

NUR VERSENDEN

Abgesandt

am
zu **64868/2022**

Thüringer Staatskanzlei · Postfach 90 02 53 · 99105 Erfurt

**Minister für Kultur,
Bundes- und
Europaangelegenheiten und
Chef der
Staatskanzlei**

Vertrauliche Personalsache

Thüringer Rechnungshof
z. Hd. Frau Präsidentin Butzke
Postfach 10 01 37
07391 Rudolstadt

**Prof. Dr.
Benjamin-Immanuel Hoff**

Durchwahl:
Telefon 0361 57-3211830
Telefax 0361 57-3211832

Vz-CdS@tsk.thueringen.de

Ihr Zeichen:

Prüfung "Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden"

hier: Teil II - Staatssekretäre

Ihre Nachricht vom:

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
sehr geehrte Damen und Herren,

Unser Zeichen:
(bitte bei Antwort angeben)
1000-R11-0024/1-6
64868/2022

in Ihrer Prüfung „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden“ – Teil II, Textnummer 8 „Staatssekretäre“¹ vom 22. Februar 2022 (Ziffer 0.32 bzw. 8.6) fordert der Rechnungshof, vor der Ernennung von Staatssekretären die notwendige rechtliche Prüfung der Mindestvoraussetzungen für die Einstellungen in den höheren Dienst und die ggf. mögliche Einstellung in einem Beförderungsamts zu prüfen. Die tatsächlichen Voraussetzungen sind nachzuweisen und die nach Art. 33 Abs. 2 GG notwendige Bestenauslese ist zu gewährleisten.

Erfurt
05.09.2022

Auf Ihre Mitteilung über die Prüfung zur „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden“ nimmt die Thüringer Landesregierung wie folgt Stellung:

Die Rechtsstellung der Staatssekretäre in Thüringen entspricht gem. § 27 Abs. 1 Nr. 1 Thüringer Beamtengesetz (ThürBG) der eines politischen Beamten, zu deren Wesensmerkmalen die fortdauernde Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung – mithin weisungsberechtigter, demokratisch legitimierter und verantwortlicher Organe des Staates - zählt, § 30 Abs. 1 S. 1 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG). Sie üben

20  **zusammen
wachsen**
Bundesratspräsidentschaft
Thüringen 2021/22

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten für alle Geschlechter.



Informationen zum Umgang mit Ihren Daten in der Thüringer Staatskanzlei und zu Ihren Rechten nach der EU-Datenschutz Grundverordnung finden Sie im Internet auf der Seite www.thueringen.de/th1/tsk/datenschutz

Auf Wunsch senden wir Ihnen eine Papierfassung.

**Thüringer
Staatskanzlei**
Regierungsstraße 73
99084 Erfurt

www.thueringen.de

Ust.-ID: DE343898044

damit schon per definitionem Ämter aus, die in besonderer Weise des politischen Vertrauens der Staatsführung bedürfen², das sich insofern als konstituierendes und unerlässliches Element ihres Beamtenverhältnisses darstellt.³

Die Rechtsfigur des politischen Beamten rechtfertigt sich dabei unmittelbar aus der demokratischen Verantwortung der Regierung dem Parlament gegenüber, deren Wahrnehmung die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Verwaltung erforderlich macht.⁴ Aufgrund dieser Funktion und im Hinblick auf ihre verwaltungshistorisch lange Tradition⁵ stellen sie selbst einen „hergebrachten Grundsatz“ des Berufsbeamtentums i. S. d. Art. 33 Abs. 5 GG dar.⁶ Sie bilden mit ihrer Sonderstellung gegenüber „unpolitischen Beamten“ jedoch zugleich eine Ausnahme von Art. 33 Abs. 5 GG, sodass der Kreis der betreffenden Amtsträger nicht beliebig ausdehnbar ist, sondern im Hinblick auf ihre die fort-dauernde politische Übereinstimmung erforderlich machende Aufgabenwahrnehmung auf den engsten Kreis unmittelbarer Berater der Träger politischer Ämter, die den notwendigen Brückenkopf zwischen Regierung und Verwaltung bilden, begrenzt.⁷ Eine abschließende Aufzählung der als politische Beamte ausgestatteten Ämter findet sich daher in §§ 27 Abs. 1, 98 ThürBG i. V. m. § 30 Abs. 1 S. 2 BeamtStG.

Die von den Staatssekretären bekleideten Ämter sind daher als Transformationsämter zu verstehen, deren Aufgabe darin liegt, politische Vorgaben in gesetzeskonformes und rechtsstaatliches Verwaltungshandeln umzuwandeln⁸, was nicht nur ein Nichtbehindern, sondern eine jederzeitige wirksame und aktive Unterstützung der politischen Ziele der Regierung voraussetzt.⁹ Dieses Wesensmerkmal der fort-dauernden politischen Übereinstimmung als entscheidende Voraussetzung der Aufgabenerfüllung bedingt denn auch statusrechtliche Abweichungen gegenüber „unpolitischen Beamten“ als Durchbrechungen der „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ aus Art. 33 Abs. 5 GG:

Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Amtsführung. So erfordert die notwendige besondere Loyalität gegenüber der politischen Regierung und die Bereitschaft, diese wirksam und aktiv zu unterstützen, bereits denknötwendig eine Einschränkung der politischen Neutralitätspflicht aus § 33 Abs. 2 BeamtStG.¹⁰ Stellt die besondere Loyalitätspflicht aber die entscheidende Voraussetzung für die Rechtsstellung eines politischen Beamten dar, so muss im Umkehr-

² BVerfGE 7, 155 (166 f.).

³ BVerfGE 7, 155 (170 f.); BVerfG, NVwZ 2008, 873 (875).

⁴ *Thal*, Das Dogma rechtsschutzverkürzender Ämterstabilität, 2016, 118; *Steinbach*, „Der politische Beamte als verfassungsrechtliches Problem“ in *VerwArchiv* 2018, 2 (9).

⁵ Hierzu im Überblick: *Cziszinski*, „Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Beamten“ in *DÖV* 2020, 603 (607 ff.); *Steinbach*, *VerwArchiv* 2018, 2 (3).

⁶ BVerfGE 7, 155 (166 f.); *Steinbach*, *VerwArchiv* 2018, 2 (3); *Battis*, BBG, 6. Aufl. 2022, § 54 Rn. 5.

⁷ BVerfG, NVwZ 2008, 873 (877); BVerfG, NVwZ 2018, 1044 (1045); die Rechtsprechungs-entwicklung nachzeichnend *Lindner*, „Das Transformationsamt des politischen Beamten“ in *DÖV* 2018, 983 (985 f.).

⁸ BVerfG, NVwZ 2018, 1044 (1047); *Steinbach*, *VerwArchiv* 2018, 2 (6).

⁹ BVerwGE 19, 332 (336); BVerwGE 52, 33 (35).

¹⁰ *Brandstädt/Zahn*, „Die Rechtsstellung der politischen Beamten in Thüringen“ in *ThürVBl.* 2021, 177 (177); *Neuhäuser*, „Die Besetzung von Spitzenämtern in der Justiz mit politischen Beamten“ in *NVwZ* 2018, 1745 (1747).

schluss bei Entfall dieser Voraussetzung zugleich die Möglichkeit des jederzeitigen Austauschs des politischen Beamten bestehen. Daher durchbrechen § 27 Abs. 1 ThürBG i. V. m. § 30 Abs. 1 BeamtStG im Hinblick auf die Dauer des Dienstverhältnisses das Lebenszeitprinzip. Die Besonderheiten der Rechtsfigur des politischen Beamten rechtfertigen damit in verfassungsrechtlich zulässiger Weise¹¹ sogar eine Einschränkung eines der tragenden Grundprinzipien des deutschen Beamtenrechts, dient die mit dem Lebenszeitprinzip verbundene Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes doch der Sicherung der rechtlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Beamtenschaft und bildet so die Grundlage für eine fachlich leistungsfähige, rechtsstaatliche und unparteiische öffentliche Verwaltung und schafft so Kontinuität auch in Zeiten politischen Wandels.¹²

Die Ausgestaltung des Status der Staatssekretäre als politische Beamte führt nach alledem infolge ihrer besonderen Funktion an der Nahtstelle zwischen Politik und Verwaltung und dem damit verbundenen unbedingten Erfordernis der fortdauernden Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung zu einer Sonderstellung gegenüber „unpolitischen Beamten“, die ihre gesamte Amtsführung bis hin zur Beendigung ihres Dienstverhältnisses durchzieht, und muss daher notwendigerweise im Umkehrschluss auch zugleich eine Sonderstellung bei der Begründung des Dienstverhältnisses nach sich ziehen.¹³ So gilt etwa der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG gerade nicht uneingeschränkt, wie der Rechnungshof anmahnt, sondern erfährt vor dem Hintergrund des ebenfalls verfassungsrechtlich über Art. 33 Abs. 5 GG anerkannten Rechtsinstituts des „politischen Beamten“ durch das Hinzutreten des konstitutiven Merkmals des politischen Vertrauens zum Kriterientrias eine Modifikation im Wege praktischer Konkordanz (dazu (1)). Gleiches folgt für die Ausgestaltung des Einstellungsverfahrens an sich. Dem Konkurrentenschutz dienende Aspekte werden wegen des eingeschränkten Bewerberfeldes v.a. auf Ebene der Dokumentations- und Begründungspflichten abgesichert, die – wie der Rechnungshof zu Recht moniert – zukünftig stärker in den Blick zu nehmen sind (dazu (2)). Auch die Ausgestaltung des „Beschäftigungsverhältnisses“ unterliegt daher entsprechenden Besonderheiten (dazu (3)).

(1) Durchführung der nach Art. 33 Abs. 2 GG gebotenen Bestenauslese (Tn. 8.2.1; 8.5)

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Das hier niedergelegte Leistungsprinzip, das in § 9 BeamtStG seine einfachgesetzliche Entsprechung findet, stellt ein tragendes Strukturprinzip des deutschen Beamtenrechts dar und determiniert so in Gestalt des Prinzips der Bestenauslese insbesondere auch die Einstellungspraxis des öffentlichen Dienstes. Dies

¹¹ BVerfG, NVwZ 2008, 873 (875); BVerfG, NVwZ 2018, 1044 (1047).

¹² BVerfG, NVwZ 2008, 873; BVerfG, NVwZ 2016, 682, stRspr.

¹³ Vgl. Steinbach, VerwArchiv 2018, 2 (2).

muss mangels Sonderregelungen im Grundsatz auch für die Einstellung politischer Beamter gelten.¹⁴

Art. 33 Abs. 2 GG kommt hierbei grundsätzlich eine doppelte Funktion zu.¹⁵ In Gestalt eines objektiv-rechtlichen Gebots der Staatsorganisation dient er als gemeinwohlorientierte organisationsrechtliche Maßgabe, öffentliche Aufgaben mit dem besten verfügbaren Personal wahrzunehmen, der Sicherung der Effektivität des öffentlichen Dienstes.¹⁶ Auf subjektiv-rechtlicher Ebene gewährleistet er als grundrechtsgleiches Gleichheitsrecht den „gleichen Zugang“ zu öffentlichen Ämtern durch Gewährung von Teilhabe- und Verfahrensrechten.¹⁷ Die Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung stellt aufgrund ihrer prognostischen Komponente einen „Akt wertender Erkenntnis“ dar, sodass dem Dienstherrn insofern ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Beurteilungsspielraum auch hinsichtlich der Gewichtung der Einzelumstände zukommt.¹⁸ Daraus folgen als den effektiven Grundrechtsschutz sicherndes Korrektiv verfahrensrechtliche Anforderungen an den Auswahlprozess.¹⁹ So besteht ein subjektiv-öffentliches Recht auf ein angemessenes Bewerbungsverfahren, welches insbesondere Transparenz und (gerichtliche) Nachvollziehbarkeit der getroffenen Personalentscheidung ermöglichen soll.²⁰ So ist das zur Konkretisierung der Kriterien der Bestenauslese festzulegende stellenbezogene Anforderungsprofil schriftlich zu dokumentieren, die Möglichkeit des Zugangs sowie die Kenntnis des Staates vom verfügbaren Bewerberkreis in der Regel durch öffentliche Ausschreibung abzusichern, die Eignungsfeststellungen und Auswahlerwägungen zum Zwecke wirksamer gerichtlicher Kontrolle schriftlich zu dokumentieren und eine angemessene Wartezeit bis zur Ernennung zur Ermöglichung der Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes durch unterlegene Bewerber einzuhalten.²¹

Bereits auf dieser verfahrensrechtlichen Ebene zeigen sich jedoch Besonderheiten bei der Einstellung politischer Beamter. So dispensiert § 3 Abs. 2 Nr. 1 Thüringer Laufbahngesetz (ThürLaufbG) vom Erfordernis einer öffentlichen Ausschreibung. Ausweislich der Gesetzesbegründung rechtfertigt sich diese Abweichung unmittelbar aus den Wesensmerkmalen dieser Beamtengruppe; so werde aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung, die von den Bewerbern Fachwissen und Erfahrung verlangen, und dem Erfordernis eines bestimmten Vertrauensverhältnisses für die Besetzung dieser Stellen nur eine begrenzte Zahl von Personen in Betracht kommen.²² Der Gesetzgeber erkennt insofern die besondere Wichtigkeit des Merkmals der fortdauernden Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung explizit an, als er für die konkrete Ausgestaltung des Einstellungsverfahrens selbst von der Annahme ausgeht, dass der infrage kommende Bewerberkreis aufgrund dessen bereits von vornherein eingeschränkt sein dürfte. Schon hier

¹⁴ Statt aller: *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177 (178).

¹⁵ *Badura* in Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 95. EL Juli 2021, Art. 33 Rn. 23.

¹⁶ *Kümper*, „Bestenauslese als Organisationsprinzip“ in DÖV 2017, 414 (418).

¹⁷ *Badura* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 Rn. 20; *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745 (1746).

¹⁸ *Badura* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 Rn. 34; *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745 (1746).

¹⁹ Ebenda.

²⁰ BVerwGE 118, 370 (372); 133, 12 Rn. 35; 138, 102 Rn. 20.

²¹ Statt vieler: *Kümper*, DÖV 2017, 414 (415) m.w.N.

²² LT-Drucks. 5/7453, S. 186.

bei der Frage, wie potentielle Bewerber zu generieren sind, zeigt sich also eine einschränkende Modifikation des Grundsatzes der Bestenauslese im Hinblick auf die wesensimmanente Sonderstellung politischer Beamter gegenüber „normalen“ Statusbeamten. Dem politischen Vertrauen kommt im Rahmen des Auswahlvorgangs die Bedeutung eines konstitutiven Auswahlkriteriums zu, das sich nahezu ausschließlich in der subjektiven Überzeugung des betreffenden politischen Entscheidungsträgers erschöpft: Solange dessen politisches Vertrauen nicht gegeben ist, sind Leistung, Befähigung und Eignung der Kandidaten im Übrigen ohne Belang.²³

Ist hiernach das Bewerberfeld bereits von vornherein entsprechend verengt erschöpfen sich die verfahrensrechtlichen Gewährleistungen vielmehr ausschließlich in Begründungspflichten und verlagern sich damit auf die Ebene der verfahrensrechtlichen Absicherung des aus Art. 33 Abs. 2 GG in subjektiver Hinsicht hergeleiteten Bewerbungsverfahrensanspruchs nach Art. 19 Abs. 4 GG. Der Kritik des Rechnungshofs ist folglich nur insoweit zuzustimmen, als er fordert, die die Einstellung tragenden Gesichtspunkte hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu dokumentieren.

Auch in objektiver Hinsicht gilt der Grundsatz der Bestenauslese auf Ebene der Staatssekretäre nicht uneingeschränkt, denn die ausdrückliche gesetzgeberische Wertentscheidung für eine besondere Gewichtung der die Aufgabewahrnehmung eines politischen Beamten erst ermöglichende Vertrauensstellung muss auch bei der Bewertung der materiell-rechtlichen Kriterien für die zu treffende Einstellungsentscheidung Berücksichtigung finden. Dies ist bereits aus dem Umstand zu folgern, dass bei Verlust des politischen Vertrauens die Ablösung des politischen Beamten jederzeit möglich ist. Diese spiegelbildliche Marginalisierung des Lebenszeitprinzips bei Beendigung des (aktiven) Beamtenverhältnisses aufgrund eines nicht (fehl)leistungsbedingten Vertrauensverlusts und die damit einhergehende Modifikation des Leistungsprinzips müssen zugleich dazu führen, dass die Übereinstimmung des Kandidaten mit der politischen Leitungsebene und das hierauf gegründete Vertrauen des politischen Entscheidungsträgers bereits als Anforderungsmerkmal beim Zugang zu derartigen Ämtern mit entsprechendem Gewicht heranzuziehen sind.²⁴ Nichts anderes ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 33 Abs. 2 GG. Zwar scheint das dort verankerte Leistungsprinzip mit seiner abschließenden Aufzählung von Einstellungskriterien zum Erfordernis der politischen Übereinstimmung in einem Spannungsverhältnis zu stehen²⁵ und eine Berücksichtigung dieses Merkmals im Auswahlvorgang auszuschließen.²⁶ Dies umso mehr, als Art. 33 Abs. 2 GG nicht unter Gesetzesvorbehalt

²³ *Bracher*, „Vertrauen in politische Anschauungen und persönliche Loyalität bei beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen“ in DVBl, 2001, 19 (21); *Franz*, „Staatssekretäre und das Leistungsprinzip“ in ZBR 2008, 236 (238); Aussetzungs- und Vorlagebeschluss OVG NRW v. 15.12.2021 – Az.: 6 A 739/18, S. 45.

²⁴ BVerwG, Beschl. v. 25.04.2007 – Az.: 1 WB 31/06; BVerwGE 128, 329; OVG NRW, Beschl. v. 15.12.2021 – Az.: 6 A 739/18, S. 45f.

²⁵ *Steinbach*, VerwArchiv 2018, 2 (14).

²⁶ Zum Meinungsstand in Rspr. und Lit. im Überblick: *Franz*, „Zur Geltung des Leistungsprinzips bei sog. politischen Beamten“ in DÖV 2009, 1141 (1141 ff.) m.w.N.

steht und damit ein schrankenlos gewährleistetes grundrechtsgleiches Recht darstellt.²⁷

Unter dem Aspekt des konkurrierenden Verfassungsrechts bewirkt die besondere Aufgabenwahrnehmung der Staatssekretäre jedoch eine Modifikation der Kriterien der Bestenauslese. Die Institution des politischen Beamten zählt – wie oben bereits ausgeführt - zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG und stellt damit einen mit Verfassungsrang ausgestatteten Belang dar, der geeignet ist, zu Art. 33 Abs. 2 GG in Konkurrenz zu treten.²⁸

Das Spannungsverhältnis etwaig gegenläufiger Grundrechtspositionen ist in diesem Fall über das Prinzip der praktischen Konkordanz aufzulösen, indem gegenläufige Interessen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so in einen verhältnismäßigen Ausgleich mit dem Ziel ihrer jeweiligen Optimierung zu bringen sind.²⁹ Letzterer ist vorliegend dadurch zu erzielen, dass die fortdauernde Übereinstimmung mit den politischen Zielen der Regierung zum Kriterienkatalog des Art. 33 Abs. 2 GG als selbstständiger Auswahl Gesichtspunkt hinzutritt.³⁰ Diesem kommt innerhalb des Auswahlprozesses schon deshalb besondere Bedeutung zu, weil die Kriterientrias des Art. 33 Abs. 2 GG nicht gleichgewichtig, sondern im Hinblick auf das konkret zu besetzende Amt zu gewichten sind.³¹ Für die Ausübung des von den Staatssekretären übernommenen Transformationsamtes stellt die fortdauernde politische Übereinstimmung mit den politischen Zielen der jeweiligen Regierung nun aber die entscheidende Grundvoraussetzung dar. Die verfassungsrechtliche gebotene Aufwertung der politischen Übereinstimmung als Differenzierungsmerkmal vermag hiernach den Leistungsgrundsatz zwar nicht zu substituieren. Die ihr zukommende Komplementärfunktion kann jedoch dazu führen, dass ein Mehr an politischer Befähigung, Übereinstimmung und Vertrauen bei gleicher persönlicher Eignung den Ausschlag gibt.³²

Die von der Landesregierung vorgenommenen Einstellungsentscheidungen tragen hiernach den Grundsätzen der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG in seiner modifizierten Gestalt, wonach dem für die Ausübung eines Transformationsamtes unerlässlichen fortdauernden politischen Vertrauen der Regierung in die Person des Einzustellenden nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 5 GG erhöhte Bedeutung beizumessen ist, Rechnung. Die Landesregierung weist daher die Einschätzung des Rechnungshofs, die Einstellungen seien insofern rechtswidrig erfolgt, entschieden zurück. Jedoch wird der Kritik des Rechnungshofs insoweit beigetreten, dass zukünftig zur Herstellung von Transparenz und Nachvollziehbarkeit eine umfassendere Dokumentation der Auswahlbegründung vorgenommen werden soll. Diese wird künftig nicht lediglich Ausführungen zum persönlichen politischen Vertrauen, sondern auch zu den

²⁷ *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745 (1747).

²⁸ *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745 (1747).

²⁹ BVerfGE 81, 278 (292).

³⁰ *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745 (1747); *Steinbach*, VerwArchiv 2018, 2 (14 f.); *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177 (178).

³¹ BeckOK/*Hense*, Art. 33 GG Rn. 14.

³² *Steinbach*, VerwArchiv 2018, 2 (15); *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177 (178).

übrigen Kriterien der Bestenauslese enthalten, insbesondere zu den Umständen, aus denen sich die jeweilige Laufbahnbefähigung ergibt. Überdies werden vor der Ernennung zum Staatssekretär künftig die jeweiligen Laufbahnbefähigungen, unter Einhaltung der laufbahnrechtlichen Vorgaben und der vorgeschriebenen Verfahrensschritte, durch gesonderte Schreiben festgestellt, die im Original den Beamten ausgehändigt und in der Entwurfsfassung zur Personalakte genommen werden.

(2) Nachweis der Laufbahnbefähigung

a. Laufbahnbefähigung für den höheren Dienst (Tn. 8.2.4)

Nach § 9 Abs. 1 ThürLaufbG werden alle Ämter im Geltungsbereich dieses Gesetzes (§ 1 ThürLaufbG) in Laufbahnen zusammengefasst, die sich wiederum nach Fachrichtungen und Laufbahngruppen unterscheiden, wobei sich letztere in den mittleren, gehobenen und höheren Dienst untergliedern. Die Zugehörigkeit zu einer Laufbahngruppe richtet sich nach der für die Laufbahn erforderlichen Vor- und Ausbildung und dem im ThürBesG bestimmten Eingangsamtsamt. Das hierin einfach-gesetzlich zum Ausdruck kommende Laufbahnprinzip stellt einen verfassungsrechtlich gesicherten hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG dar.³³ Mangels gesetzlicher Ausnahmeregelung muss sich auch das Amt des Staatssekretärs in selbiges einfügen. Es ist weder ein laufbahnfreies Amt noch gehört es der Eingangsbesoldungsgruppe einer eigenständigen Laufbahn an.³⁴ Nach der Anlage 1 zum Thüringer Besoldungsgesetz (ThürBesG) wird es mit B 9 bewertet. Es handelt sich mithin um das höchste Amt der Laufbahngruppe des höheren Dienstes. Anders als der Rechnungshof meint, stellt es jedoch kein echtes Beförderungsamtsamt innerhalb dieser Gruppe dar, wie noch zu zeigen sein wird.

Dem Rechnungshof ist daher darin zuzustimmen, dass für die Einstellung von Staatssekretären in das Beamtenverhältnis die Zugangsvoraussetzungen für den höheren Dienst gegeben sein müssen.

Der Regelzugang erfolgt dabei unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 3 ThürLaufbG, der neben Bildungsvoraussetzungen ein mit einem Mastergrad oder einem gleichwertigen Abschluss abgeschlossenes Hochschulstudium sowie einen daran anschließenden, mit einer Prüfung abgeschlossenen Vorbereitungsdienst oder stattdessen eine mindestens dreijährige (vgl. § 23 Abs. 1 Nr. 2 ThürLaufbG) hauptberufliche Tätigkeit fordert.

Der Erwerb der Laufbahnbefähigung kann gem. § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ThürLaufbG auch durch Anerkennung anderer Ausbildungen, Qualifikationen oder Lebens- und Berufserfahrung erfolgen. Besonders bedeutsam sind in diesem Zusammenhang die Anerkennung von Befähigungen bei Berufs- und Hochschulausbildungen und hauptberuflicher Tätigkeit nach § 23 ThürLaufbG sowie von Lebens- und Berufserfahrung nach § 26 ThürLaufbG („andere Bewerber“). Sowohl hauptberufliche Tätigkeit als auch Lebens- und Berufserfahrung müssen dabei zur Aufgabenwahrnehmung in der angestrebten Laufbahn befähigen.

³³ BVerfGE 64, 323 (351).

³⁴ ThürOVG, Urt. V. 31.03.2003 – 2 KO 548/01, Rn. 65 ff.

Hinsichtlich der Anerkennungsmöglichkeit nach § 23 ThürLaufbG wird dies einerseits über die mindestens dreijährige Dauer der Tätigkeit, andererseits durch das Erfordernis der Entsprechung von Fachrichtung und Schwierigkeit mit dem nach § 10 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ThürLaufbG eigentlich geforderten Studium sichergestellt. Dem Rechnungshof ist insofern zuzustimmen, als die Feststellung der Gleichwertigkeit der als „entsprechend“ anerkannten hauptberuflichen Tätigkeit mit dem geforderten Studium einer wertenden Auseinandersetzung mit den Anforderungen und übernommenen Aufgaben bedarf. Eine solche ist bei den vorgenommenen Einstellungen auch erfolgt. So werden diese inhaltlich vom Rechnungshof auch nicht beanstandet. Jedoch ist einzuräumen, dass insofern eine entsprechende Dokumentation in Zukunft vorgenommen werden soll.

Bezüglich der Einstellungsmöglichkeit als „andere Bewerber“ nach § 26 ThürLaufbG ist die Befähigung, die Aufgaben der angestrebten Laufbahn wahrzunehmen, durch Lebens- und Berufserfahrung nachzuweisen. Staatssekretäre werden in ihrer Funktion auf Leitungsebene eines Ministeriums insbesondere im administrativen, organisatorischen Bereich tätig. Dies entspricht gerade der Natur dieser „Transformationsämter“. Diese Fähigkeit ist mithin nach § 26 Abs. 1 ThürLaufbG nachzuweisen. Ein spezifischer Fachbezug ist für die Art der angestrebten Tätigkeit nicht zwingend erforderlich, sodass hier ein sehr breites fachliches Spektrum denkbar ist. Grund hierfür ist die dem Dienstherrn zustehende Personal- und Organisationshoheit, im Rahmen derer er aufgrund sachlicher Erwägungen den Kreis der Bewerber einschränken oder ausdehnen kann. So kann die hier beschriebene Funktion der Staatssekretäre auf Leitungsebene eines Ministeriums dazu führen, dass das Anforderungsprofil nicht lediglich auf eine Fachrichtung beschränkt ist. Der Ansicht des Rechnungshofs, dass die Vor- und Ausbildung die Fachrichtung des jeweiligen Ministeriums abbilden müsse, kann somit nicht gefolgt werden. Kommt schon nach den Ausführungen des Rechnungshofs selbst eine Ernennung in die Laufbahngruppe des höheren Dienstes in Frage, wenn auch in eine andere Fachrichtung (§ 9 Abs. 2 ThürLaufbG), ist eine Einstellung als Staatssekretär aus diesem Grunde somit inhaltlich nicht zu beanstanden. Der Vorwurf der rechtswidrigen Laufbahnanerkennungen ist aber zurückzuweisen. Zwar ist dem Rechnungshof grundsätzlich zuzugeben, dass die Einstellung „anderer Bewerber“ nach § 26 Abs. 2 ThürLaufbG im Allgemeinen nur subsidiär, d.h. nur vorbehaltlich anderer geeigneter Laufbahnbewerber erfolgen soll. Dies setzt aber voraus, dass es innerhalb des verengten Bewerberfeldes noch andere „geeignete Laufbahnbewerber“ gibt. Fehlt es hieran, bleibt für eine Subsidiarität nach § 26 Abs. 2 ThürLaufbG folglich kein Anwendungsbereich mehr.

Prüfung Einzelfälle:

In zwei Fällen erfolgte die Einstellung als Staatssekretär im Dezember 2014. Nach dem Thüringer Beamtengesetz (ThürBG a.F.) vom 20. März 2009 i.d.F. 22.09.2011 erfolgte die Ernennung zum Staatssekretär unter Feststellung der Befähigung für den höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst durch die Thüringer Landesregierung. Im Anwendungsbereich des ThürBG (a.F.) hatte die Landesregierung, anstelle des Landespersonalausschusses, u.a. darüber

zu entscheiden, ob die Staatssekretäre die Befähigung als andere als Laufbahnbewerber besitzen. Die damalige Landesregierung hat in ihrer ersten Kabinettsitzung am 5. Dezember 2014 dies bestätigt. Dieser Kabinettsbeschluss war für den Erwerb der Laufbahnbefähigung in diesen Fällen auch ausreichend, denn anders als nach § 12 ThürLaufbG sah die vor dem 1.1.2015 geltende Rechtslage kein förmliches Anerkennungsverfahren für politische Beamte als andere Bewerber vor, vgl. §§ 6, 48 ThürLbVO i.V.m. § 101 ThürBG a.F. Mithin verfügen die Staatssekretäre in den Fällen B und C über eine entsprechende Laufbahnbefähigung für den höheren Dienst.

In einem weiteren Fall stimmte das Kabinett im Januar 2018 der Feststellung der Laufbahnbefähigung und der Ernennung zum Staatssekretär unter Zulassung von Ausnahmen u. a. nach § 50 Abs. 5 i. V. m. 26 Abs. 4 ThürLaufbG zu. Gem. § 50 Abs. 5 ThürLaufbG werden alle Entscheidungen, die nach dem Thüringer Laufbahngesetz durch den Landespersonalausschuss zu treffen sind, für die Gruppe der politischen Beamten durch die Thüringer Landesregierung getroffen. Mithin ist für die Anwendung des § 26 Abs. 4 ThürLaufbG für die Staatssekretäre die Landesregierung zuständig. Damit hatte der Staatssekretär vor der Landesregierung den Nachweis zu erbringen, die Aufgaben der zukünftigen Laufbahn wahrnehmen zu können. In welcher Art und Weise der Nachweis zu erbringen ist, ist nicht abschließend geregelt. Gleichfalls gibt es keine Festsetzungen, ob eine persönliche Vorstellung vor der Landesregierung für erforderlich gehalten wird oder ob die schriftliche Dokumentation der Befähigungsvoraussetzungen (u. a. Dauer, Gleichwertigkeit, Art und Weise einer hauptberuflichen Tätigkeit) als ausreichend erachtet wird. Durch die zuständige personalführende Stelle wurden die bis zum Zeitpunkt der Ernennung vorhandenen beruflichen Tätigkeiten und Erfahrungen geprüft. Im Ergebnis wurde festgestellt, dass die bisherigen beruflichen Erfahrungen als geeignet angesehen werden, die Aufgaben der zukünftigen Laufbahn wahrnehmen zu können. Es fehlte hierbei jedoch die entsprechende Dokumentation. Diese vorbereitende Feststellung der personalführenden Stelle wurde von der Landesregierung sodann gebilligt. Diese hat sich zwar kein formalisiertes Verfahren zur Befähigungsfeststellung als „anderer Bewerber“ gegeben, jedoch werden im Vorfeld die entsprechenden Nachweise der Bewerber gefordert, um die Voraussetzungen zur Anerkennung zu prüfen. Diese Prüfungen haben in diesem Fall auch stattgefunden und sind auch hinsichtlich der Verfahrensweise nicht zu beanstanden. § 26 Abs. 4 S. 1 ThürLaufbG verlangt insofern lediglich die Erbringung des Befähigungsnachweises durch eine entsprechende Vorstellung des Bewerbers, ohne hierfür aber eine konkrete Form vorzuschreiben. Dies kann also auch durch Einreichung aussagekräftiger Unterlagen erfolgen. Ein explizites Prüfungsgespräch sieht die Norm nicht vor. Eine Entscheidung nach Lage der Akten war somit ausreichend. Daher wird der Aussage des Rechnungshofes, die „Anerkennung der Befähigung für Aufgaben des höheren nichttechnischen Verwaltungsdienstes“ sei „rechtswidrig“ entgegengetreten.

Dem Rechnungshof ist jedoch insofern zuzustimmen, als das Verfahren zur Feststellung der Befähigung nach § 26 Abs. 4 ThürLaufbG, für das nach § 50 Abs. 5 ThürLaufbG die Landesregierung zuständig ist, in der Vergangenheit nicht hinreichend dokumentiert worden ist. Künftig wird daher im Falle der Laufbahnanerkennung nach §§ 23, 26, 11 Abs. 1 ThürLaufbG eine umfassende Darlegung der inhaltlichen Auseinandersetzung mit der als „entsprechend“ anerkannten hauptberuflichen Tätigkeit bzw. Berufs- und Lebenserfahrung hinsichtlich Art, Anforderungen und im Rahmen der Tätigkeit übernommenen Aufgaben erfolgen. Die Gleichwertigkeit bzw. Befähigung zur Aufgabenwahrnehmung ist davon ausgehend entsprechend zu begründen.

b. Einstellung in einem höheren Amt (Tn. 8.3)

§ 28 ThürLaufbG regelt die Einstellung in das Beamtenverhältnis. Diese ist grundsätzlich gem. Absatz 1 nur im Eingangsamt der jeweiligen Laufbahn zulässig. Für die Laufbahn des höheren Dienstes bedeutet dies, dass grundsätzlich Einstellungen nur im Statusamt A 13 zulässig sind. Soweit eine Einstellung in einem höheren Amt als dem Eingangsamt angestrebt wird, greift § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG ein, der u.a. voraussetzt, dass „das höhere Amt nach dem individuellen fiktiven Werdegang hätte erreicht werden können“. Nach dem reinen Wortlaut der Norm müsste mithin im Rahmen der Prüfung einer Einstellung eines Staatssekretärs auch das Tatbestandsmerkmal des „individuellen fiktiven Werdegangs“ gem. § 28 Abs. 2 ThürLaufbG vorliegen, da es sich bei der Einstellung im Statusamt B 9 (Anlage 1 zum Thüringer Besoldungsgesetz (ThürBesG) um ein Amt handelt, das über dem ersten Amt über dem Eingangsamt (mithin über A 14) liegt. Die über § 50 Abs. 5 ThürLaufbG anstelle des Landespersonalausschusses zur Entscheidung berufene Landesregierung kann sich vom Wortlaut her auch nicht über dieses Tatbestandsmerkmal hinwegsetzen, da § 28 Abs. 3 ThürLaufbG eine Zustimmung nur unter der Maßgabe zulässt, dass die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 ThürLaufbG vorliegen.

Gleichwohl ist § 28 Abs. 2 ThürLaufbG – wie auch die obigen Ausführungen zu anderen relevanten Normen des Beamtenrechts aufzeigen – statusamtsbezogen auszulegen. Das bedeutet, dass die in § 28 Abs. 2 ThürLaufbG genannten Anforderungen, die ebenfalls einen Ausfluss des Prinzips der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG darstellen, am „politischen“ Statusamt eines Staatssekretärs, das nach Art. 33 Abs. 5 GG als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums einen mit Verfassungsrang ausgestatteten Belang darstellt³⁵, auszurichten sind. Das im § 28 Abs. 2 ThürLaufbG enthaltene Tatbestandsmerkmal des „individuellen fiktiven Werdegangs“ erfährt insoweit bei Einstellungen im „politischen“ Statusamt eines Staatssekretärs eine Modifikation.

Die Landesregierung tritt daher der Einschätzung des Rechnungshofs, die materiellen Anforderungen des § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG seien bei Einstellungsentscheidungen nicht hinreichend beachtet worden, ausdrücklich entgegen.

³⁵ *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745 (1747).

gen. Selbiges gilt auch für das vom Rechnungshof in formeller Hinsicht ange-
mahnte Fehlen einer Ermessensausübung im Hinblick auf die Anwendung
dieser Ausnahmegesetzvorschrift. Das Amt eines Staatssekretärs ist normativ mit B
9 bewertet. Eine Ernennung in einem niedrigeren Amt kam insoweit nicht in
Betracht. Vielmehr kommt von vornherein nur eine Einstellung in dem nach B
9 besoldeten Statusamt in Betracht. Das Ermessen ist insofern auf Null redu-
ziert.

*Damit liegen in den entsprechend geprüften Fällen sowohl keine Verstöße ge-
gen § 28 Abs. 2 (fiktiver Werdegang) als auch nach § 35 Abs. 5 (Ausnahmen
von Zeiten einer Beförderungssperre) ThürLaufbG vor.*

Um künftigen Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die Anwendung des §
28 Abs. 2 ThürLaufbG bei der Einstellung von Staatssekretären vorzubeugen,
wird aktuell eine entsprechende gesetzgeberische Klarstellung – in Anlehnung
an eine rechtsvergleichende Analyse der Beamtengesetze der Länder³⁶ –
durch die Landesregierung vorbereitet.

(3) Einstellung als außertariflich Beschäftigte und Übereinstimmung mit im Haushalt ausgewiesenen Planstellen (Tn. 8.4)

Die Einstellung von Staatssekretären erfolgt grundsätzlich durch Übernahme
in das Beamtenverhältnis. Dies ist vor dem Hintergrund des Funktionsvorbe-
halts des Art. 33 Abs. 4 GG und der herausgehobenen Stellung der Staats-
sekretäre in der Verwaltungshierarchie auch grundsätzlich angezeigt, wenn
auch nicht zwingend geboten. Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist „die Ausübung ho-
heitsrechtlicher Befugnisse [...] als ständige Aufgabe in der Regel Angehö-
rigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtli-
chen Dienst- und Treueverhältnis stehen“. Hiernach sind bestimmte Tätigkei-
ten des öffentlichen Dienstes von Beamten zu erfüllen. Damit soll gewährleis-
tet werden, dass die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe
regelmäßig den von Art. 33 Abs. 5 GG für das Berufsbeamtentum institutionell
garantierten besonderen Sicherungen qualifizierter, loyaler und gesetz-
treuer Aufgabenerfüllung unterliegt³⁷. Die Norm soll die Kontinuität der ho-
heitlichen Staatsfunktionen sichern und damit das öffentliche Interesse an ei-
ner rechtsstaatlichen Erfüllung der Staatsaufgaben normativ absichern, weil
die Beamten als Garanten für diese Art der Verwaltung angesehen werden.³⁸
Sie dient als Garantie eines „Mindesteinsatzbereichs“ des Berufsbeamtent-
ums.³⁹ Ihr Anwendungsbereich umfasst Aufgaben, deren Wahrnehmung die
besondere Verlässlichkeits-, Stetigkeits- und Rechtsstaatlichkeitsgarantien
des Beamtentums erfordert.⁴⁰ Dies trifft jedenfalls auf diejenigen Staatssekre-
täre zu, die die Position des sog. Amtschefs ausüben, d.h. die in Vertretung

³⁶ Vgl. § 105 Abs. 3 LBG (BB), § 8 Abs. 2 LaufbVO (BB); § 18 Abs. 1 NBG, § 5 Abs. 1 NLVO;
§ 7 Abs. 2 HBG, § 25 Abs. 1 S. 2 SächsBG; § 11 Abs. 2, 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 LBG (RP); § 11
Abs. 4 SBG, § 18 S. 2 Nr. 2 LBG (SH).

³⁷ BVerfGE 130, 76 (111 f.).

³⁸ BVerfGE 88, 103 (114).

³⁹ BeckOK/Hense, Art. 33 GG Rn. 27.

⁴⁰ BVerfGE 119, 247 (261).

der Ministerin bzw. des Ministers der jeweiligen Ministerialverwaltung vorstehen und daher funktional die Stellung der Behördenleitung übernehmen. Die mit einer derart herausgehobenen Stellung einhergehenden Verpflichtungen, aber auch Befugnisse erfordern zweifelsohne eine besondere Loyalität und Verlässlichkeit, die nur das Berufsbeamtentum zu garantieren vermag.

Einer ausnahmsweisen Beschäftigung als Angestellte in begründeten Fällen steht der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG jedoch nicht entgegen. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn im Einzelfall eine Verbeamtung etwa aus gesundheitlichen oder laufbahnrechtlichen Gründen nicht möglich ist. Mit einem aus diesem Grunde nicht verbeamteten Staatssekretär ist dann ein Dienstvertrag zu schließen, der den beamtenrechtlichen Status weitestgehend nachbildet.

In einem weiter geprüften Einzelfall eines eingestellten Staatssekretärs wurde aus laufbahnrechtlichen Gründen keine Ernennung in ein Beamtenverhältnis vorgenommen. Vielmehr wurde ein Dienstvertrag geschlossen, da er für die Aufgaben eines Staatssekretärs im entsprechenden Ressort als geeignet erscheint. Wenn der Rechnungshof hier ohne nähere Begründung meint, als Kriterien für die Beschäftigung aufgrund eines Arbeitsvertrages seien die für einen beamteten Staatssekretär geltenden Bestimmungen heranzuziehen, so verkennt er, dass im Angestelltenverhältnis anders als im Beamtenverhältnis sich die Vergütung an der ausgeübten Tätigkeit orientiert. Mutmaßungen über etwaige ungeschriebene Maßstäbe an Staatssekretäre in einem Angestelltenverhältnis verbieten sich daher. Die grundsätzliche Eignung der Person für dieses Amt wurde durch das Kabinett auch entsprechend gesehen und bestätigt. Bzgl. der versäumten Dokumentationspflichten wird auf die vorherigen Ausführungen verwiesen, wonach diese künftig nachvollziehbar und transparent erfolgen werden. Wenn der Rechnungshof empfiehlt, das Führen der Amtsbezeichnung durch Staatssekretäre im Angestelltenverhältnis zu überprüfen, so übersieht er, dass „Staatssekretär“ neben der Amtsbezeichnung für Beamte der BesGr. B9 auch die Bezeichnung des abstrakt funktionalen Amtes und letztlich der damit verbundenen Aufgaben ist und in der hierarchischen Gliederung der Verwaltung (Organisationsermessens des Dienstherrn) insofern keine andere Bezeichnung möglich bzw. angezeigt ist.

Die außertarifliche Vergütung hat sich nach der Höhe der Besoldung eines verbeamteten Staatssekretärs zu richten, begrenzt durch die im Haushaltsplan ausgewiesene Planstelle unter Sicherstellung, dass das Bruttoentgelt des/r außertariflich beschäftigten Staatssekretärs/in die aus der Planstelle für einen entsprechenden Beamten zahlbare Bruttobesoldung nicht übersteigt.⁴¹

Da auch bei politischen Beamten im Ergebnis eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit erfolgt – begrenzt durch die Möglichkeit der Versetzung in den einstweiligen Ruhestand (§ 27 Abs. 1 ThürBG) – muss auch eine Befristung des Arbeitsvertrags der Ausnahmefall sein. Dies trägt auch

⁴¹ Jährliche Erlasse des Thür. Finanzministeriums zur Haushalts- und Wirtschaftsführung.

der mit der Einrichtung einer Planstelle bekundeten, grundsätzlich auf Dauer angelegten Funktion der Staatssekretäre Rechnung.

Auch künftig sind Staatssekretäre daher in aller Regel unter Übernahme in das Beamtenverhältnis auf eine im Haushaltsplan ausgewiesene Planstelle einzustellen. Eine arbeitsvertragliche Anstellung muss begründeten Ausnahmefällen vorbehalten bleiben. Die Arbeitsverträge werden in diesen Fällen versorgungsrechtliche Regelungen vorsehen, die die beamtenversorgungsrechtlichen Vorschriften nachbilden. Die Staatskanzlei wird hierzu unter Beteiligung des Thüringer Finanzministeriums und des Thüringer Ministeriums für Inneres und Kommunales Musterverträge erstellen und diese mit dem Thüringer Rechnungshof abstimmen. Die Landesregierung schließt sich daher im Ergebnis der Kritik des Rechnungshofs an.

Die Anmerkungen des Rechnungshofes bzgl. der Führung der Personalakten der Staatssekretäre werden aufgegriffen. Die Staatssekretäre erhalten bereits nach der Einstellung bzw. Ernennung eine Übersicht über die erforderlichen Unterlagen für die Personalakte. Auf fehlende Unterlagen wird künftig verstärkt hingewiesen. Die Nachweise über den bisherigen beruflichen Werdegang sind bereits vor der Ernennung vorzulegen, um, wie zuvor dargestellt, den beruflichen Werdegang nachzeichnen zu können, um so die Laufbahnbefähigung bzw. die Ernennung / Einstellung dokumentiert vorbereiten zu können.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Benjamin-Immanuel Hoff