



Bund Deutscher Verwaltungsrichter
und Verwaltungsrichterrinnen

Stellungnahme zu dem Antrag zur Reform der Wahl für die obersten Bundesgerichte vom 17. Februar 2016 (BT-Drs. 18/7548)

I. Ausgangslage

Bei der Besetzung von Richterstellen an den obersten Bundesgerichten ist zu unterscheiden zwischen der Ernennung der Bundesrichter (Besoldungsgruppe R6) einerseits und der Vorsitzenden Richter, Vizepräsidenten und Präsidenten (Besoldungsgruppe R8, R8 mit Zulage und R10) andererseits.

Die Bundesrichter (R6) werden von dem jeweils zuständigen Bundesminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss berufen (Art. 95 Abs. 2 GG). Das Verfahren regelt das Richterwahlgesetz. Ernannt werden die nach den genannten Vorschriften Berufenen durch den Bundespräsidenten (Art. 60 Abs. 1 GG). Eine schriftliche Begründung der Entscheidung gibt es nicht. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Berufung von Bundesrichtern beschränkt sich im Wesentlichen auf die Beachtung der Formalia (vgl. VG Schleswig, Beschluss vom 17. Juni 2002 - 11 B 10.02 - juris Rn. 19 ff.). Die Einhaltung des Grundsatzes der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) wird lediglich am Willkürmaßstab gemessen (vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 10. Dezember 2015 - 5 ME 199.15 - juris Rn. 17, 44; VG Schleswig a.a.O. Rn. 26 ff.). Die Beschränkung der Kontrolldichte wird aus dem in Art. 95 Abs. 2 GG geforderten Wahlelement bei der Berufung von Bundesrichtern abgeleitet. Der verwaltungsgerichtliche Kontrollmaßstab in diesen Verfahren ist derzeit Gegenstand des Verfassungsbeschwerdeverfahrens 2 BvR 2453/15 (vgl. dazu II.).

Die Vorsitzenden Richter, Vizepräsidenten und Präsidenten werden durch den jeweils zuständigen Minister ausgewählt und anschließend vom Bundespräsidenten ernannt. Der Richterwahlausschuss wirkt insoweit nicht mit. Die Begründung für die Auswahlentscheidung wird in einem schriftlichen Auswahlvermerk niedergelegt. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz entspricht seinem Umfang nach dem klassischer beamtenrechtlicher Auswahlverfahren (vgl. VGH BW, Beschluss vom 12. August 2015 - 4 S 1405.15 - juris Rn. 2 ff.). Das „Mehr“ an verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz gegenüber der Kontrolle der Berufung von Bundesrichtern (R6) besteht vor allem darin, dass die Begründung der Auswahlentscheidung daraufhin überprüft wird, ob sie von rechtlich zulässigen Erwägungen (also vor allem von leistungsbezogenen Erwägungen) getragen wird.

In der Praxis führen bisher hauptsächlich die Auswahlverfahren für Vorsitzende Richter zu Problemen. In der Folge von erfolgreichen Konkurrentenstreitverfahren in diesem Bereich konnten an mehreren obersten Bundesgerichten zum Teil jeweils mehrere Vorsitzendenstellen über einen längeren Zeitraum nicht besetzt werden, was die Arbeitsfähigkeit der betroffenen Gerichte erheblich beeinträchtigt hat (vgl. dazu III.).



II. Bewertung der Vorschläge in dem Antrag vom 17. Februar 2016 (BT-Drs. 18/7548)

Die acht Änderungsvorschläge zielen darauf ab,

- das Berufungsverfahren für Bundesrichter (R6) strukturell den klassischen (beamtenrechtlichen) Auswahlverfahren anzunähern (Vorschläge 1, 2, 4 und 5),
- die Berufung von Bundesrichtern (R6) an Quotenvorgaben zu orientieren (Vorschläge 3 und 6),
- die Zuständigkeit für Konkurrentenklagen im Interesse einer zügigen, einheitlichen Rechtsprechung bei den für den Sitz des obersten Bundesgerichts zuständigen Verwaltungsgerichten zu konzentrieren (Vorschlag 8) und
- die Möglichkeit zu schaffen, eine einmal aufgenommene Teilzeittätigkeit jederzeit zu beenden (Vorschlag 7).

1. Annäherung des Berufungsverfahrens für Bundesrichter (R6) an die Struktur klassischer beamtenrechtlicher Auswahlverfahren

a) Die Verbesserung der Information über den Ablauf des Bundesrichterwahlverfahrens und die Einführung eines bloßen Interessenbekundungsverfahrens ohne Begründung eines Anspruchs auf beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über die Aufnahme in eine Vorschlagsliste des zuständigen Landesministers ist geeignet, die Akzeptanz des Auswahlverfahrens bei den Betroffenen zu erhöhen und Konkurrentenstreitigkeiten zu verhindern, die aus dem Eindruck einer Intransparenz des Wahlverfahrens erfolgen.

Allerdings gehen die Vorschläge in dem Antrag vom 17. Februar 2016 (BT-Drs. 18/7548) weit über eine solche Gestaltung hinaus. Durch die Vorschläge 1 und 2 würde letztlich ein rechtsbehelfsfähiges Auswahlverfahren vor dem eigentlichen Wahlverfahren geschaffen. In jedem Bundesland müsste der zuständige Landesminister für die Zusammenstellung seiner Vorschlagsliste ein Auswahlverfahren am Maßstab des in Ziffer 2 der Vorschläge genannten Anforderungsprofils und unter Beteiligung der Landesgleichstellungsbeauftragten durchführen. Die Nichtaufnahme in die Vorschlagsliste wäre vor den Verwaltungsgerichten angreifbar. Um eventuelle Nachteile durch eine rechtsfehlerhafte Nichtaufnahme in die Landesvorschlagsliste auszuschließen, müsste im einstweiligen Rechtsschutzverfahren auch ein nachfolgender Wahlakt durch den Richterwahlausschuss oder jedenfalls der Vollzug eines solchen Wahlakts durch Ernennung des Gewählten verhindert werden können.

Zudem könnten Wahlentscheidungen des Richterwahlausschusses von den nicht gewählten Bewerbern stets mit der Begründung angegriffen werden, der Gewählte sei, weil fehlerhaft auf der Vorschlagsliste, gar nicht wählbar gewesen und die Wahlentscheidung sei daher selbst fehlerhaft.

Die Vorschläge 1 und 2 sind daher geeignet, die praktischen Probleme bei der Berufung von Bundesrichtern (R6) erheblich zu vergrößern. Sie schaffen zahlreiche neue Angriffspunkte für Konkurrentenstreitverfahren. Selbst bei rechtmäßigem Auswahlhandeln droht hier



Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen

aufgrund des den Konkurrentenstreitigkeiten immanenten Verzögerungspotentials eine massive Belastung der obersten Bundesgerichte durch fehlendes Personal.

b) Der Präsidialrat hat die Aufgabe zur persönlichen und fachlichen Eignung eines zur Wahl Vorgeschlagenen Stellung zu nehmen. Er tut dies unter anderem auf Grundlage der vorhandenen dienstlichen Beurteilungen und einer Anhörung des Vorgeschlagenen. Seine auch jetzt schon nach einheitlichen Kriterien erstellten Stellungnahmen erleichtern es dem Richterwahlausschuss, die Leistungsbilder der Vorgeschlagenen zu vergleichen. Hat ein Vorgeschlagener (z.B. Hochschullehrer, Rechtsanwalt) bisher keine dienstlichen Beurteilungen erhalten, erlaubt seine Stellungnahme dem Richterwahlausschuss das Leistungsbild des Vorgeschlagenen besser einzuschätzen. Die schriftliche Niederlegung eines einheitlichen Bewertungssystems betont seine Rolle bei der Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG.

c) Eine vorbereitende Sitzung der Berichterstatter (ohne die Mitglieder des Richterwahlausschusses, denen keine Berichterstattung übertragen ist) zum Austausch über die vorgeschlagenen Kandidaten würde faktisch ein Teilorgan schaffen, in dem die Wahlentscheidung vorbesprochen wird. Ein Grund für die darin liegende Benachteiligung der Mitglieder, denen keine Berichterstattung übertragen ist, ist nicht ersichtlich.

2. Quotierungen

Der Blick auf die Geschlechterverteilung in Ausgangs- und Beförderungssämtern kann geeignet sein, geschlechtsspezifische Unterrepräsentanzen sichtbar zu machen. Beim Blick auf die Geschlechterverteilung an obersten Bundesgerichten müsste insoweit die Gruppe derjenigen in den Blick genommen werden, die die formellen Beförderungsvoraussetzungen (vgl. z.B. § 15 Abs. 3 VwGO, Einverständnis gewählt zu werden) erfüllen und mit der Geschlechterverteilung aktueller Auswahlentscheidungen verglichen werden. Dabei ist die statistische Aussagekraft des Vergleichs umso größer, je größer die in den Blick genommene Gruppe der Ausgewählten ist.

Zielvorstellungen hinsichtlich der Repräsentation der Länder gibt es bereits. Die Über- bzw. Untererfüllung dieser Zielvorgaben wird im Vorfeld der Bundesrichterwahlen auch regelmäßig thematisiert.

Jede Quotenvorgabe gerät zudem zwangsläufig mit dem in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten, bei Auswahlentscheidungen stets vorrangig zu beachtenden Leistungsprinzip in Konflikt. Quotenvorgaben dürfen daher nicht derart starr formuliert werden, dass sie im Einzelfall die Auswahl eines schlechteren anstelle eines besseren Bewerbers gebieten.

Die Verpflichtung, für jede zu vergebende Bundesrichterstelle zwei Kandidaten unterschiedlichen Geschlechts vorzuschlagen, hätte zur Folge, dass die Vorgeschlagenen vor der Wahl jeweils paarweise einer zu vergebenden Stelle zugeordnet werden müssten. Der bei der Wahl unterlegene Bewerber könnte in der Folge bei der Wahl für die anderen Stellen nicht mehr berücksichtigt werden. Die Zuordnung der Vorgeschlagenen zu den einzelnen Stellen



Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen

brächte daher immer das Risiko der Verzerrung des Gesamtwahlergebnisses durch die Zuordnung der Vorgeschlagenen zu den einzelnen Stellen bzw. die Art der Paarbildung mit sich.

3. Zuständigkeitskonzentration

Der Vorschlag zur Konzentration der Zuständigkeit für Konkurrentenstreitverfahren bei den für die obersten Bundesgerichte zuständigen Verwaltungsgerichten ist weder geeignet die notwendige Vereinheitlichung der Rechtsprechung noch eine Beschleunigung der Verfahren herbeizuführen. Mit der Neuregelung wären zwar nur noch fünf Oberverwaltungsgerichte/ Verwaltungsgerichtshöfe für Konkurrentenstreitverfahren über die Besetzung von Stellen an obersten Bundesgerichten zuständig. Eine Instanz, die deren Rechtsprechung vereinheitlichen könnte, gäbe es aber immer noch nicht. Eine Verfahrensbeschleunigung würde mit dem Vorschlag ebenfalls nicht erreicht. Denn es stünden den Parteien eines Konkurrentenstreitverfahrens noch immer zwei Instanzen zur Verfügung.

4. Teilzeitförderung

Teilzeitarbeit wird an den obersten Bundesgerichten bereits praktiziert. Eine möglichst flexible Handhabung des Übergangs von Teilzeit in Vollzeit und umgekehrt ist im Interesse der Beschäftigten wünschenswert. Die Einführung einer jederzeitigen Rückkehroption für Teilzeitkräfte darf aber nicht dazu führen, dass die Teilzeitreste (d.h. die Anteile der Planstelle der Teilzeitkraft, die aktuell nicht für die Finanzierung ihres Gehalts benötigt werden) für die Dauer der Teilzeit nicht mit einem anderen Bundesrichter besetzt werden kann.

III. Praktische Probleme bei der Besetzung von Vorsitzendenstellen an obersten Bundesgerichten

Die Ursachen für die praktischen Probleme bei der Vergabe von Vorsitzendenstellen an obersten Bundesgerichten sind nicht spezifisch solche des Auswahlverfahrens für diese Stellen. Sie haften vielmehr jedem Auswahlverfahren für ein öffentliches Amt an und liegen letztlich in deren rechtlicher und tatsächlicher Komplexität (1.), sowie der Struktur (2.) und der Dauer (3.) verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in diesem Bereich.

1. Die in erheblichem Umfang aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitete Rechtsprechung zur Beförderungskonkurrenz bei der Vergabe öffentlicher Ämter geht davon aus, dass für die Auswahlentscheidung grundsätzlich nur leistungsbezogene Kriterien maßgeblich sein dürfen (vgl. z.B. OVG NRW, Beschluss vom 6. April 2016 - 6 B 221.16 - juris Rn. 5). Sie billigt dem Auswählenden bei der Einschätzung der Leistungen der Bewerber um ein öffentliches Amt einen Einschätzungsspielraum zu (vgl. z.B. OVG NRW Beschluss vom 10. Februar 2016 - 6 B 33.16 - juris Rn. 8), bürdet ihm zugleich aber, um unterlegenen Bewerbern effektiven



Bund Deutscher Verwaltungsrichter
und Verwaltungsrichterrinnen

Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG zu ermöglichen, auf, die für die Auswahl maßgeblichen Kriterien schriftlich niederzulegen (vgl. z.B. OVG NRW, Beschluss vom 10. Februar 2016, a.a.O.) und ihre einheitliche Anwendung zu dokumentieren. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ist - kraft verfassungsrechtlicher Verpflichtung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - juris Rn. 57) - gehalten, die Auswahlentscheidung auch in Eilverfahren mit der Prüfungstiefe eines Hauptsacheverfahrens auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Diese Verpflichtung wird aus dem Umstand abgeleitet, dass Rechtsschutz in Konkurrentenstreitigkeiten typischerweise nur im Rahmen von Eilverfahren erfolgt.

In der Praxis hat sich eine Arbeitsteilung bei der Niederlegung der Auswahlerwägungen herausgebildet. Die Vorgesetzten der Bewerber referieren in der Regel gemessen am jeweiligen Statusamt aus ihrer eigenen Beobachtung nach den Vorgaben des jeweiligen Anforderungsprofils und der einschlägigen Rechtsnormen und Verwaltungsvorschriften dessen Leistung und ordnen diese einer Note zu. Dem Auswählenden obliegt sodann der Vergleich der auf diese Weise dokumentierten Leistungen der Bewerber wiederum grundsätzlich anhand leistungsbezogener Kriterien. Sind die der Auswahlentscheidung zugrundeliegenden Leistungsnachweise nicht nach einheitlichen Kriterien erstellt, muss der Auswählende die Leistungsnachweise vor dem eigentlichen Leistungsvergleich zunächst derart umwerten, dass sie vergleichbar werden (vgl. z.B. OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. Dezember 2014 - 5 ME 177.14 - juris Rn. 20 ff.). Dieser Auswahlprozess ist außerordentlich (rechts-)fehleranfällig, die Erfolgsquote in klassischen Konkurrentenstreitverfahren mithin verhältnismäßig hoch. Dabei gilt im Prinzip, je dezentraler das Verfahren organisiert ist und je uneinheitlicher das Bewerberfeld ist, umso höher ist die Fehlerquote.

2. Begünstigt wird die hohe Fehleranfälligkeit von Auswahlentscheidungen über die Vergabe öffentlicher Ämter zusätzlich durch die Struktur des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Dieser ist vom nicht ausgewählten Konkurrenten, mit dem Ziel der Verhinderung einer endgültigen Stellenbesetzung mit dem Ausgewählten, zunächst im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor dem jeweiligen Verwaltungsgericht und gegebenenfalls in einem Beschwerdeverfahren vor dem entsprechenden Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof zu suchen. Ein weiterer Rechtsbehelf zum Bundesverwaltungsgericht existiert im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht (§ 152 Abs. 1 VwGO). Nach Abschluss der einstweiligen Rechtsschutzverfahren werden Hauptsacheverfahren von den Beteiligten regelmäßig nicht mehr betrieben. Unterliegt der Konkurrent, findet das Verfahren sein Ende durch endgültige Ernennung des Ausgewählten. Unterliegt die Behörde, hebt sie ihre Auswahlentscheidung regelmäßig auf und trifft eine neue Entscheidung, die dann wiederum gesondert rechtsbehelfsfähig ist. In der Folge fehlt es an einer Vereinheitlichung der rechtlichen Maßstäbe durch das Bundesverwaltungsgericht und damit an einer klaren Leitlinie für behördliches Auswahlhandeln.

3. Konkurrentenstreitverfahren belasten aufgrund ihrer Dauer und ihrer aus den oben genannten Gründen verhältnismäßig hohen Erfolgsquote die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung und der Gerichte erheblich. Das gilt insbesondere dann, wenn die



Bund Deutscher Verwaltungsrichter
und Verwaltungsrichterrinnen

Aufgaben der ausgeschriebenen Stellen, wie an obersten Bundesgerichten, nicht mit zusätzlichem Personal wenigstens vertretungsweise wahrgenommen werden können. Allein die durch ein Konkurrentenstreitverfahren bewirkte regelmäßig lange Verzögerung einer Stellenbesetzung kann zudem einen Anreiz darstellen, ein solches auch dann zu führen, wenn es wenig aussichtsreich ist, um durch einen späteren Verzicht auf die Fortführung des Verfahrens und die darin liegende Verzögerungswirkung eine zukünftige günstige Behandlung durch die Behörde (etwa in Form einer besseren Beurteilung) zu erlangen.

5. Die Abmilderung der praktischen Probleme bei der Vergabe von Vorsitzendenstellen an obersten Bundesgerichten kann entweder an der Gestaltung des Auswahlverfahrens selbst (a), der Struktur (b) oder der Dauer (c) des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ansetzen.

a) Eine rechtlich weniger fehleranfällige Gestaltung des Auswahlverfahrens könnte beispielsweise durch eine Reduzierung der Prüfungsdichte bei der Vergabe von Vorsitzendenstellen erreicht werden, wie sie etwa das Wahlverfahren nach Art. 95 Abs. 2 GG für die Berufung von Bundesrichtern (R6) bewirkt.

b) Die fehlende Vereinheitlichung der Rechtsprechung durch das Bundesverwaltungsgericht könnte durch

- die Schaffung einer weiteren (Rechts-) Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe in Konkurrentenstreitigkeiten,
- die Verlagerung der Eingangszuständigkeit in Konkurrentenstreitverfahren auf die Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe mit einer Beschwerdemöglichkeit gegen deren Entscheidungen zum Bundesverwaltungsgericht oder
- die Konzentration der Entscheidungszuständigkeit in Konkurrentenstreitverfahren über Vorsitzendenstellen an obersten Bundesgerichten beim Bundesverwaltungsgericht

bewirkt werden.

c) Die Beschleunigung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Konkurrentenstreitverfahren könnte entweder durch eine Reduzierung der gerichtlichen Prüfungsdichte, wie unter a) beschrieben oder durch die Reduzierung der Zahl der Instanzen, wie unter b) beschrieben, erreicht werden.

Bei unveränderter Prüfungsdichte können eine bundeseinheitliche Rechtsprechung in Konkurrentenstreitigkeiten und eine Verfahrensbeschleunigung zugleich nur dadurch erreicht werden, dass die Zuständigkeit für Konkurrentenstreitigkeiten über Vorsitzendenstellen an obersten Bundesgerichten beim Bundesverwaltungsgericht konzentriert wird.

Berlin, den 5. September 2016

Dr. Robert Seegmüller
(Vorsitzender)