der Zollverwaltung zu den Ämtern, bei denen es im hohen Maße darauf ankommt, dass sich die jeweilige Amtsinhaberin oder der jeweilige Amtsinhaber bei der Durchführung der ihr oder ihm obliegenden Aufgaben jederzeit in voller Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Zielen und Auffassungen der Bundesregierung befindet. Im Rahmen der Neuorganisation der Zollverwaltung werden in der Generalzolldirektion die Aufgaben der bisherigen Mittelbehörden der Bundesfinanzverwaltung und des Bildungs- und Wissenschaftszentrums zusammengefasst. Auftrag der Präsidentin oder des Präsidenten ist es, die Umsetzung von politischen Entscheidungen im Verwaltungshandeln sicherzustellen. Sie oder er berät die politische Leitung des Bundesministeriums der Finanzen in Angelegenheiten der Zollverwaltung und bereitet politische Vorhaben durch Abstimmung mit Bundes- und Landesinstanzen sowie gesellschaftlichen Vertretungen vor. Die Präsidentin oder der Präsident repräsentiert die Zollverwaltung nach innen und außen. Die Bundesregierung muss fortdauernd darauf vertrauen können, dass ihre strategischen Vorgaben und politischen Ziele durch die Präsidentin oder den Präsidenten stets aktiv und wirkungsvoll unterstützt und umgesetzt werden.“⁹⁰

Ausgehend von der Gesetzesbegründung ist zunächst wiederholend festzustellen, dass die Umsetzung von politischen Entscheidungen in Verwaltungshandeln, mithin der klassische Gesetzesvollzug, zu den ohnehin tragenden Grundpflichten des Berufsbeamtentums gehört. Diese Verpflichtung wird mit der allgemeinen Loyalitäts- und Treuepflicht des Beamten hinreichend gewährleistet, sodass es darüber hinaus nur in besonderen Einzelfällen zusätzlicher Sicherungsmechanismen bedarf. Da insbesondere der Vollzug des Zollverwaltungsgesetzes parteipolitisch unabhängig und streng gesetzesorientiert erfolgen muss, erscheint die Zuordnung des Amtes zu den politischen Beamten fragwürdig. Auch die angeführte Beratung der politischen Leitung vermag die Einordnung der Hausspitze als politischer Beamter noch nicht zu rechtfertigen, denn wie bereits erörtert, ist insbesondere an der administrativen Hausspitze mit besonderer Nähe zur politischen Leitung und regelmäßi-

⁸⁹ Vgl. zum Ganzen § 1 Zollverwaltungsgesetz (ZollVG). Die Aufgabennennung ist nicht abschließend.

⁹⁰ S. BT-Drs. 18/5294 vom 22.06.2015, S. 22.

gen vertraulichen Beratungen vorrangig rein fachliche Expertise und kritisches Problembewusstsein gefordert, sodass gerade hier im Zweifel auch entgegen der politischen Vorgaben an einer rechtsstaatlichen Amtsführung festgehalten werden muss. Darunter kann unschädlicherwise auch die Vorbereitung politischer Vorhaben fallen, ist es doch komplementäre Aufgabe des kontinuiersstiftenden Verwaltungsapparates der politischen Leitung mit Fach- und Sachkenntnis zur Seite zu stehen und insbesondere die Finanzierbarkeit und Machbarkeit sowie sonstige Auswirkungen von Gesetzesvorhaben im Blick zu behalten. Eine politische Abhängigkeit scheint diesen Interessen eher gegenläufig. Insofern erscheint die von Regierungsseite angeführte Unterstützung und Umsetzung der strategischen Vorgaben und politischen Ziele durch den Präsidenten der Generalzollverwaltung ohnehin bereits durch die beamtenrechtlichen Strukturprinzipien und deren Sicherungsmechanismen gewährleistet.

Schließlich führt die Regierung die Repräsentation der Zollverwaltung durch deren Präsidenten an. Doch vermag auch dieser Aspekt eine Einordnung des Amtes als politischer Beamter nicht zu rechtfertigen. So erscheint es offensichtlich, dass eine Behörde durch den Behördenleiter repräsentiert wird, der bereits infolge allgemeiner beamtenrechtlicher Prinzipien der allgemeinen Loyalitäts- und Treuepflicht obliegt und somit zugleich den politischen und strategischen Vorgaben des Bundesministeriums der Finanzen untersteht. Die persönliche Unabhängigkeit des Beamten ist nicht gleichzusetzen mit fachlicher Unabhängigkeit. Eines gesetzesdurchbrechenden Regierungseinflusses auf die Besetzung des Amtes bedarf es nicht. Im Vordergrund der Zollverwaltung stehen wirtschafts-, sicherheits- und ordnungsrechtliche Aufgaben insbesondere in Bezug auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr und die Einnahmeverwaltung des Bundes. Insbesondere aufgrund dieses parteipolitisch unabhängigen und streng nach gesetzlichen Vorschriften erfolgenden Vollzugs des Zollverwaltungsgesetzes erscheint die Zuordnung des Amtes des Präsidenten der Generalzolldirektion zu den politischen Beamten bedenklich. Die fortdauernde Übereinstimmung des Zollpräsidenten mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung wird durch die besondere Sachgesetzlichkeit des Amtes und der Aufgaben nicht konstitutiv gefordert, sodass auch hier die ohnehin geltende beamtenrechtliche Loyalität zur Wahrnehmung effektiver Regierungsfunktionen als ausreichend anzusehen ist. Im Sinne einer streng verstandenen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bestehen daher auch in diesem Fall Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Amtsbesetzung durch politische Beamte.

*h) Direktor des Bundestages, Direktor des Bundesrates
und Parlamentsdirektoren in den Ländern*

Als politische Beamte in originären Legislativorganen sind neben dem Direktor des Bundestages und dem des Bundesrates auf Bundesebene aufgrund ihrer statusrechtlichen Einordnung als Staatssekretäre⁹¹ auch ausdrücklich solche Ämter in Bremen (Direktor der Bürgerschaft), Nordrhein-Westfalen (Direktor des Landtages), Sachsen (Direktor des Landtages) sowie Thüringen (Direktor beim Landtag) ausgestaltet. Das besondere Vertrauensverhältnis ist in diesen Fällen zum jeweiligen Leitungsgremium des Verfassungsorgans zu fordern, demnach regelmäßig zum Präsidium.⁹² Entsprechend ist die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Verfassungsorgans als Rechtfertigungsgrund heranzuziehen.

Die Parlamentsdirektoren treffen vor allem (verwaltungs-)technische Aufgaben in Hinblick auf die Verwaltungsabläufe im Parlament, etwa die Personalverwaltung oder Vorbereitung von Sitzungen des Präsidiums, des Ältestenrates und des Plenums. Der Parlamentsdirektor ist höchster Beamter der jeweiligen Parlamentsverwaltung und ist dem Präsidenten gegenüber für die Führung der Verwaltungsgeschäfte verantwortlich, der zugleich die einzuhaltenden Grundsätze festlegt. In Plenarsitzungen kann der Parlamentsdirektor dem Präsidenten in parlaments- und geschäftsordnungsrechtlichen Fragen beratend zur Seite stehen, eine Entscheidungskompetenz kommt ihm hingegen nicht zu.

Die Begründung der Erforderlichkeit einer über die allgemeinen beamtenrechtlichen Wirkmechanismen hinausgehenden persönlichen und politischen Loyalität im Amt des Parlamentsdirektors bereitet bereits deshalb Schwierigkeiten, da das Parlamentspräsidium zumeist entsprechend der Fraktionsstärken im Parlament besetzt wird. Welche Art von Politik der jeweilige Parlamentspräsident und das Präsidium verfolgen, erscheint insbesondere deshalb schwer bestimmbar, da der Präsident in der Aufgabenwahrnehmung seiner besonderen Funktion selbst Unabhängigkeit und politische Neutralität wahren muss.⁹³ Es bleibt in der Folge auch unklar, welcher Art die Übereinstimmung des Direktors mit dem Leitungsorgan sein muss.

Die Annahme liegt nahe, dass die Funktionsfähigkeit des Parlaments gleichwertig gewahrt wird bei einer Besetzung der Direktorenstelle mit fachlich hochqualifizierten, jedoch nicht bestimmt politisch geprägten Amtsträgern. Insofern ist die für das Amt erforderliche politische Sensibilität und die

⁹¹ Vgl. bereits B. I. 2. c).

⁹² Vgl. auch BVerwGE 115, 89 (95); BVerfGK 1, 303 (305 f.).

⁹³ Vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 Geschäftsordnung des Bundestages (GOBT).

Einhaltung strenger Verfahrensvorgaben unter besonderer Beachtung politischer Gleichberechtigung als Teil der Eignung zu sehen. Von einem sachgesetzlich ausgehenden Erfordernis eines politischen oder persönlichen Vertrauens kann bei diesen Ämtern nicht gesprochen werden.⁹⁴

Entsprechendes gilt für den Direktor des Bundesrates, der das Sekretariat leitet und dem Präsidenten des Bundesrates bei dessen Führung der Amtsgeschäfte zuarbeitet.⁹⁵ Entsprechend dem Präsidenten ist auch der Direktor des Bundesrates in seiner Amtsführung zur Neutralität verpflichtet, weshalb eine Abkehr von verfassungsrechtlichen Prinzipien infolge eines politischen Einschlages der Stellenbesetzung nur schwer zu rechtfertigen ist, soweit bei diesen Ämtern nicht bereits infolge der grundlegenden Unterscheidung in einen politischen und einen Verwaltungsbereich auch in originären Legislativorganen nicht sogar von einer Verletzung des statusrechtlichen Gewaltenteilungsgrundsatzes ausgegangen werden muss.

i) Besondere politische Beamte in den Ländern

In Rheinland-Pfalz sind zudem die Ämter des Präsidenten und Vizepräsidenten der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion, des Präsidenten und Vizepräsidenten der Struktur- und Genehmigungsdirektionen (Nord und Süd), des Ständigen Vertreters des Bevollmächtigten des Landes beim Bund und für Europa (als Staatssekretär) und des Beauftragten der Landesregierung für Migration und Integration als solche von politischen Beamten ausgestaltet.

Die Struktur- und Genehmigungsdirektionen sind obere Landesbehörden, die sowohl für bestimmte Aufgaben im Norden bzw. Süden des Landes (ehemalige Regierungsbezirke Koblenz und Trier) als auch für einige Aufgaben landesweit zuständig sind (v. a. Umweltschutz und Raumordnung). Darüber steht die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion als eine zentrale Landesordnungsbehörde, die zugleich als Mittler zwischen Landesregierung und kommunalen Selbstverwaltungsträgern fungiert und Aufgaben sowohl in regionaler als auch in funktionaler Hinsicht bündelt, vgl. § 6 Abs. 1 Verwaltungsorganisationsreformgesetz und auch § 89 Abs. 3 POG des Landes Rheinland-Pfalz.

⁹⁴ S. auch den Jahresbericht 2017 des Sächsischen Rechnungshofs, Band I: Staatsverwaltung, S. 121, wo es ausdrücklich heißt: „[Der Präsident der LD und] der Direktor beim SLT erfüllen die vom BVerfG aufgestellten engen Kriterien nicht, sie gehören nicht zum engsten Kreis der unmittelbaren Berater der Mitglieder der Staatsregierung.“ Ausführlicher *Oldiges/Brinktrine*, Der Landtagsdirektor als „politischer Beamter“, DÖV 2002, 943 ff. Gegen die Einordnung als politische Beamte auch *Reich*, BeamStG, § 30 Rn. 6.

⁹⁵ Vgl. § 14 Abs. 2 Geschäftsordnung des Bundesrates (GOBR).

Die Präsidenten und Vizepräsidenten dieser Behörden trifft somit vor allem die Aufgabe der Transformation von Regierungspolitik auf regionaler Ebene sowie auch gegenüber der kommunalen Ebene. Dabei wird jedoch bereits anhand der zugewiesenen Aufgabenbereiche deutlich, dass abseits der durch die Komplementärfunktionen der Verwaltung ohnehin zugewiesenen gewissen Freiräume in der Umsetzung politischer Maßnahmen in Form von Beurteilungs-, Prognose- und Ermessensspielräumen hier vordergründig rechtsgebunden zu erfüllende Verwaltungsaufgaben im Raum stehen. Zugleich trifft die Behördenleiter eine gewisse Repräsentation der Regierung insbesondere gegenüber der untergliederten kommunalen Verwaltungsebene. Jedoch erscheinen hier die Erfordernisse einer politischen Übereinstimmung und des Vertrauens zur Regierung zur Bewältigung und Wahrnehmung dieser Aufgaben weniger konstitutiv und sachgesetzlich vorgegeben. Insbesondere soweit keine starke Repräsentation von Regierungspolitik im Vordergrund steht, ist fraglich, ob die Funktionsfähigkeit der Regierung im Falle der politischen Besetzung dieser Ämter gesteigert wird. Dabei ist entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgebot eine an die aufgezeigten Beeinträchtigungen zumindest heranreichende Steigerung der Funktionsfähigkeit vorauszusetzen.

Diese Ausführungen können entsprechend, wenn auch aufgrund der anderen Struktur nur in Grundzügen, für den Präsidenten der Landesdirektion Sachsen⁹⁶ und den Präsidenten sowie den Vizepräsidenten des Landesverwaltungsamtes in Sachsen-Anhalt angeführt werden.

Der Ständige Vertreter des Bevollmächtigten des Landes beim Bund und für Europa und der Beauftragte der Landesregierung für Migration und Integration nehmen demgegenüber eine stärkere Repräsentationsfunktion der Regierung wahr. Hier kann eine Übereinstimmung der Amtsträger mit den politischen Ansichten und Zielen der Regierung auch durch das Erfordernis einer wirksamen Darlegung von Regierungsstandpunkten und Umsetzung der Regierungsmaßnahmen im Sinne erhöhter Funktionalität begründet werden. Ähnlich der Argumentation zu Regierungssprechern kann hierin eine konstitutiv erforderliche Sachgesetzlichkeit der konkreten Ämter gesehen werden. Das Erfordernis politischen Vertrauens und der Übereinstimmung in politischen Ansichten ist insbesondere in den Figuren von Bevollmächtigten und Beauftragten und den durch diese wahrgenommenen Funktionen einer politischen Vertretung als wesentliches Merkmal der Aufgabenwahrnehmung anzusehen. Ähnliches kann auch für das Amt des Landesbeauftragten für regionale Landesentwicklung in Niedersachsen sowie für das Amt des Bevollmächtigten beim Bund und des Bevollmächtigten für Europaangelegenheiten im Saarland ausgeführt werden. Im Vordergrund stehen insbesondere auch

⁹⁶ Gegen eine Einordnung als politischer Beamter auch der Sächsische Rechnungshof, Jahresbericht 2017, Band I: Staatsverwaltung, S. 125 Rn. 43.

Aspekte einer erhöhten Leistungsfähigkeit des Regierungsapparates insgesamt und der verbesserten Durchsetzbarkeit regierungspolitischer Ziele. Eine Einordnung als politische Beamte erscheint infolge der Zuordnung solcher Ämter zum Bereich der Staatsleitung verfassungsrechtlich tragfähig.

2. Kommunale Wahlbeamte

Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG verdrängt ausdrücklich den Bestenauslesegrundsatz für die Wahl der Gemeindevertretung. Zugleich erstreckt sich das Demokratieprinzip auf das weitere politische Führungspersonal der Kommune. Auch soweit dies nicht unmittelbar dem Art. 28 Abs. 1 GG entnehmbar ist, ergibt sich dieses Ergebnis als Folge des grundsätzlichen Demokratieprinzips und dessen Erstreckung auf die Kommunen als Teil der Länder (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG). Dabei ist der einfache Landesgesetzgeber innerhalb der verfassungsrechtlichen Wertungen jedoch nicht gehindert, weitergehende Anforderungen zu statuieren.

Solche weitergehenden Anforderungen, insbesondere hinsichtlich der Qualifikation wählbarer Kandidaten, rechtfertigen sich wie aufgezeigt aus der besonderen Position der kommunalen Wahlbeamten zwischen Staats- und Selbstverwaltung. Zugleich dürfen solche Anforderungen jedoch nicht zu einer vollständigen Verdrängung der demokratischen Wahlprinzipien führen.

Da jedoch ein echtes Nebeneinander von Wahl und Bestenauslese wie aufgezeigt nicht möglich ist, erscheint in Bezug auf die Gruppe der kommunalen Wahlbeamten eine Stufenlösung denkbar. Diese erscheint auch bereits in der gesetzlichen Konzeption angelegt, vergegenwärtigt man sich bestehende, wenn auch allgemein gehaltene Qualifikationsanforderungen an einzelne Ämter kommunaler Wahlbeamten.⁹⁷ Dem formellen Gesetzgeber ist es zwar verwehrt, die verfassungsrechtlich determinierten, demokratischen Wahlgrundsätze aufzuheben oder auch nur einzuschränken, indem er un gerechtfertigte Wahlvorgaben macht. Innerhalb der verfassungsrechtlichen Wertungen und insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer insgesamt effektiven Staatsverwaltung steht es dem Gesetzgeber jedoch frei, für den demokratischen Entscheidungsmechanismus auf kommunaler Ebene zumindest hinsichtlich der Besetzung der politischen Führungsämter ergänzende, dem Leistungsprinzip dienende Voraussetzungen und Anforderungen zu etablieren. Die Folge wäre eine stufenweise Anwendung des (wenn auch abgeschwächten) Leistungsgrundsatzes bei der Suche nach wählbaren Kandidaten

⁹⁷ Vgl. z.B. § 71 Abs. 3 GO NRW für Beigeordnete; § 20 Abs. 2 S. 3 LVerbO NRW für den Direktor der Landschaftsverbände; § 16 Abs. 2 RVRG NRW für das Amt eines Regionaldirektors; § 138 Abs. 1 S. 4 Bbg. KVerf für den Amtsdirektor oder § 212 Abs. 2 Saarl. KSVG für den Regionalverbandsdirektor.

und sodann die unter diesen Voraussetzungen freie Wahlentscheidung durch das kommunale Wahlvolk bzw. Wahlgremium.

Bei den unmittelbar durch das Wahlvolk gewählten Hauptverwaltungsbeamten, d.h. vor allem Bürgermeistern und Landräten, scheint dieses Ergebnis vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Wertungen jedoch nur schwer tragfähig. Im Falle der direkten Legitimation durch den unmittelbaren Souverän verbleibt dem formellen Gesetzgeber auch innerhalb der verfassungsrechtlichen Wertungen grundsätzlich kein Raum zum Erlass einschränkender Wahlvorgaben. Dies ergibt sich systematisch zum einen aus einem entsprechenden Wertgehalt der Republik (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), inhaltlich-sachlich rechtfertigt sich dieses Ergebnis dadurch, dass der Wahlakt Ausdruck des Vertrauens des Wahlvolks in die Befähigung des Gewählten ist, dass weder der formelle Gesetzgeber noch der Verfassungsgeber (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG) in Frage stellen darf. Insofern ist es maßgeblich der Hauptverwaltungsbeamte, der die von der Gemeindevertretung zu treffenden Grundsatzentscheidungen vorbereitet, aber auch getroffene Entscheidungen umsetzt und dem damit ein wesentlicher Einfluss auf die Effektivität der Umsetzung zukommt, die allein im Vertrauen des Wahlvolks begründet ist.

Soweit eine unmittelbare Volkswahl vorgesehen ist, sind das reine Demokratieprinzip und die unbeschränkte Freiheit der Wahlentscheidung daher als vorrangig anzusehen. Soweit jedoch nur eine mittelbare Wahl des kommunalen Wahlbeamten durch das kommunale Vertretungsorgan vorgesehen ist, ist der Gedanke einer unmittelbaren Legitimation ohnehin abgeschwächt, sodass hier zumindest auch Erwägungen zu einer sachlich-inhaltlichen Legitimation nicht völlig außer Betracht bleiben dürfen. Eine Abgrenzung nach der Art der Wahl (Volkswahl/mittelbare Wahl) scheint vorliegend sachgerecht, insbesondere im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Stellenwert einer Legitimation durch den Souverän. Insofern kann der Gesetzgeber zwar dem Souverän (ohne dessen Legitimation) keine einschränkenden Wahlvorgaben machen, wohl aber kann er Amtsträgern bei Ausübung einer organschaftlichen Position die Einhaltung bestimmter Leistungsstandards vorschreiben.

Dass somit im Ergebnis an v.a. die Beigeordneten Mindestanforderungen im Hinblick auf die für ihr Amt erforderlichen fachlichen Voraussetzungen und ausreichende Erfahrung gestellt werden, rechtfertigt sich auch aus dem Weisungsrecht des Bürgermeisters gegenüber diesen (vgl. z.B. § 67 Abs. 5 GO SH) und seinem Recht sich bestimmte Aufgaben vorzubehalten oder die Bearbeitung einzelner Angelegenheiten selbst zu übernehmen (vgl. § 62 Abs. 1 S. 4 GO NRW). Insofern stehen im Beigeordnetenamt die zentralen Funktionen des rechts- und weisungsgebundenen Aufgabenvollzugs im Vordergrund; im Gegensatz zu einem rein politischen Amt, dass weitestgehend frei gestalterisch tätig wird. Die eindeutige Unterstellung der Beigeordneten

unter das Amt des Hauptverwaltungsbeamten und deren primäre Aufgabe der Verwaltungsführung sprechen indes für eine durch den Hauptverwaltungsbeamten zu treffende, echte Bestenauslese. Der so ausgewählte Kandidat bedarf sodann nur noch der Bestätigung bzw. „Absegnung“ durch das kommunale Vertretungsorgan. In Abbildung der unterschiedlichen Hierarchiestufen dieser Gruppen im Grenzbereich zwischen Selbst- und Staatsverwaltung kann mit diesem Ergebnis auch einem staatlichen Steuerungsanspruch im Hinblick auf die effektive Wahrnehmung von übertragenen Aufgaben genügt werden.

3. Richter an obersten Bundesgerichten

Gerade und insbesondere an der Untersuchungsgruppe der Richter der obersten Bundesgerichte wird deutlich, dass ein echtes Nebeneinander von demokratisch-politischer und rechtsgebundener Ämtervergabe nicht gelingt. Das mehrstufige Auswahl- und Ernennungsverfahren und die verfassungsgerichtlich herausgearbeitete komplizierte Kasuistik zeigen auf, dass die Verwirklichung beider Verfassungswerte, der Bestenauslese und eines weiteren demokratischen Legitimationsstrangs, nur schwer zu realisieren ist. Hinzu kommt im Falle der Richterwahl die Verselbstständigung des Gesamtprozesses zu einem von außen undurchsichtigen und scheinbar nicht steuerbaren Prozess, sodass dem gesetzgeberischen Sinn und Zweck der Regelungen in der Praxis nicht entsprochen wird.

Darüber hinaus dürfte sich jedoch auch die Erforderlichkeit einer demokratischen Rückkopplung als Teil einer als notwendig erachteten, ethischen Fundierung der Richter insbesondere angesichts des gewandelten Selbstverständnisses der Richterschaft überholt haben. Juristische Rechts- und Arbeitstechnik sowie grundlegende Übereinstimmung mit verfassungsrechtlichen Werten formen heute eine professionell arbeitende Richterschaft. Selbstverständnis und Professionalität im Hinblick auf juristische Arbeitstechnik und Methoden besitzen damit heute bereits mehr Steuerungskraft, als die von einem Legitimationsakt ausgehenden Steuerungswirkung im Sinne einer demokratischen Rückanbindung an Grundwerte. Insofern scheinen die überholten Mechanismen eher geeignet, die Integrität der Judikative insgesamt zu untergraben. Gerade der Justizapparat ist dabei in der Rolle zu beweisen, dass eine strikte Regelbindung nicht nur in der spruchrichterlichen Tätigkeit, sondern auch in organisationsrechtlichen Fragen in Wahrung der verfassungsrechtlichen Position und auch in Abgrenzung zu anderen Gewalten gewahrt werden kann.

Der Gesetzgeber ist gehalten, das verfassungsrechtlich vorgeschriebene Wahlverfahren für die Richter der obersten Bundesgerichtshöfe verfassungsgemäß, d.h. in Übereinstimmung mit verfassungsrechtlichen Grundlagen

auszugestalten. Um nicht einen der die verschiedenen Berufungsmechanismen begründenden Werte vollständig zu verdrängen, kommt ein schonender Ausgleich im Sinne einer stufenweisen Anwendung in Betracht. So kann zwar die Bestenauslese dem eigentlichen Wahlakt keine Vorgaben machen, jedoch könnte die Bestenauslese bereits im Vorfeld der Wahl dergestalt zum Zuge kommen, dass nur die besten Kandidaten zur Wahl stehen. Dafür steht zum einen die stringente Anwendung des Leistungsgrundsatzes bei der Suche der Kandidaten in den Ländern, also bei Bestückung der Landeslisten, zur Verfügung; zum anderen könnten auch noch danach aus der Gesamtschau der Länderkandidaten die Besten abgeschöpft werden. Auf Grundlage dieses Kandidatenfeldes der Besten kann dann eine echte Wahlentscheidung durch die stimmberechtigten Ausschussmitglieder getroffen werden, so wie es Art. 95 Abs. 2 GG vorschreibt. Dieser echten Wahlentscheidung kann der zuständige Minister sodann auch unter Wahrung des dem Gremium zustehenden Entscheidungsspielraums und zugleich unter Wahrung seiner eigenen rechtlichen Bindungen zustimmen. Zwar kann durch dieses Ergebnis der Föderalismusgedanke des Art. 36 Abs. 1 GG nicht immer verwirklicht werden; vor allem werden damit aber politische Vorabsprachen und somit das bereits gegenwärtige Unterlaufen des Wahlakts sowie dessen Entwertung verhindert.

E. Entspannungsversuche

Aufgabe des öffentlichen Dienstrechts ist es, den Fehlentwicklungen und vielfältigen Versuchungen entgegenzuwirken, die das Leistungsniveau und die Moral der öffentlichen Amtsträger beeinträchtigen können. Neben Art und Weise der Ausbildung und dem damit verknüpften System strukturierter Laufbahnen und entsprechender Vorausbildung ist es vor allem die korrekte Bewerberauswahl bei Einstellungen und Beförderungen, von der die Qualität von Verwaltungsleistungen abhängt.¹ Dabei spielt auch die Qualität der Dienstaufsicht eine klare Rolle. Hingegen sind Ämterpatronage und Korruption geeignet, das grundlegende Vertrauen in staatliche Strukturen zu beseitigen und legitimierte Herrschaftsgewalt zu untergraben.

Nach den Vorstellungen der antiken griechischen Polisdemokratie konnte das Ideal der politischen Gleichheit aller Bürger am Besten im Wege einer Ämterbesetzung durch Losentscheid erreicht werden. Nur die Amtsbesetzung durch Los entspreche der Natur der Demokratie, eine Wahl hingegen eher der Natur einer Aristokratie, wenn nicht sogar der Oligarchie. Durch das Los verschwinde der Unterschied zwischen Regierten und Regierenden, zwischen Bürgern und Politikern, zwischen Oben und Unten. Es gebe kein Repräsentationsproblem, keine Wahlkämpfe, keine uneingelösten Versprechen; das Los mache alle gleich. Dieser bereits früh entwickelte Gedanke einer Ämterbesetzung durch Losentscheid kommt uns heute befremdlich vor.² Die heute zu bestimmenden Parameter der Besetzung und Einordnung besonderer öffentlicher Ämter sind geprägt vom Spannungsfeld zwischen der Anspruchsjurisprudenz einerseits und der Organisationsgewalt und der Personalhoheit andererseits.³ Zur Auflösung des Spannungsfeldes werden nach dargelegten Erwägungen folgende Schlussfolgerungen gezogen.

¹ Bull, in: Bultmann u. a., FS Battis, S. 545.

² Wenngleich nicht gänzlich verworfen, vgl. z.B. für die Schweizer Justiz: Russo, Des juges tirés au sort: réalité ou illusion démocratique? in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2019/2, Rz. 24.

³ So bereits Isensee, in: Bachof/Heigl/Redeker (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Kap. 20 S. 337.

I. Politische Beamte

Das Institut des politischen Beamten nimmt innerhalb der Institution des Berufsbeamtentums keine konstitutive Position im Sinne einer Unentbehrlichkeit ein. Zugleich ist es jedoch auch nicht zwingend verfassungswidrig und unterliegt insofern dem Gestaltungsermessen des Gesetzgebers, soweit und solange der verfassungsrechtliche Rahmen gewahrt wird.

1. Umfang der Posten radikal verkleinern

Die auf verfassungsrechtlicher Grundlage zulässigerweise als politische Beamte ausgestalteten Amtsposten sind allein solche, die aufgrund einer besonderen Nähe zur Staatsleitung herausgehobene und unmittelbare Transformations- oder auch Repräsentationsfunktionen wahrnehmen.

Diese Funktion engster und unmittelbarer Berater der politischen Führung wird in den Bundes- und Landesministerien, im Bundeskanzleramt, im Bundespräsidialamt und in den Staats- bzw. Senatskanzleien insbesondere durch die Staatssekretäre ausgefüllt. Diese bilden infolge ihrer Schnittstellenfunktion das unmittelbare Bindeglied zwischen Politik und Verwaltungsapparat und besitzen daher besonderen Einfluss auf eine zielgenaue und effektive Vermittlung und Umsetzung der regierungspolitischen bzw. staatsleitenden Maßnahmen.

In Bezug auf die Ministerialdirektoren in der Bundesverwaltung unmittelbar unterhalb dieser Staatssekretär-Ebene hingegen erscheint zumindest eine durchgehende Einordnung als politische Beamte verfassungsrechtlich nicht tragfähig. Besondere Transformations- oder auch Beraterfunktionen können in diesen Fällen höchstens eine Einbeziehung von Abteilungsleitern politisch besonders sensibler Bereiche, wie z.B. Abteilungen für Verfassungsschutz, tragen.

Eine weitergehende gesetzliche Differenzierung ist auch im Bereich der Beamten des höheren Dienstes im auswärtigen Dienst angezeigt. So scheint es insbesondere möglich, die geforderte politische Sensibilität und diplomatisches Geschick als besondere Eignungsausprägung der Bewerber zu fordern und sonstigen Widersprüchen mit den Mitteln des Dienstrechts zu begegnen, sodass nicht jeder Botschafter ab der Besoldungsgruppe A 16 notwendigerweise als politischer Beamter gelten müsste.

Eindeutige Repräsentationsaufgaben werden in den Ämtern von Regierungs- und Pressesprechern wahrgenommen, die im Wege der Öffentlichkeitsarbeit über regierungspolitische Maßnahmen informieren und damit in ihrer Funktion und Person zugleich für Verständnis und Akzeptanz der Re-

gierungspolitik sowie auch für Sympathie der Regierung werben. In diesen Ämtern wird ein besonderes politisches sowie persönliches Vertrauensverhältnis zum Vertretenen zum konstitutiven Funktionsmerkmal.

Diese Erwägungen kommen gleichermaßen zum Tragen bei den landesrechtlich etwaig erfassten Regierungspräsidenten sowie Beauftragten und Bevollmächtigten. Auch diese Ämter können innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens zulässigerweise als politische Beamte ausgestaltet werden.

Die Einordnung der weiteren bundes- sowie landesgesetzlich erfassten Statusämter als politische Beamte erscheint hingegen vor dem hier vermessenen verfassungsrechtlichen Rahmen nicht tragfähig. Der Bestand ist insofern zu reduzieren und die Personalverantwortung unter Wahrung der grundlegenden Leistungs- und Verfahrensanforderungen an die innerhalb der Organisation zuständige Stelle zu überantworten.

2. Eigenes Rechtsregime für zulässige Ämter

In Betracht der vom Institut des politischen Beamten ausgehenden Beeinträchtigungen auf das System insgesamt könnte es angezeigt sein, das Institut des politischen Beamten vollständig abzuschaffen und die zulässigerweise als solche ausgestalteten Ämter einem politischen Amtsverhältnis zu überführen.

Eine solche Überführung der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse in öffentlich-rechtliche Amtsverhältnisse i. S. d. politischen Staatssekretäre in Baden-Württemberg oder auch in Anlehnung an die bayerische Regelung ist auch verfassungsrechtlich gangbar. Insbesondere wäre hiermit dem staatsleitenden Steuerungsanspruch zur besonderen Geltung verholfen, auch wenn zu bedenken bleibt, dass sich etwaige Einwirkungsansprüche des Staatssekretärs auf den Verwaltungsapparat mit weiterer Entfernung von diesem ggf. vermindern. Auf der anderen Seite wird dem Exekutivbereich mit der Entziehung des höchsten Statusamtes auch keine wesentliche Komplementärfunktion genommen, wie sich bereits auf Grundlage der geltenden gesetzlichen Systematik zeigt, in der die politischen Beamten als Fremdkörper im beamtenrechtlichen Funktionsorganismus auftreten und mehr Nach- als Vorteile zu bringen scheinen.

Die Beibehaltung der verfassungsrechtlich zulässigen Statusämter politischer Beamter verhält sich jedoch im Rahmen des politischen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des formellen Gesetzgebers.

3. Flexiblere Lösungen für zulässige Ämter

Soweit der Gesetzgeber keine öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisse für die als besonders vertrauensabhängig eingestuften Ämter in Betracht zieht, sollten zumindest flexiblere Instrumente mit gleicher Effektivität bedacht werden.

So darf auch die Möglichkeit von Zeitverträgen nicht vorschnell mit der Begründung des Bruchs mit dem Lebenszeitprinzip abgetan werden. Das Lebenszeitprinzip dient der Unabhängigkeit der Amtsführung infolge einer persönlichen und wirtschaftlichen Sicherung des Amtsträgers, das mit der Berücksichtigung politischer und persönlicher Anschauungen zumindest in persönlicher Dimension ohnehin bereits vielfach gebrochen wird. Wirtschaftlich bleiben politische Beamte infolge der auskömmlichen Regelungen zum einstweiligen Ruhestand zwar besonders gesichert. Eine betragsmäßig niedrigere Sicherung dürfte diese Ziele jedoch in gleicher Weise erreichen, insbesondere vor dem Hintergrund der hohen Qualifikation der Amtsträger. Insofern könnte im Einzelfall – entsprechend dem Überspringen mehrerer Stufen bei der Amtserlangung – auch die Rückkehr in das vorige Amt ermöglicht werden.

4. Bewerbungsverfahrensanspruch sichern

Die Mindestforderung besteht in der Sicherung des grundrechtsgleichen Rechts des leistungsabhängigen Zugangs zu öffentlichen Ämtern. Die subjektive Dimension des Leistungsgrundsatzes kann nur angemessen gewahrt werden, sofern grundlegende Verfahrensanforderungen bei der Bewerberauswahl eingehalten werden. Dies erfasst auch die Einbindung von Personalvertretungen in den Bewerberauswahlprozess sowie in den Prozess der Ruhestandsversetzung.

Dabei ist allein die Aufstellung von Verfahrensanforderungen nicht hinreichend geeignet diese Rechte zu sichern. Erforderlich ist vielmehr auch eine entsprechende Kontrolle durch Vorgesetzte, Gerichte, Parlamente und Medien. Nur so kann ein qualifizierter und korruptionsfreier öffentlicher Dienst sichergestellt werden.

II. Kommunale Wahlbeamte

Bei den direkt gewählten und somit unmittelbar durch das kommunale Wahlvolk legitimierten kommunalen Wahlbeamten steht die Verwirklichung des uneingeschränkten demokratischen Wahlprinzips im Vordergrund. Dieses

verdrängt Erwägungen der Bestenauslese in seinem Anwendungsbereich entsprechend. Dies gilt vornehmlich für die Ämter der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten.

Für die indirekt, maßgeblich durch das jeweilige kommunale Vertretungsorgan gewählten kommunalen Wahlbeamten, vornehmlich solche der zweiten Leitungsebene, erscheint die Statuierung grundsätzlicher Befähigungs- und Leistungsanforderungen hingegen auch vor verfassungsrechtlichen Wertungen gerechtfertigt. Gefordert wird die Einhaltung der Bestenauslesekriterien, gleichwohl unter besonderer Berücksichtigung der für das Amt erforderlichen Eignung bei der Vorauswahl der Kandidaten durch den Hauptverwaltungsbeamten. Es liegt sodann in der Entscheidung des Vertretungsorgans, diesen Kandidaten zu bestätigen.

Dem Bild des kommunalen Aufgabendualismus entsprechend kann insofern von einem Legitimationsdualismus in der Kommune gesprochen werden, da neben die formelle, intrakommunal durch Wahl vermittelten Legitimationslinie eine materielle, extrakommunale Legitimationslinie durch die Rechtsbindung an Leistungskriterien tritt.

III. Richter der obersten Bundesgerichte

Die funktionsbedingt erforderliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der rechtsprechenden Gewalt verlangt eine striktere Trennung der Rechtsprechung von den übrigen Gewalten, als sie durch das in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG normierte, Gewaltenverschränkungen erlaubende, allgemeine Organisations- und Funktionsprinzip der Gewaltenteilung gefordert wird. Ausnahmen hiervon sind lediglich in geringem Umfang zulässig und nur, wenn der Charakter der Gerichte als besondere unabhängige Organe der Rechtspflege nicht beeinträchtigt wird.⁴

Gesetzgeberische Absicht bei Erlass der Regelungen des RiWG war es, für die Bestellung der Richter eine breite und fundierte Basis zu schaffen, die Richter vor insbesondere parteipolitischer Einseitigkeit zu schützen und so in ihrer demokratischen Autorität und Legitimation zu stärken. Das Verfahren sollte insbesondere die verschiedenen politischen Kräfte balancieren und so einer Ämterpatronage entgegenwirken.⁵ In der Praxis hat sich jedoch wie aufgezeigt eine konträre Struktur herausgebildet; in diesem Zusammenhang wird auch von einem parteipolitisch fehlgeleiteten Auswahlprozess der Bundesrichter gesprochen.⁶

⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16 – juris Rn. 50 m. w. N.

⁵ Vgl. auch BVerfG NJW 2016, 3425 (3427).

⁶ So *Spellbrink*, Bundessozialgericht, S. 877.

Der ursprüngliche Grund für die besondere Auswahl der Richter anhand eines Wahlverfahrens lag maßgeblich darin, in der Bevölkerung wieder Vertrauen herzustellen in die für eine aufgrund ihrer Verstrickung in die Nazigewaltherrschaft diskreditierte Justiz. Dieser Grund ist mittlerweile obsolet geworden, wurde dieses Ziel doch erreicht. Infolge eines professionellen und den Werten des Grundgesetzes unbeschränkt verpflichteten Selbstbildes der Richterschaft und 70 Jahren gefestigter Rechtssprechungsgeschichte ist das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz wiederhergestellt. Jetzt gilt es, dieses Vertrauen zu erhalten.

1. Stufenmodell

Abseits einer Verfassungsänderung des durch Art. 95 Abs. 2 GG vorgeschriebene Wahlverfahrens liegt es in der Verantwortung des formellen Gesetzgebers, das Richterwahlverfahren im Hinblick auf das öffentliche Interesse system- und wertgerecht und mit Blick auf Individualinteressen auch grundrechtsadäquat und mithin verfassungsgemäß auszugestalten. Hier kann eine Stufenlösung in Betracht kommen, die eine abgemilderte – da mehrere Kandidaten hervorbringende – Bestenauslese entweder bereits auf die Bestückung der Landeslisten oder, soweit ausreichend Kandidaten zur Verfügung stehen, auch danach auf die Kandidatenwahlliste des Ausschusses anwendet. Ein solch verfassungsrechtlicher Kompromiss würde der leichten Ausschließbarkeit von Leistungsaspekten bei der Richterwahl entgegenwirken und zugleich gemäß der verfassungsrechtlichen Konzeption dem Ausschuss eine echte Wahlentscheidung vorbehalten, der auch der zuständige Minister unter Wahrung seiner rechtlichen Bindungen zustimmen kann.

Abseits einer solchen Stufenlösung sind weitere Reformvorschläge denkbar, die im Wesentlichen auf die Einhaltung der aus der subjektiven Dimension des Art. 33 Abs. 2 GG entspringenden Verfahrensanforderungen auch bei der Suche nach geeigneten Richter Kandidaten abzielen und auch bereits in der parlamentarischen Debatte angekommen sind.⁷

2. Anforderungsprofil

So sollte zunächst ein bundeseinheitliches Anforderungsprofil für die Tätigkeit als Richter an einem obersten Gerichtshof des Bundes erstellt werden, das Basisanforderungen an die Ausübung der hauptsächlich revisionsrichterlichen Tätigkeit stellt. Dieses darf sich nicht allein auf Befähigungsaspekte beschränken, sondern muss grundlegend erforderliche Eigenschaften und

⁷ Vgl. BT-Drs. 18/7548 und auch das Protokoll 18/176, S. 17370 ff.

Kompetenzen für das Amt des obersten Bundesrichters in Bezug auf Eignung und auch fachliche Leistung festlegen.

3. Öffentliche Ausschreibung

Diese Basisanforderungen sollten dann mithilfe einer öffentlichen Ausschreibung aller Stellen bei den obersten Gerichten des Bundes bekannt gemacht werden.⁸ Das gegenwärtige Kandidatenvorschlagsrecht zugunsten allein des zuständigen Bundesministers und der Ausschussmitglieder ist indes verfassungsrechtlich nicht zwingend,⁹ vielmehr steht dieses wie aufgezeigt in Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Wertungen des Leistungsgrundsatzes, sodass eine Einleitung des Verfahrens durch Bewerbungen geboten und sinnvoll erscheint. Sofern keine öffentliche Ausschreibung erfolgt, könnte über die Einführung eines Interessenbekundungsverfahrens nachgedacht werden, wie es z. B. bereits am Berliner Arbeitsgericht praktiziert wird. Möglich erscheint auch, dass das jeweilige Landesjustizministerium die Landesrichter über das Wahlverfahren und die Stellensituation an den Bundesgerichten frühzeitig informiert und diesen so zumindest die Möglichkeit einer Bewerbung gewährt.¹⁰

4. Erhöhung der demokratischen Legitimation

In Bezug auf die Zusammensetzung des Ausschusses könnte eine Erhöhung der demokratischen Legitimation dadurch erfolgen, dass der Ausschuss zumindest mehrheitlich durch vom Bundestag direkt gewählte Mitglieder besetzt wird. Eine stärkere Legitimation wäre auch durch die Besetzung des Ausschusses ausschließlich mit parlamentarischen Mandatsträgern zu erreichen.

Für die maßgebliche Wahlentscheidung durch die Ausschussmitglieder könnte sodann auch vor dem Hintergrund einer intendierten, starken Rückbindung das Erfordernis einer qualifizierten Mitgliedermehrheit bedacht werden.

⁸ Zu diesen ersten beiden Vorschlägen s. auch die Pressemitteilungen des Bundesvorstands der Neuen Richtervereinigung vom 12.06.2015, S. 2, und auch vom 14.03.2019 (abrufbar unter: <https://www.neuerichter.de/details/artikel/article/das-rich-terwahlgesetz-des-bundes-muss-nach-65-jahren-in-den-ruhestand-gehen-407.html>, Aufruf am 14.05.2020).

⁹ S. bereits *Staats*, RiWG, § 10 Rn. 1.

¹⁰ Vgl. auch *Schübel*, NJW 2014, 1355 (1357f.).

5. Persönliche Vorstellung

In jedem Fall erforderlich ist eine Einladung der Richterkandidaten zur persönlichen Vorstellung im Richterwahlausschuss. Eine wie bisher praktizierte (Wahl-)Entscheidung allein nach Aktenlage und somit maßgeblich auf Grundlage fremder Bewertungen ist nicht nur lebensfremd, auch ist diese Praxis nicht geeignet, den ursprünglichen gesetzgeberischen Zweck einer starken Wertanbindung der Richter zu erreichen. Eine unmittelbare persönliche Urteilsbildung insbesondere über Eignungskriterien, aber auch die Vergewisserung über tatsächliche Befähigungsaspekte allein auf Grundlage der Akten scheint nur schwer möglich.

6. Beteiligungsanforderungen

Diese Verfahrensanforderungen sind zudem durch die Beteiligung der zuständigen Personalräte zu ergänzen und zu sichern. Auch die Beteiligung von Gleichstellungsbeauftragten und Schwerbehindertenvertreter ist weiterhin zu gewährleisten.

In Frage kommt auch eine Veränderung der bisherigen Richterbeteiligung. Unter den rund ein Dutzend Möglichkeiten der Mitwirkung von Richtern bei der Berufung von Richtern sieht das DRiG die schwächste Form der Beteiligung vor, nämlich die unverbindliche Anhörung einer Richtervertretung, des Präsidialrats.¹¹ Auch die Venedig-Kommission des Europarates fordert insofern eine weitergehende Form der Beteiligung.¹² Zwar gilt seit einiger Zeit zumindest die Einigung, dass ein als nicht geeignet eingestuft Kandidat nicht gewählt wird. Es besteht gegenwärtig jedoch nicht mal die Praxis der Erörterung einer vom Präsidialrat getroffenen Beurteilung vor den Mitgliedern des Richterwahlausschusses.¹³

7. Begründung der Entscheidungen

Zur Sicherung des grundrechtsgleichen Rechts unerlässlich scheint indes eine Begründung der Wahlentscheidung des Ausschusses in seiner Gesamtheit. Nur bei Offenlegung der maßgeblichen Entscheidungsgründe sowohl der Präsidialräte als auch des Richterwahlausschusses ist eine Nachvollziehbarkeit des Geschehens durch die Bewerber, aber auch eine Kontrollmöglichkeit

¹¹ Vgl. in diese Richtung bereits *Wagner*, Der Richter, S. 226.

¹² *Venice Commission*, Independence of the Judicial System I, S. 7 Nr. 28 ff.

¹³ Vgl. auch den nie umgesetzten Reformvorschlag aus Baden-Württemberg in BR-Drs. 616/01 v. 02.08.2001.

keit der Entscheidung durch Gerichte gewährleistet. Eine solche Begründung mag infolge des Zusammentreffens vielfältiger pluralistischer Ansichten und Wertungen in der Wahlentscheidung zwar auf ersten Blick schwer praktikierbar erscheinen, letztlich handelt es sich hierbei jedoch um das allgemeine Problem angemessener Begründung von Kollegialentscheidungen. Auch die Kontrollfreiheit der Entscheidungsmotive einzelner Mitglieder schließt es grundsätzlich nicht aus, dass der Vorsitzende die tragenden Erwägungen der gemeinsamen Entscheidung in Orientierung an den im Ausschuss geäußerten Argumenten verfasst. Bei Zweifeln oder Uneinigkeit könnte auch eine entsprechende Abstimmung über diese Frage erfolgen. In der Praxis hilfreich dürften regelmäßig die Vorbereitungen des Berichterstatters sein.¹⁴

8. Zustimmung des Ministers

Die Zustimmungsentscheidung des Ministers hat einer strengen Orientierung an Leistungskriterien zu folgen. In missbräuchlichen Fällen kommen insofern auch Einzelweisungen aus der Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers in Frage.¹⁵

9. Ernennung durch Bundespräsidenten

Eine weitere Kontrollinstanz bietet die Ernennungsentscheidung durch den Bundespräsidenten. Insofern ist zu bedenken, dass dieser in Bezug auf das Verfahren der zumindest organisatorisch einzig wirklich Unabhängige scheint; allein die Existenz eines solchen Widerlagers könnte die Berufenden insofern vor fragwürdigen Ansinnen und Forderungen bewahren.¹⁶ Bei einer strengen Beschränkung auf die geforderten Prüfungskategorien dürften auch unter gesamtpolitischen Aspekten gegen eine solche Befugnis des Bundespräsidenten keine gewichtigen Einwendungen bestehen.

10. Rechtsschutzkonzentration

Vorgeschlagen wird auch eine Rechtsschutzkonzentration an einzelnen Standorten. Diese könne nicht nur den unterschiedlichen Umgang mit dienstrechtlichen Beurteilungsspielräumen und den höchst unterschiedlich langen Verfahrensdauern begegnen, auch dürfte die Sensibilität für den vorhandenen

¹⁴ Ausführlicher *Gärditz*, ZBR 2015, 325 (332 f.).

¹⁵ Hierzu auch *Jarass/Pieroth*, Art. 65 GG Rn. 3.

¹⁶ So *Eschenburg*, Durfte Lübke „Nein“ sagen? Artikel auf Zeit online vom 05.02.1965 (abrufbar unter: <https://www.zeit.de/1965/06/durfte-luebke-nein-sagen/komplettansicht>, Aufruf am 11.10.2019).

politischen Moment der Richterwahl nicht bei allen Fachgerichten gleichermaßen ausgeprägt sein.¹⁷

Insofern wurde auch bereits vorgeschlagen, den Instanzenzug über die erstinstanzliche Zuständigkeit eines Obergerichts zu verkürzen.¹⁸ Der Vorschlag hingegen, entsprechende Streitigkeiten erstinstanzlich am BVerwG zu konzentrieren,¹⁹ stellt nach hier vertretener Ansicht eine auch unter der Wertung des Art. 19 Abs. 4 GG unverhältnismäßige Rechtsschutzverkürzung dar.

11. Eckpfeiler der Richterwahl ins Grundgesetz

Schließlich erscheint es zweckmäßig, die Eckpfeiler der Richterwahl ins Grundgesetz aufzunehmen.²⁰ Die zur objektiven und subjektiven Gewährleistung erforderlichen Verfahrensanforderungen und Entscheidungsmaßstäbe würden so dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers und dem politischen Streit hierüber weitestgehend entzogen.

Dies entspricht indes auch der Ansicht des Consultative Council of European Judges (CCEJ); auch wurde dieser Vorschlag von der Venedig Kommission des Europarates aufgenommen.²¹

IV. Präsident und Vizepräsident des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein

Anhand vorgenommener Systematisierung der betrachteten Amtsgruppen dürfte abschließend auch die Einordnung des Präsidenten und Vizepräsidenten des Landesrechnungshofes Schleswig-Holstein leichter gelingen. Dazu sind zunächst Positionen und wahrgenommene Funktionen der Ämter genauer zu betrachten.

1. Amtsanforderungen

Der Präsident vertritt den Landesrechnungshof nach außen; er leitet die Verwaltung, übt die Dienstaufsicht aus und verteilt die Geschäfte des Lan-

¹⁷ So Gärditz, ZBR 2015, 325 (334).

¹⁸ Vgl. das Eckpunktepapier des Deutschen Juristinnenbundes zur Reform der Wahl der Bundesrichterrinnen und Bundesrichter v. 28.04.2015 (abrufbar unter: <https://www.djb.de/st-pm/st/st15-06/>, Aufruf am 15.05.2020).

¹⁹ Auch Gärditz, ZBR 2015, 325 (335).

²⁰ So bereits Duden, JuS 2019, 859 (864).

²¹ *Venice Commission*, Independence of the Judicial System I, S. 5 Nr. 21 f.

desrechnungshofs auf die Abteilungen im Einvernehmen mit dem Senat (§§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 2 LRHG SH). Der Vizepräsident vertritt den Präsidenten des Rechnungshofs, soweit dieser an der Wahrnehmung seiner Amtsgeschäfte gehindert ist. Im Übrigen übt der Vizepräsident die Befugnisse des Präsidenten auch neben diesem insoweit aus, als der Präsident ihm seine Vertretung übertragen hat (§ 8 Abs. 2 LRHG SH).

Zentrale Aufgabe des Landesrechnungshofes als „selbstständige, nur dem Gesetz unterworfenen oberste Landesbehörde“ (Art. 65 Abs. 1 LV SH) ist die Überwachung der gesamten Haushalts- und Wirtschaftsführung des Landes. Er untersucht hierbei die zweckmäßigste, wirtschaftlichste und einfachste Gestaltung der öffentlichen Verwaltung. Er ist auch zuständig, soweit Stellen außerhalb der Landesverwaltung Landesmittel erhalten oder Landesvermögen oder Landesmittel verwalten. Dies gilt insbesondere für die Haushalts- und Wirtschaftsführung der kommunalen Körperschaften, der übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Landes unterstehen und auch der juristischen Personen des privaten Rechts, wenn sie Mittel aus dem Landeshaushalt erhalten, Landesvermögen verwalten oder dem Landesrechnungshof ein Prüfungsrecht eingeräumt ist. Das jährliche Prüfungsergebnis übermittelt der Landesrechnungshof gleichzeitig dem Landtag und der Landesregierung, über abgeschlossene Prüfungstätigkeiten kann auch die Öffentlichkeit informiert werden (vgl. Art. 64 LV SH, § 2 Abs. 1–5 LRHG SH). Zudem hat der Landesrechnungshof sich auf Ersuchen des Landtages oder der Landesregierung über Fragen gutachtlich zu äußern, die für die Bewirtschaftung öffentlicher Mittel von Bedeutung sind (vgl. § 2 Abs. 6 LRHG SH).

Angesprochen ist damit vorrangig die spezielle Kontrolle des Landesrechnungshofes über die finanzwirtschaftliche Mittelverwendung des Landes. Daneben bleibt die allgemeine Kontrolle der Regierungstätigkeit durch das Landesparlament, insbesondere die Opposition, bestehen, die nicht gehindert ist, auch finanzwirtschaftliche Kontrolltätigkeiten zu entwickeln. Auch die Entlastung der Landesregierung auf Grundlage des Berichts zur Haushaltsrechnung sowie des Jahresberichtes des Landesrechnungshofes verbleibt originäre Aufgabe des Parlaments (vgl. Art. 63 Abs. 2 LV SH; auch § 114 Abs. 2 LHO SH).

2. Besetzungsverfahren

Der Präsident und der Vizepräsident des Rechnungshofes werden auf Vorschlag der Landesregierung vom Landtag ohne Aussprache mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder auf die Dauer von zwölf Jahren gewählt und sodann vom Ministerpräsidenten zum Beamten auf Zeit ernannt (vgl. Art. 65 Abs. 2 S. 2 und 3 LV SH; § 4 Abs. 1 und 2 LRHG SH). Zum

Tragen kommt hier somit zunächst ein Kandidatenvorschlagsrecht zugunsten desjenigen, der maßgeblich durch die Tätigkeit des Rechnungshofes kontrolliert werden soll. Dieser Wahlvorschlag wird sodann mit qualifizierter Mitglieder Mehrheit durch das Parlament bestätigt oder abgelehnt. Ein eigenes Vorschlagsrecht steht dem Parlament nicht zu.²²

3. Konsequenzen

Die Abweichung vom Leistungsgrundsatz bei der Besetzung der Präsidenten- und Vizepräsidentenstelle des Landesrechnungshofes infolge der verfassungsrechtlichen Entscheidung für den politischen Wahlmodus erscheint wie aufgezeigt grundsätzlich verfassungsrechtlich möglich. Die Besonderheit des Landesrechnungshofes als Kontrollinstanz besteht insofern in der Zuordnung desselben zur Exekutivgewalt. Mithin mag zwar eine staatsorganisationsrechtliche Verbundenheit zum Verwaltungs- und auch Regierungsbereich bestehen. Dennoch besitzen die Landesrechnungshöfe infolge ihrer Überwachung und Kontrolle der Finanztätigkeiten des Staatsleitungsbereiches gerade eine besonders zugewiesene Komplementärfunktion, die es nicht nur inhaltlich, sondern auch personell zu sichern gilt. Insofern vermag die Festlegung des Wahlverfahrens in der Verfassung normhierarchisch und auch entsprechend des materiellen Wertgehalts zwar grundsätzlich die Anwendung einer ausschließlich rechtsgebundenen Ämtervergabe nach Leistungskriterien zu verdrängen. Zum einen verdrängt dies jedoch nicht die zur anspruchsvollen Aufgabenerfüllung zwingend vorausgesetzte Befähigung, die infolge der grundsätzlichen Senatsentscheidungen (§ 11 Abs. 1 LRHG SH) zumindest bei einem Drittel der Mitglieder in qualifizierter Form gefordert wird (vgl. § 6 Abs. 1 LRHG SH); zum anderen muss auch die weitere Gestaltung des Verfahrens den Anforderungen des Leistungsgrundsatzes genügen. Insofern bedürfen Abweichungen von der Leistungsorientierung in der Ausgestaltung des Verfahrens einer verfassungsrechtlich tragfähigen Rechtfertigung.

Augenfällig ist zunächst, dass sich ein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund für das Kandidatenvorschlagsrecht zugunsten der Landesregierung zumindest auf den ersten Blick nicht erschließt. Erst mit Blick auf § 88 Abs. 2 LHO, wonach bei bestimmten Ausgaben, deren Verwendung geheim zu halten ist, der Haushaltsplan festlegen kann, dass abseits einer Senatsentscheidung die Prüfung allein durch die Präsidentin oder den Präsidenten des Landesrechnungshofs oder, wenn deren oder dessen Stelle nicht besetzt ist, durch die Vizepräsidentin oder den Vizepräsidenten vorgenommen wird, eröffnet den Begründungsansatz. Insofern ist für diese Fälle vorsorglich ein

²² Entsprechend auch auf Bundesebene (vgl. § 5 Abs. 1 BRHG) und in einigen Ländern, vgl. beispielhaft Art. 70 Abs. 2 Nds. LV und § 4 Abs. 1 Nds. LRHG.

besonderes Vertrauensmoment der Regierung in den Prüfenden und dessen Geheimhaltung gefordert, das ein entsprechendes Vorschlagsrecht grundsätzlich tragen kann.

Entsprechend findet das Vorschlagsrecht der Bundesregierung für das Amt des Präsidenten und auch Vizepräsidenten des Bundesrechnungshofes (§ 5 Abs. 1 BRHG) seine Rechtfertigung in der Funktion des Präsidenten bzw., soweit ein solcher nicht bestellt ist, des Vizepräsidenten als Beauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (BWV). Diese bis in die Weimarer Republik zurückreichende Tradition der Funktionswahrnehmung wird auch in einigen Ländern praktiziert.²³ In dieser Funktion ist der BWV in den Rechtsetzungsprozess eingebunden und gem. § 45 Abs. 3 S. 2 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GOBMin) grundsätzlich zu beteiligen.

Ohne das besondere Vertrauenserfordernis in der Stelle des Präsidenten bzw. Vizepräsidenten der Rechnungshöfe grundsätzlich in Frage zu stellen, ist zu bedenken, dass die Aufgabenerfüllung grundsätzlich eine inhaltliche und kritische Prüfung frei von persönlichen und politischen Sympathien erfordert. Gefordert sind vorrangig – wenn nicht ausschließlich – fachliche Qualifikationen in Bezug auf die ex post Kontrolle der öffentlichen Mittelverwendung, gleichwohl unter Beachtung des gesetzgeberisch bestehenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums und unter Wahrung der erforderlichen Diskretion, verstanden als Fähigkeit, Vertraulichkeit in Wort und Schrift zu bewahren. Diese hohen fachlichen Anforderungen sind in einem Anforderungsprofil formulierbar. Darüber hinaus kann auch über eine Ausschreibung der Stellen nachgedacht werden mit dem Ziel, eine mögliche Vielzahl geeigneter Kandidaten zu finden, unter denen sodann unter Berücksichtigung der besonders zu fordernden Eignung der Kandidaten eine leistungsbezogene Differenzierung erfolgen kann. So ermöglicht nicht nur erst eine öffentliche Ausschreibung die effektive Wahrnehmung des grundrechtsgleichen Rechts infolge der Kenntnis von freien Stellen, auch kann nur mit dem Mittel der öffentlichen Ausschreibung der Leistungsgesichtspunkt der möglichst breiten Suche nach dem besten Kandidaten erreicht werden. Insofern sind zumindest verfassungsrechtliche Zweifel an dem Kandidatenvorschlagsrecht des Präsidenten für die weiteren Mitglieder des Rechnungshofes (vgl. § 4 Abs. 3 S. 1 LRHG SH) angebracht. Dies verkennt nicht, dass eine zukunftsgerichtete Finanzkontrolle nicht nur die Aufgabe einer Haushaltsvollzugskontrolle ein-

²³ So z. B. in Rheinland-Pfalz oder Hessen, dort aber rechtssicher durch § 6a des Gesetzes über den Hessischen Rechnungshof bestimmt. Vgl. auf Bundesebene nur die Bekanntmachung der Richtlinien für die Tätigkeit der oder des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (BWV-Richtlinien) vom 8. Juni 2016 durch das Bundesministerium der Finanzen (BAnz AT 15.06.2016 B1).

nehmen soll, sondern zugleich eine „gegenwartsnahe Haushaltsgestaltungshilfe“ ist. Ob hierzu jedoch der Bruch mit verfassungsrechtlichen Wertungen erforderlich ist, scheint zweifelhaft.

Gegen eine solche Besetzung dieser Leitungspositionen streitet indes auch die eingeräumte richterliche Unabhängigkeit (Art. 65 Abs. 1 S. 2 LV SH; § 1 Abs. 1 S. 2 LRHG SH). Diese schützt die Rechnungshofmitglieder in ihrer sachlichen Dimension vor äußeren Einwirkungen in die Aufgabenerfüllung, es gilt mithin eine verfassungsrechtlich garantierte, inhaltliche Weisungsfreiheit. Zudem werden die Rechnungshofmitglieder auch in persönlicher Hinsicht in ihrer Unabhängigkeit geschützt, indem sie nicht befürchten müssen, dass eine insbesondere der Regierung unliebsame Prüfungstätigkeit und Amtsführung zur Amtsenthebung führt. Gerade die wahrgenommene Kontrolle der Regierung durch den Rechnungshof verhindert eine Zuordnung der obersten Behörde insgesamt zum Bereich der Staatsleitung. Es erfolgt durch den Präsidenten bzw. Vizepräsidenten des Landesrechnungshofes auch keine nach außen gerichtete Repräsentation der Regierung, wie sie indes in besonderen Fällen durch professorale Ämter zugunsten der Fakultäts- bzw. Hochschulleitung angenommen werden kann; auch werden keine Transformationsaufgaben wahrgenommen, wie dies neben dem Repräsentationsaspekt bei klerikalischen Ämtern im selbstverwalteten Bereich der Glaubensgemeinschaften vermutet werden kann.

Hinzu kommt, dass der Umstand fehlender parlamentarischer Aussprache in Personalsachen das Gefühl der Verheimlichung und Verschleierung noch zu bestärken scheint. Während die Beschlussfassung des Landtags verfassungsrechtlich öffentlich zu erfolgen hat, können für die vom Landtag vorzunehmenden Wahlen durch Gesetz oder auch Geschäftsordnung Ausnahmen zugelassen werden (vgl. Art. 22 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 LV SH). Gem. § 63 Abs. 3 S. 1 GO LT SH ist bestimmt, dass bei Wahlen eine geheime Abstimmung stattfindet. Dieses Wahlgeheimnis hat den Zweck, die Freiheit der Wahlentscheidung vor äußeren Einflüssen zu schützen. Dies gilt sowohl bei Entscheidungsbildung und -abgabe, aber auch nach der Wahl zum Schutz des Wählers. Man könnte annehmen, entsprechend bestehe der Parlamentsbrauch, dass es in Personalsachen keine Aussprache gibt. Dieser dient dem Schutz des Ansehens des Wahlkandidaten und der Würde des Wahlakts, dessen Beurteilung in der geschützten freien Wahlentscheidung des Einzelnen liegt, aber gerade nicht dem öffentlichen, oft überspitzten Diskurs überlassen werden soll.²⁴ Die beiden Aspekte sind jedoch nicht notwendigerweise verknüpft, umfassen sie doch bereits andere Schutzzwecke.

²⁴ BVerfG NVwZ 2014, 1149 (1154).

Deutlich wird dies auch an folgendem Umstand: Den Schutz des Kandidaten hat der Abgeordnete nicht verletzt, indem er öffentlich sein Abstimmungsverhalten in Bezug auf die zur Wahl stehende Person erklärte. Im Vordergrund der Erklärung standen nicht persönliche oder fachliche Eigenschaften des Kandidaten, sondern vielmehr die unter den Parteien bestehende Praxis eines politischen Postenhandels anlässlich der Kandidatensuche. Dabei gilt insbesondere das Parlament als Ort der gewollt gegensätzlichen Erörterung in der Sache; eine Beschränkung des verfassungsrechtlich gewährten Rederechts von Abgeordneten kommt mithin nur bei (ggf. einfachgesetzlich konkretisierten) Rechtsgütern von Verfassungsrang in Betracht. Ein solches ist mit der Verheimlichung des Verfahrens und möglicher Absprachen bei der Kandidatensuche offensichtlich nicht gegeben. Im Ergebnis kann der gesetzliche Ausschluss einer Personaldebatte vor Wahlen zu politischen Ämtern somit ausnahmsweise seine Rechtfertigung in der besonderen Rolle des zu besetzenden Amtes im verfassungsrechtlichen Gesamtgefüge finden. Gegenüber dem vollständigen Ausspracheverbot kommen jedoch ggf. der Ausschluss der Öffentlichkeit und eine Personaldebatte in nichtöffentlicher Sitzung als mildere Mittel in Betracht. Unabhängig davon dürfte es demjenigen, der sich um ein politisches Wahlamt bewirbt, jedoch in der Regel zuzumuten sein, bis zur Grenze des Persönlichkeitsrechts Gegenstand parlamentarischer Auseinandersetzungen zu sein.

Zur Entspannung der Situation scheinen im Ergebnis nur zwei Wege geeignet: Entweder es wird eine konsequente Bestenauslese bei der Vorauswahl der Kandidaten unter Berücksichtigung der besonderen Eignungsvoraussetzungen verfolgt, woraufhin der zwingend einzige bestehende Kandidat eine legislative Bestätigung – man könnte auch sagen eine parlamentarische Weihung – erfährt. Oder es werden unter Berücksichtigung gleichwohl gelockerter Leistungskriterien mehrere, die Diskretionsanforderungen erfüllende Kandidaten vorgeschlagen, unter denen dann eine echte Wahlentscheidung zugunsten des Parlaments stattfinden kann. Nur so kann es gelingen, die zwei scheinbar inkompatiblen Bausteine der Amtsbesetzungsmodi in ein transparentes Verhältnis zu setzen. Vor dem Hintergrund der dem Rechnungshof zugewiesenen wesentlichen Kontrollfunktionen fällt die Entscheidung zugunsten eines echten parlamentarischen Wahlverfahrens aus. Die Verdrängung sowohl der Bestenauslese als auch des demokratischen Wahlprinzips in den Ämtern des Präsidenten und Vizepräsidenten des Landesrechnungshofes durch politische Vorabsprachen und parlamentarische Scheinwahlen liegt zumindest außerhalb des hier vermessenen verfassungsrechtlichen Rahmens.

Literaturverzeichnis

- Aberbach*, Joel D./*Putnam*, Robert D./*Rockman*, Bert A.: Bureaucrats and Politicians in Western Democracies, Harvard University Press, Cambridge, Mass./London 1981 (zitiert: *Aberbach/Putnam/Rockman*, Bureaucrats).
- Anders*, Georg: Zur Problematik der Institution der politischen Beamten, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1964, S. 109–119.
- Arnim*, Hans-Herbert von: Korruption – Netzwerke in Politik, Ämtern und Wirtschaft, München 2003 (zitiert: v. Arnim (Hrsg.), Korruption).
- Arnim*, Hans-Herbert von: Rette sich, wer kann. Schnelle Erhöhung der Versorgung politischer Beamter geplant, Publicus Heft 12/2011, S. 7–9.
- Bachof*, Otto/*Heigl*, Ludwig/*Redeker*, Konrad: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978 (zitiert: *Bachof/Heigl/Redeker* (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung).
- Battis*, Ulrich: Bundesbeamtengesetz Kommentar, 5. Aufl. München 2017 (zitiert: *Battis*, BBG).
- Becker*, Bernd: Öffentliche Verwaltung – Lehrbuch für Wissenschaft und Praxis, Percha am Starnberger See 1989 (zitiert: *Becker*, Verwaltung).
- Bochmann*, Günter: Leistungsgrundsatz und Haushaltskonsolidierung – Anmerkungen zum Ausschluss externer Bewerber aus dem Auswahlverfahren zur Erzielung von Personalkosteneinsparungen, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2008, S. 397–406.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Verfassungsfragen der Richterwahl – Dargestellt anhand der Gesetzentwürfe zur Einführung der Richterwahl in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. Berlin 1998 (zitiert: *Böckenförde*, Richterwahl).
- Bogumil*, Jörg: Die politische Führung öffentlicher Dienste – Möglichkeiten und Grenzen der Reorganisation, in: Koch, Rainer/Conrad, Peter (Hrsg.), New Public Service, Öffentlicher Dienst als Motor der Staats- und Verwaltungsmodernisierung, Wiesbaden 2003, S. 61–78 (zitiert: *Bogumil*, Politische Führung).
- Bohlander*, Michael/*Latour*, Christian: Zum Einfluß der politischen Parteien auf die Ernennungen zum Bundesgerichtshof – Zusammenfassung der ersten Ergebnisse einer Befragung der Richterinnen und Richter am BGH, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1997, S. 437–439.
- Bowitz*, Hans Hermann: Zur Bedeutung des Votums des Präsidialrats bei der Bundesrichterwahl, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2016, S. 638–645.
- Bracher*, Christian-Dietrich: Vertrauen in politische Anschauungen und persönliche Loyalität bei beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2001, S. 19–27.

- Bracher*, Christian-Dietrich: Abbau des einstweiligen Rechtsschutzes im Konkurrenzstreit um Funktionsämter, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2016, 1236–1243.
- Brüning*, Christoph: Angemessenheit der Eingruppierung kommunaler Wahlbeamtinnen und Wahlbeamter – In Städten, Gemeinden, Kreisen und bei den Landschaftsverbänden in Nordrhein-Westfalen, *Kommunalrechtliche Studien* Band 8, Baden-Baden 2020 (zitiert: *Brüning*, Eingruppierung kommunaler Wahlbeamter).
- Bull*, Hans Peter: Beamte – die vernachlässigten Hüter des Gemeinwohls? Die Dienstrechtsdiskussion zwischen Standespolitik und Staatstheorie, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2007, S. 1029–1038.
- Bultmann*, Peter Friedrich/*Griogoleit*, Klaus Joachim/*Gusy*, Christoph/*Kersten*, Jens/*Otto*, Christian-W./*Preschel*, Christina: Allgemeines Verwaltungsrecht – Institute, Kontexte, System, Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag, München 2014 (zitiert: *Bultmann u. a.*, FS Battis).
- Council of Europe*: Judges: independence, efficiency and responsibilities Recommendation CM/Rec(2010)12 and explanatory memorandum, Council of Europe Publishing 2011 (abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16807096c1>, Aufruf am 16.01.2020) (zitiert: *Council of Europe*, Judges).
- Czisznik*, Marianne: Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Beamten, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2020, S. 603–612.
- Demmke*, Christoph: Aktuelle Dienstrechtsreformen in Europa – Deutschland im Kontext europäischer Entwicklung: Vorreiter und/oder Bremser? *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 2013, S. 217–230.
- Derlien*, Hans-Ulrich/*Mayntz*, Renate: Einstellungen der politisch-administrativen Elite des Bundes 1987. Comparative Elite Study II gefördert von der DFG. Verwaltungswissenschaftliche Beiträge der Universität Bamberg, Nr. 25, 1988 (zitiert: *Derlien/Mayntz*, Politisch-administrative Elite).
- Detterbeck*, Steffen/*Rozek*, Jochen/*von Coelln*, Christian: Recht als Medium der Staatlichkeit, Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, *Schriften zum Öffentlichen Recht* Bd. 1130, Berlin 2009 (zitiert: *Detterbeck u. a.*, FS Bethge).
- Dippel*, Martin: Ämterpatronage durch politische Parteien, *Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland (NordÖR)* 2009, S. 102–108.
- Döhler*, Marian/*Franzke*, Jochen/*Wegrich*, Kai: Der gut organisierte Staat – Festschrift für Werner Jann zum 65. Geburtstag, *Modernisierung des öffentlichen Sektors Sonderband* 45, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Döhler/Franzke/Wegrich*, FS Jann).
- Dreier*, Horst: Grundgesetz Kommentar, Band I: 3. Aufl. Tübingen 2013, Band II: 3. Aufl. 2015, Band III: 3. Aufl. 2018 (zitiert: *Dreier*, GG).
- Drewes*, Thomas: Verwaltungsreform in Niedersachsen im Zeichen des Neuen Steuerungsmodells – Eine erste Bilanz, *Studien zur Rechtswissenschaft* Band 118, Hamburg 2003 (zitiert: *Drewes*, Verwaltungsreform).
- Ebinger*, Falk/*Jochheim*, Linda: Wessen loyale Diener? Wie die Große Koalition die deutsche Ministerialbürokratie veränderte, *dms – der moderne staat – Zeitschrift*

- für Public Policy, Recht und Management, Heft 2/2009, S. 327–345 (zitiert: *Ebinger/Jochheim*, Loyale Diener?).
- Ebinger*, Falk/*Lux*, Nicolas/*Kintzinger*, Christoph/*Garske*, Benjamin: Die Deutsche Verwaltungselite der Regierungen Brandt bis Merkel II – Herkunft, Zusammensetzung und Politisierung der Führungskräfte in den Bundesministerien, dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, Heft 2/2018, S. 1–23 (zitiert: *Ebinger/Lux/Kintzinger/Garske*, Deutsche Verwaltungselite).
- Ebinger*, Falk/*Schmitt*, Carina: Alles eine Frage des Managements? Wie Autonomierechte die Handlungsfreiheit des administrativen Führungspersonals beeinflussen, PVS – Politische Vierteljahresschrift, Heft 51/1 2010, S. 69–93 (zitiert: *Ebinger/Schmitt*, Handlungsfreiheit).
- Eckstein*, Christoph: Der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG in der neuesten verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2009, S. 86–89.
- Ehlers*, Dirk: Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl: Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Bildung von Richterwahlausschüssen, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 116, Berlin 1998 (zitiert: *Ehlers*, Richterwahl).
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)*: Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12–13 March 2010), CDL-AD(2010)004-e, S. 6 Nr. 27, abrufbar unter: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e), Aufruf am 17.01.2020 (zitiert: *Venice Commission*, Independence of the Judicial System I).
- Flecken*, Hans Ludwig: Gesetzesvorbereitung zwischen politischen Vorgaben, Systemgerechtigkeit und Partikularinteressen, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2019, S. 769–774.
- Franz*, Wolfgang: Staatssekretäre und das Leistungsprinzip – Ein Bereich massiven Rechtsbruchs der politischen Klasse, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2008, S. 236–243.
- Franz*, Wolfgang: Zur Geltung des Leistungsprinzips bei sog. politischen Beamten, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2009, S. 1141–1143.
- Friesenhahn*, Ernst: Parlament und Regierung im modernen Staat, S. 9–65 in: Parlament und Regierung im modernen Staat – Die Organisationsgewalt, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 16, Berlin 1958 (zitiert: *Friesenhahn*, Parlament und Regierung).
- Gärditz*, Klaus Ferdinand: Reformbedarf bei der Bundesrichterwahl? Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2015, S. 325–335.
- Gern*, Alfons/*Brüning*, Christoph: Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert: *Gern/Brüning*, Kommunalrecht).
- Grauham*, Rolf-Richard: Modelle politischer Verwaltungsführung, Konstanz 1969 (zitiert: *Grauham*, Verwaltungsführung).
- Grimm*, Dieter: Recht und Politik, Juristische Schulung (JuS) 1969, S. 501–510.

- Günther*, Hellmuth: Gesetzgebungskompetenzen für das Beamtenrecht, Kodifikationen des allgemeinen Beamtenrechts – Vom Kaiserreich bis zur Bundesrepublik nach der Föderalismusreform, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2010, S. 1–23.
- Hailbronner*, Kay: Der öffentliche Dienst als „pouvoir neutre“, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 2009, S. 267–274.
- Harden*, Thomas: Der Generalbundesanwalt – ein politischer Beamter? Ein Plädoyer für die Abschaffung dieses Sonderstatus, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2020, S. 148–150.
- Hauck-Scholz*, Peter: Rechtsprobleme im Rahmen der Bestenauslese (Art. 33 II GG), Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (öAT) 2017, S. 111–114.
- Haug*, Volker: Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranke, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1999, S. 816–820.
- Hebeler*, Timo: Verwaltungspersonal – Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Strukturierung, Neue Schriften zur Verwaltungsrechtswissenschaft Band 7, Baden-Baden 2008 (zitiert: *Hebeler*, Verwaltungspersonal).
- Hellermann*, Johannes/*Sievers*, Harald: Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Bundesrichterwahl zwischen Bestenauslese und Länderparität, Juristische Schulung (JuS) 2002, S. 998–1004.
- Hermann*, Dirk/*Krämer*, Achim: Festschrift für Christian Kirchberg zum 70. Geburtstag, Stuttgart u. a. 2017 (zitiert: *Hermann/Krämer* (Hrsg.), FS Kirchberg).
- Hermann*, Klaus: Bestenauslese durch Kommunalpolitik – Neues und Bewährtes zur Besetzung kommunaler Beigeordnetenstellen, Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2006, S. 535–540.
- Hermann*, Klaus: Die Suche nach einem Polizeipräsidenten in Berlin – Provinzposse oder Trauerspiel? Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2012, S. 253–260.
- Hippel*, Mila von: Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibung, Schriftenreihe des Deutschen Beamtenbundes Bd. 56, Bonn 1972 (zitiert: v. *Hippel*, Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibung).
- Hirsch*, Günter: Auf dem Weg zum Richterstaat? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit, Juristenzeitung (JZ) 2007, S. 853–858.
- Höfling*, Wolfram/*Burkiczak*, Christian: Die Garantie der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums unter Fortentwicklungsvorbehalt – Erste Überlegungen zur Änderung von Art. 33 Abs. 5 GG, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2007, S. 328–334.
- Hömig*, Dieter/*Wolff*, Heinrich Amadeus: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Baden-Baden 2018 (zitiert: *Hömig/Wolff*, GG).
- Isensee*, Josef: Transformation von Macht in Recht – das Amt, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2004, S. 3–12.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,
- Band II – Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004;
 - Band III – Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl. 2005;

- Band V – Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl. 2007 (zitiert: *Isensee/Kirchhof*, HdBStR Band).
- Jaeckel*, Liv: Der kommunale Beigeordnete zwischen fachlicher Verwaltung und politischer Willensbildung – Eine Erörterung unter Berücksichtigung kommunalverfassungsrechtlicher und beamtenrechtlicher Aspekte, Verwaltungsarchiv (Verw-Arch) 2006, S. 220–248.
- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 16. Aufl. München 2020 und 14. Aufl. München 2016 (zitiert: *Jarass/Pieroth*, GG).
- Jasper*, Christian: Religiös und politisch gebundene öffentliche Ämter – Anschauungsgebundene Vergabe von Staatsämtern im Spannungsfeld zwischen besonderen Gleichheitssätzen und gegenläufigem Verfassungsrecht, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 1286, Berlin 2015 (zitiert: *Jasper*, Öffentliche Ämter).
- Kalenbach*, Georg: Bewerberauswahl im öffentlichen Dienst, Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (öAT) 2013, S. 7–10.
- Knöpfle*, Franz: Inhalt und Grenzen der „Richtlinien der Politik“ des Regierungschefs, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1965, S. 857–862.
- Koll*, Jürgen Th.: Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Ausschreibung, Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2001, S. 394–397.
- Kugele*, Dieter: Der politische Beamte – Entwicklung, Bewährung und Reform einer politisch-administrativen Institution, München 1976 (zitiert: *Kugele*, Politische Beamte).
- Kugele*, Dieter: Die politischen Beamten in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2007, S. 109–115.
- Kühling*, Jürgen: Vereinfachte Glaubhaftmachung im einstweiligen Rechtsschutz konkurrierender Beamter – Ein wichtiger Baustein auf dem Weg zu einem effektiven Rechtsschutz, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2004, S. 656–662.
- Kümper*, Boas: Bestenauslese als Organisationsprinzip – Zu Begriff und Funktion des öffentlichen Amtes i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG – Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2017, S. 414–420.
- Ladeur*, Karl-Heinz: Öffentliche Stellenausschreibung als Gewährleistung des Rechts auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst, Jura. Juristische Ausbildung (Jura) 1992, S. 77–84.
- Lechner*, Hans/*Zuck*, Rüdiger: Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2019 (zitiert: *Lechner/Zuck*, BVerfGG).
- Limperg*, Bettina/*Mayen*, Thomas/*Rüthers*, Bernd/*Safferling*, Christoph/*Schröder*, Richard: Wenn aus Recht Unrecht wird – Über die Verantwortung der Juristen für die Herrschaft des Rechts, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2016, S. 3698–3704.
- Lindner*, Josef Franz: Die „conditio sine qua non“-Formel des BVerfG zum Berufsbeamtentum – zugleich ein Beitrag zur Verfassungswidrigkeit von Führungsämtern auf Zeit, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2016, S. 816–821.

- Lindner, Josef Franz*: Der politische Beamte als Systemfehler, *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 2011, S. 150–161.
- Lindner, Josef Franz*: Politische Beamte auch im Freistaat Bayern? *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.)* 2012, S. 581–588.
- Lindner, Josef Franz*: Grundrechtssicherung durch das Berufsbeamtentum, *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 2006, S. 1–13.
- Lindner, Josef Franz*: Berufsbeamtentum und Demokratieprinzip – ein Zwischenruf, *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 2010, S. 26–31.
- Lindner, Josef Franz*: Die politische Neutralitätspflicht des Beamten, *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 2020, S. 1–7.
- Lindner, Josef Franz*: Unabhängigkeit als Paradigma des Berufsbeamtentums, *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 2013, S. 145–155.
- Lindner, Josef Franz*: Das Transformationsamt des politischen Beamten – Zur Verfassungswidrigkeit von § 54 Abs. 1 Nr. 1 Bundesbeamtengesetz, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2018, S. 983–986.
- Lorse, Jürgen*: Funktionswert von Stellenausschreibungen im öffentlichen Dienst, *Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (ZTR)* 2006, S. 14–27.
- Lorse, Jürgen*: Rechtsfragen der Loyalität im öffentlichen Dienst – Dienstrechtlicher Anspruch im Widerstreit opportunistischer Verhaltensmuster, *Juristenzeitung (JZ)* 2018, S. 643–652.
- Lorse, Jürgen*: Vorwirkungen personalwirtschaftlicher Maßnahmen auf beamtenrechtliche Auswahlentscheidungen – zulässig? *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 2020, S. 73–80.
- Magiera, Siegfried/Sommermann, Karl-Peter/Ziller, Jaques*: Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive – Festschrift für Heinrich Siedentopf zum 70. Geburtstag, *Schriftenreihe der Hochschule Speyer* Band 191, Berlin 2008 (zitiert: *Magiera/Sommermann/Ziller, FS Siedentopf*).
- Mahrenholz, Ernst Gottfried*: Justiz – eine unabhängige Staatsgewalt? Festvortrag beim Deutschen Richtertag, *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)* 1991, S. 432–437.
- Mann, Thomas/Püttner, Günter*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1 – Grundlagen und Kommunalverfassung, 3. Aufl., Berlin u. a. 2007 (zitiert: *Mann/Püttner, HdKWP Bd.*).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*: Grundgesetz Kommentar, 90. EL München 2020 (zitiert: *Bearbeiter, in: Maunz/Dürig, GG*).
- May, Artur*: Parteizugehörigkeit der Bundesrichter – Zu Vultejus, *DRiZ* 1995, 393 – *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)* 1995, S. 480–481.
- Mayntz, Renate/Derlien, Hans-Ulrich*: Party Patronage and Politicization of the West German Administrative Elite 1970–1987 – Toward Hybridization? *Governance* 1989 Vol. 2 Issue 4, S. 384–404 (zitiert: *Mayntz/Derlien, Politicization*).

- Mehde*, Veith: Konkurrentenklage und Bundesrichterwahl – Zwei Entscheidung aus Schleswig, Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland (NordÖR) 2001, S. 470–475.
- Merten*, Detlef: Das Berufsbeamtentum als Element deutscher Rechtsstaatlichkeit, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 1999, S. 1–11.
- Musil*, Andreas: Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2004, S. 116–120.
- Neuhäuser*, Gert Armin: Die verfassungsrechtliche Pflicht zu einer Ausschreibung öffentlicher Ämter und ihre (allein) verfassungsimmanenten Grenzen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2013, S. 176–182.
- Neuhäuser*, Gert Armin: Die Besetzung von Spitzenämtern in der Justiz mit politischen Beamten, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2018, S. 1745–1751.
- Oldiges*, Martin/*Brinktrine*, Ralf: Der Landtagsdirektor als politischer Beamter, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2002, S. 943–950.
- Pförtner*, Klaus: Die deutsche Staatsanwaltschaft: Marionette der Politik? Unabhängigkeit muss sein! Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Ausgabe 04/2008, S. 455–461.
- Plog*, Ernst/*Wiedow*, Alexander: Bundesbeamtengesetz Kommentar mit Beamtenversorgungsgesetz – Bundesbesoldungsgesetz – Beamtenstatusgesetz, Hamburg 2020 (zitiert: *Plog/Wiedow*, BBG). Da sich die Kommentierung laut Herausgeber noch im Aufbau befindet, wird teilweise auf die alte, ausdrücklich noch anwendbare und ausführlichere Kommentierung – *Plog/Wiedow*, 2008 – verwiesen. Dies ist durch die Bezeichnung „BBG alt“ kenntlich gemacht.
- Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung*: Gutachten zum Verfahren der internen und externen Personalauswahl in der Bundesverwaltung, Empfehlung des Präsidenten des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung Band 19, Bonn 2014 (zitiert: *BRH*, Gutachten zum Verfahren der internen und externen Personalauswahl in der Bundesverwaltung).
- Priebe*, Christoph F.: Die vorzeitige Beendigung des aktiven Beamtenstatus bei politischen Beamten und kommunalen Wahlbeamten, Beiträge zum Beamtenrecht Band 2, Berlin 1997 (zitiert: *Priebe*, Vorzeitige Beendigung).
- Priebke*, Walter: Die politische Treuepflicht des Richters, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1991, S. 4–8.
- Reich*, Andreas: Beamtenstatusgesetz Kommentar, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Reich*, BeamStG).
- Rottmann*, Joachim von: Über das Obsolet-Werden von Verfassungsnormen, Festschrift für Wolfgang Zeidler Bd. 2, Berlin 1987, S. 1097–1117 (zitiert: v. *Rottmann*, Obsolet-Werden von Verfassungsnormen).

- Rouban*, Luc: Politicization of the Civil Service, in: Peters, B. Guy/Pierre, Jon (Hrsg.), *Handbook of Public Administration*, London 2003, S. 310–320 (zitiert: *Rouban*, Politicization).
- Sachs*, Michael: Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. München 2018 (zitiert: *Sachs*, GG).
- Sachs*, Michael: Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes, *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 1994, S. 133–143.
- Sasse*, Stefan: Bestenauslese in öffentlichen Betrieben in privater Rechtsform, *Der Arbeits-Recht-Berater (ArbRB)* 2016, S. 264–265.
- Schlottbohm*, Jan: Der Rechtsstaat blockiert sich selbst – Konkurrentenstreit an Bundesgerichten, *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)* 2015, S. 368–379.
- Schmidt-Aßmann*, Eberhard: Leistungsgrundsatz des Art 33 II GG und soziale Gesichtspunkte bei der Regelung des Zugangs zum Beamtenverhältnis, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1980, S. 16–21.
- Schmidt-Bleibtreu*, Bruno/*Hofmann*, Hans/*Henneke*, Hans-Günter: GG – Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. Köln 2018 (zitiert: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG).
- Schmidt-Räntsch*, Günther/*Schmidt-Räntsch*, Jürgen: Deutsches Richtergesetz und Richterwahlgesetz Kommentar, 6. Aufl. München 2009 (zitiert: *Schmidt-Räntsch*, DRiG bzw. RiWG).
- Schübel*, Eva: Chancengleichheit beim Zugang zu den obersten Bundesgerichten? *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2014, S. 1355–1358.
- Schulze-Fielitz*, Helmuth: Anmerkung: Konkurrentenklage, *Juristenzeitung (JZ)* 2002, S. 144–146.
- Schunke*, Reinhard: Die politischen Beamten, Saarbrücken 1973 (zitiert: *Schunke*, Politische Beamte).
- Schwanke*, Katja/*Ebinger*, Falk: Politisierung und Rollenverständnis der deutschen Administrativen Elite 1970 bis 2005 – Wandel trotz Kontinuität, *PVS – Politische Vierteljahreszeitschrift*, Sonderheft 37/2006: Politik und Verwaltung, S. 228–249 (zitiert: *Schwanke/Ebinger*, Politisierung).
- Seckelmann*, Margit: Die historische Entwicklung kommunaler Aufgaben, der moderne Staat (dms) – *Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management* 2008, S. 267–284.
- Seifert*, Achim: Die Bedeutung von EMRK und GRCh für das deutsche kollektive Arbeitsrecht, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)* 2013, S. 205–220.
- Smith*, Stephan/*Bender*, Gregor: Recht der kommunalen Wahlbeamten – Bürgermeister, Landrat, Beigeordneter und Kreisdirektor in Nordrhein-Westfalen, Stuttgart 2016 (zitiert: *Smith/Bender*, Kommunale Wahlbeamte).
- Spellbrink*, Wolfgang: Das Bundessozialgericht aus dem Blinkwinkel der Rechtssoziologie – oder Wie wird man Bundesrichter? in: Wulffen/Krasney (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht*, Köln u. a. 2004, S. 875–897 (zitiert: *Spellbrink*, Bundessozialgericht).

- Staats*, Johann-Friedrich: Richterwahlgesetz Kommentar, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Staats*, RiWG).
- Steinbach*, Armin: Der politische Beamte als verfassungsrechtliches Problem, *Verwaltungsarchiv* (VerwArch) 2018, S. 2–32.
- Stern*, Klaus/*Becker*, Florian: Grundrechte-Kommentar – Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 3. Aufl., Köln 2019 (zitiert: *Stern/Becker*, Grundrechte).
- Tausendpfund*, Markus/*Vetter*, Angelika: Politische Einstellungen von Kommunalpolitikern im Vergleich, Wiesbaden 2017 (zitiert: *Tausendpfund/Vetter*, Kommunalpolitiker).
- Thiele*, Willi: Zur Problematik der Sonderstellung des sog. politischen Beamten, *Der Öffentliche Dienst* (DÖD) 1986, S. 257–265.
- Trentmann*, Christian: Der politische Staatsanwalt? Problempunkte und Lehren aus dem Fall netzpolitik.org unter Berücksichtigung der jüngsten Reformvorschläge des Deutschen Richterbundes sowie europäischer Sichtweisen, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS) 2016, S. 130–137.
- Tschentscher*, Alex: Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006 (zitiert: *Tschentscher*, Legitimation).
- Umbach*, Dieter C./*Dollinger*, Franz-Wilhelm: Zwischen Bestenauslese und Demokratieprinzip – Die Besetzung der Landesrechnungshöfe unter Berücksichtigung der Bewerbung, Wahl und Ernennung der Mitglieder des Rechnungshofs Brandenburg, *Potsdamer Rechtswissenschaftliche Reihe* Band 28, Berlin 2007 (zitiert: *Umbach/Dollinger*, Bestenauslese und Demokratieprinzip).
- Voßkuhle*, Andreas: Rechtsstaat und Demokratie, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2018, S. 3154–3159.
- Wagner*, Albrecht: Der Richter – Geschichte, aktuelle Fragen, Reformprobleme, Karlsruhe 1959 (zitiert: *Wagner*, Der Richter).
- Wagner*, Marc: Das Prinzip der Bestenauslese im öffentlichen Dienst – Art. 33 II GG: Eine Untersuchung der materiell- und verfahrensrechtlichen Eigenheiten besonders gelagerter Anwendungsfälle, Hamburg 2009 (zitiert: *Wagner*, Prinzip der Bestenauslese).
- Weckmann*, Moritz: Die beamtenrechtliche Auswahlentscheidung – ein Verwaltungsakt?! *Zeitschrift für Beamtenrecht* (ZBR) 2020, S. 118–124.
- Wesselmann*, Felix: Die Politik der Bundesrichterberufung – Aus dem Inneren des Richterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG, S. 301–360 in: Bear/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 67, Tübingen 2019 (zitiert: *Wesselmann*, Bundesrichterberufung).
- Wichmann*, Manfred/*Langer*, Karl-Ulrich: Öffentliches Dienstrecht, Das Beamten- und Arbeitsrecht für den öffentlichen Dienst, 8. Aufl., Stuttgart 2017 (zitiert: *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht).
- Wieland*, Joachim: Schriftliche Stellungnahme vom 01.09.2016 zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des

Deutschen Bundestages am 7. September 2016 zu dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Reform der Wahl für die obersten Bundesgerichte, abrufbar auf den Seiten des Deutschen Bundestages unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/438300/7e28fd95b6f3c96bc8cdadeb555f9533/wieland-data.pdf>, Aufruf am 15.10.2019 (zitiert: *Wieland*, Stellungnahme – Reform der Wahl für die obersten Bundesgerichte).

Zacharias, Diana: Das Prinzip der demokratischen Legitimation, Juristische Ausbildung (Jura) 2001, S. 446–450.