

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 Führungämter 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. Bewerbungsverfahrenanspruch 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 Hebler⁶ benutzt der Staat im Hinblick auf das Funktionieren 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 *Hebler*, Verwaltungspersonal, S. 16.