

den. Fristbeginn ist dabei derjenige Zeitpunkt, zu dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Nach der Rechtsprechung des BVerwG beginnt der Lauf der Ausschlussfrist in Fällen einer unsicheren und zweifelhaften Rechtslage zu dem Zeitpunkt, zu dem die Erhebung einer Klage für den Betroffenen zumutbar, d. h. die Klage hinreichend aussichtsreich, wenn auch nicht risikolos ist. Das ist dann der Fall, wenn die objektive Klärung der Rechtslage durch höchstrichterliche Entscheidung erfolgt ist. Soweit es um die Frage ging, ob das Lebensalter bei der Festsetzung der Höhe der Bezüge bei Einstellung in das Beamtenverhältnis berücksichtigt werden darf, verweist das BVerwG<sup>57</sup> auf die Entscheidung des EuGH in der Sache *Hennigs und Mai* vom 08.09.2011<sup>58</sup>. Vorliegend geht es um eine in gleicher Weise unsichere Rechtslage, die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG hat deshalb wegen des Fehlens einer höchstrichterlichen Entscheidung noch nicht zu laufen begonnen. Neben dieser findet das sonst geltende Gebot der zeitnahen Geltendmachung keine Anwendung. Ansprüche können deshalb auch rückwirkend, lediglich begrenzt durch Verjährungsfristen, geltend gemacht werden<sup>59</sup>. Ein unionsrechtlicher Haftungsanspruch besteht nicht, mangels eines einschlägigen Urteils des EuGH fehlt es an dem dafür notwendigen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht<sup>60</sup>.

## VII. Ergebnis

Soweit das Bundesbesoldungsgesetz und die Besoldungsgesetze der Länder bei aufsteigenden Gehältern nicht an qualitative Kriterien gebundene Stufenaufstiege für Zeiträume von mehr als fünfzehn Jahren vorsehen, spricht sehr viel dafür, dass dadurch nicht etwa bessere Leistung, sondern das Lebensalter honoriert wird. Weist der Dienstherr nicht im konkreten Einzelfall nach, dass derartige Zeiten zu besserer Arbeit führen, ist ein Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung gegeben. Betroffenen Beamten, die noch nicht die höchste Erfahrungsstufe erreicht haben, stehen Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG zu, die unter Beachtung bestehender Verjährungsfristen auch rückwirkend geltend gemacht werden können.

57) BVerwGE 150, 234 = ZBR 2015, 160, juris, Rn. 50 ff.

58) EuGH – C 297/10 (*Hennigs und Mai*), Slg. 2011, S. I-7965-8002.

59) BVerwGE 150, 234 = ZBR 2015, 160, juris, Rn 54 f., 60.

60) BVerwGE 150, 234 = ZBR 2015, 160, juris, Rn 26 ff.

# Die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand – materielle und formelle Fragen zum politischen Beamten

Privatdozent Dr. Dr. Armin Steinbach, LL.M.

*Der politische Beamte steht verfassungsrechtlich auf wackeligen Beinen: Lebenszeitprinzip, Bestenauslese, Unabhängigkeit, Neutralität – die hehren Grundsätze des Beamtentum gelten für ihn nicht oder nur eingeschränkt. Zudem sollen auch für seine Versetzung in den Ruhestand nicht die üblichen Standards gelten. Er kann jederzeit ohne Anhörung und ohne Begründung entlassen werden können. Das wird hier auf den Prüfstand gestellt: Im ersten Schritt sollen die möglichen Versetzungsgründe und ihre gerichtliche Nachkontrolle untersucht werden (II.). Dabei geht es um eine funktionsspezifische Bestimmung der Versetzungsgründe und die Ermittlung des korrespondierenden Beurteilungsspielraums. Darauf aufbauend werden die Entbehrlichkeit von Begründung (§ 39 VwVfG) und Anhörung (§ 28 VwVfG) hinterfragt (III.).*

## I. Einleitung

Der politische Beamte erzeugt sowohl verwaltungssoziologisch wie auch verfassungsrechtlich Spannungen. Verwaltungssoziologisch werden seine mangelnde Verwurzelung im institutionell-administrativen Eigenleben, seine Abhängigkeit vom politischen Amtsträger und die nicht selten fehlende fachliche Expertise kritisch gesehen.<sup>1</sup> Verfassungsrechtlich finden tragende Strukturprinzipien des Beamtenrechts – Lebenszeitprinzip, Leistungsprinzip, Unabhängigkeit und Neutralität – auf ihn nicht oder nur abgeschwächt Anwendung.<sup>2</sup> Zuletzt ist er auch rechtspolitisch unter Druck geraten: Infolge der Diskussion um die Entlassung des Generalbundesanwalts *Range* durch den Bundesjustizminister *Maas* wurden vom Deutschen Richterbund<sup>3</sup> wie zuvor schon vom Deutschen Juristentag<sup>4</sup> die

Abschaffung der Stellung des Generalbundesanwalts als politischer Beamter (§ 54 Abs. 1 Nr. 5 BBG) gefordert.

Gleichwohl ist der politische Beamte ein etabliertes Instrument politischer Steuerung. Als Transformator politischen Willens wird sein Einsatz als Scharnier zwischen (politischer) Regierung und (administrativer) Ministerialbürokratie nicht grundsätzlich in Frage gestellt – allenfalls der Ämterkreis wird seit jeher kontrovers diskutiert.<sup>5</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dieser Diskussion mit seiner einschränkenden Positionierung, dass es sich um „den engsten Kreis unmittelbarer Berater“<sup>6</sup>

1) Dazu etwa *Kugele*, *Der politische Beamte*, 2. Aufl. 1978, S. 159 ff.; *Mayntz*, *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, 4. Aufl. 1997, S. 197.

2) *Lindner*, ZBR 2011, S. 150 (154 ff.); *Franz*, ZBR 2008, S. 236 ff.

3) Deutscher Richterbund, Reformentwurfspaket vom September 2015, S. 5; vgl. auch *Rautenberg*, *Golddammers Archiv für Strafrecht* 2006, S. 356 ff.; *Krause*, *DÖD* 1981, S. 193 (195); ähnlich *Wagner*, *RiA* 1985, S. 272 (275).

4) Die Beschlüsse des 65. DJT, Bonn 2004, S. 15.

5) Zur Diskussion über den Ämterkreis vgl. etwa *Schunke*, *Die politischen Beamten*, 1973, S. S. 280 ff.; *Krause*, *DÖD* 1981, S. 193 ff.; *Anders*, *DÖV* 1964, S. 109 (113); *Thiele*, *DÖD* 1961, S. 81 ff.; *ders.*, *DÖD* 1986, S. 257 (263); *Wagner*, *RiA* 1985, S. 272 (274); *Kugele*, ZBR 2007, S. 109 (113); *von Arnim*, *Publicus* 2011.12, S. 7 (8); *Thieme*, *Der „politische Beamte“ im Sinne des § 31 Beamtenrechtsrahmengesetz*, in: *Öffentlicher Dienst und politischer Bereich*, Bd. 37 der Schriften der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1968, S. 149, 161; *Lindner*, ZBR 2011, S. 150 (160). Für die Abschaffung des politischen Beamten an sich wohl aber *Juncker*, ZBR 1974, S. 205 f.

6) BVerfGE 121, 205 (222).

handeln müsse, neuen Auftrieb verliehen.<sup>7</sup> Zumindest bei den sogenannten Repräsentationsämtern<sup>8</sup> – zu denen auch der Generalbundesanwalt zählt – ist die Transformationsleistung des politischen Beamten nicht erkennbar; ohne politischen Gestaltungsauftrag und mit starker Legalitätsverpflichtung ist die Notwendigkeit politischer Beamter in Repräsentationsämtern fraglich.<sup>9</sup> Dem soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

Ein hohes Maß an Heterogenität offenbart sich aber auch bei der Anwendung der materiellen und formellen Voraussetzungen der Versetzung des politischen Beamten in den einstweiligen Ruhestand – hierum soll es in diesem Aufsatz gehen. Der Wortlaut des § 30 BeamtStG ist wenig ergiebig: Er spricht von „fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung“ und der „jederzeitigen“ Möglichkeit der Versetzung in den einstweiligen Ruhestand. Die Vagheit dieser Standards und die scheinbar intendierte Großzügigkeit zugunsten des gubernativen Handlungsspielraums haben ein hohes Maß an Subjektivierung und mit dieser eine erhebliche Reduktion gerichtlicher Überprüfungsmöglichkeit zur Folge gehabt. Ebenso sind zumindest in den etablierten Rechtsprechungslinien die Verfahrensrechte des politischen Beamten weitestgehend eingeschränkt – die Versetzungsentscheidung soll weder begründet werden müssen, noch soll ihm eine Anhörung zustehen. Zuletzt hat das VGH Mannheim noch einmal die beschränkte Willkürkontrolle sowie die entbehrliche Begründung und Anhörung bestätigt.<sup>10</sup> Dass diese Rechtsprechungslinie in ihrer Überzeugungskraft beschränkt ist, zeigt sich nicht allein an einem heterogenen Meinungsbild in der Literatur, sondern auch in vereinzelt „Ausreißern“ in der Rechtsprechung: Das rechtskräftig gewordene Urteil des VG Stuttgart befand die Versetzung eines Landtagsdirektors in den einstweiligen Ruhestand für rechtswidrig, weil die „Versetzung eine schriftliche Begründung“ benötige, „aus der sich auch die Ermessensgründe ergeben müssten“.<sup>11</sup>

7) Lindner, ZBR 2011, S. 150 (159 f.).

8) Dazu Kugele, ZBR 2007, S. 109 (113). Im Unterschied zu den Transformationsämtern geht es nicht um die Übersetzung politischer Programmatik in Verwaltungshandeln. Aber aufgrund der Exponiertheit des Amtes könnten der Bundesregierung (oder dem jeweiligen Minister) in Falle eines wirklichen oder vermeintlichen Fehlverhaltens Nachteile im öffentlichen Ansehen entstehen.

9) Vgl. auch Lindner, ZBR 2011, S. 150 (159); v. Roetteken, in: v. Roetteken/Rothländer, BeamtStG, Juni 2009, § 30, Rn. 52.

10) VGH Mannheim, Beschluss vom 2.5.2016 – 4 S 212/16 – Rn. 16.

11) VG Stuttgart, Urteil vom 2.12.2011 – 1 K 2568/11.

12) Fees, ZBR 1956, S. 203 (204).

13) v. Roetteken, in: BeamtStG (Fn. 9), § 30, Rn. 65; Battis, BBG, 4. Aufl. 2009, Rn. 8; Wacke, AöR 91 (1966), S. 441 (469).

14) VGH Mannheim, Beschluss vom 2.5.2016 – 4 S 212/16 – Rn. 16 mit Verweis auf BVerfGE 7, 155 (166); 8, 332 (356). Vgl. auch Battis (Fn. 13), § 54, Rn. 7; v. Roetteken, in: BeamtStG (Fn. 9), § 30, Rn. 66.

15) So auch VGH Mannheim, Beschluss vom 2.5.2016 – 4 S 212/16 – Rn. 16.

16) BVerwGE 52, 33 (35); zuletzt bestätigt durch Mannheim, Beschluss vom 2.5.2016 – 4 S 212/16 – Rn. 8.

17) Wacke, AöR 91 (1966), S. 441 (458).

18) Vgl. auch Fees, ZBR 1956, S. 203 (205); Reich, BeamtStG, 2. Aufl. 2012, § 30, Rn. 5; Battis (Fn. 13), § 54, Rn. 7.

19) BVerfGE 8, 356; noch weitergehend v. Roetteken, in: BeamtStG (Fn. 9), § 30, Rn. 68. Vgl. auch Bernet, Die Polizei 1970, S. 350 (353).

20) BVerwGE 19, 336; vgl. auch die aufgezählten Gründe bei Bernet, Die Polizei 1970, S. 350 (352 f.).

## II. Materieller Anknüpfungspunkt: Die Transformationsleistung

§ 30 BeamtStG schweigt zu den Versetzungsgründen. Eine erste konkretisierende Annäherung gestattet der Begriff „jederzeit“: Man kann ihn in einer rein zeitlichen Dimension verstehen, womit die Versetzungsmöglichkeit allein hinsichtlich der Wahl des Zeitpunkts keinerlei Beschränkungen unterliegt.<sup>12</sup> Überwiegend wird der Begriff „jederzeit“ aber über seine rein zeitliche Konnotation hinaus auf die sachliche Dimension erstreckt und demnach im Sinne einer Unbeschränktheit der Gründe interpretiert.<sup>13</sup> Das hat in der Rechtsprechung seit jeher Anklang gefunden: So soll die Versetzung „keiner Angabe von Gründen“ bedürfen.<sup>14</sup> Dieser scheinbar sachgrundentkoppelte Freibrief ist zumindest missverständlich und bedarf der verfassungsrechtlichen Klarstellung: Staatliche Ermessensausübung muss immer in hinreichendem Umfang von sachlichen Erwägungen getragen sein.<sup>15</sup> Fraglich sind allein die Art und Natur der sachlichen Gründe, die für eine Versetzung herangezogen werden können.

### 1. Funktionsspezifische Bestimmung der Versetzungsgründe

Eine zweite Annäherung zur Bestimmung der Versetzungsgründe ermöglichen die von § 30 BeamtStG in Bezug genommenen Ämter, die „in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen“. Naheliegend ist mithin eine amtspezifische Funktionsbetrachtung, um den politischen Übereinstimmungsbedarf zu bestimmen. Die anerkannte Funktion und verfassungsrechtliche Relevanz des politischen Beamten liegt in dessen Transformationsaufgabe: Es muss das „reibungslose Funktionieren des Übergangs von der politischen Spitze in die Beamtenhierarchie“ gewährleistet.<sup>16</sup> Die auf den jeweiligen Minister zugeschnittenen politischen Beamten sichern durch ihr Einwirken auf die entscheidenden Stellen der Ministerialbürokratie die Funktionsfähigkeit der Regierung.<sup>17</sup> Aus der Transformationsfunktion muss man aber zumindest ableiten, dass der Versetzungsgrund in der (prognostizierten) eingeschränkten Transformationsleistung der betroffenen Person liegt.<sup>18</sup> Die amtspezifische Funktionsbetrachtung lässt sich aus Sicht des politischen Amtsträgers damit auf eine Eignungsprüfung bzw. –prognose in Bezug auf den politischen Beamten zuspitzen, denn die Möglichkeit der Versetzung erstreckt „sich allgemein auf die Eignung des Beamten für den besonderen Aufgabenkreis“.<sup>19</sup>

Trotz (oder gerade wegen) der Koppelung des Versetzungsgrundes an die politische Transformationsleistung und die damit einhergehende Eignungsprüfung bleibt das Tatbestandsmerkmal konturenlos und gleitet in die Sphäre des Subjektiven. Sieht man Vertrauen als die Basis für die amtspezifische politische Übereinstimmung, ergeben sich die Versetzungsgründe aus dem notwendigerweise erforderlichen Vertrauensverhältnis zwischen dem Minister und dem politischen Beamten. Das Vertrauensverhältnis kann aus verschiedenen Gründen fehlen oder erschüttert werden. Aufgrund der Personenbezogenheit des Amtes müssen sie jedenfalls in der fachlichen oder persönlichen Eignung oder in den politisch-programmatischen Überzeugungen des Betroffenen begründet liegen,<sup>20</sup> nicht jedoch in außerhalb der Person liegenden Gründen. Vergleichsweise nachvollziehbar – und was für die Frage der Begründung von Bedeutung ist: kommunikativ vermittelbar – sind Versetzungsgründe, die auf fehlender fachlich-inhaltlicher Expertise, persönlichem Fehlverhalten oder divergierenden politischen