

§ 1 – Kommunale Wahlbeamte – Historische, verfassungsrechtliche und theoretische Grundlagen

Übersicht

- A. Begriff der kommunalen Wahlbeamten
 - I. Allgemeines
 - II. Die einzelnen Merkmale
 - III. Definition
- B. Die rechtliche Sonderstellung der kommunalen Wahlbeamten
- C. Historische Entwicklung
 - I. Kommunalverfassungsrechtliche Entwicklung, insb. die preußische Städteordnung
 - II. Verfassungsgeschichtliche und theoretische Entwicklung
- D. Theoretische Grundlagen: Der Bereich „zwischen Verwaltung und Politik“ auf kommunaler Ebene
 - I. Die Stellung der Gemeinden zwischen Staat und Selbstverwaltung
 - II. Kollision von Beamtentum und Demokratieprinzip
 - 1. Funktion und Grundsätze des Beamtentums
 - 2. Funktionsweisen der Demokratie
 - 3. Beamtentum vs. Demokratie
 - III. Recht und Politik: Die zwei grundlegenden Modi der Steuerung des Gemeinwesens
- IV. Ergebnis
- E. Praktische Auswirkungen: Der kommunale Wahlbeamte „zwischen Verwaltung und Politik“
 - I. Ämterwahl vs. Ämtervergabe
 - II. Laufbahnrecht vs. laufbahnfreies Amt
 - III. Lebenszeit vs. begrenzte Amtszeit
 - IV. Entfernung aus dem Dienst vs. vorzeitige Abberufung durch Abwahl
 - V. Herausgehobene Besoldung und Versorgung: Sicherheit vs. Unsicherheit
 - VI. Beamter ohne Vorgesetzten
 - VII. Neutralitätsprinzip vs. politische Bindung
 - VIII. Zwischenergebnis: Ein politischer Beamter?
 - 1. Der politische Beamte
 - 2. Unterschiede kommunaler Wahlbeamter – politischer Beamter
 - 3. Vergleich Staatsverfassung – Kommunalverfassung
 - E. Ergebnis: Der kommunale Wahlbeamte und sein Recht
 - I. Der kommunale Wahlbeamte – Die Verkörperung der kommunalen Selbstverwaltung des Grundgesetzes
 - II. Die Ausgestaltung des Amtes: Verrechtlichung oder Demokratisierung – Versachlichung oder Politisierung?
 - III. Das Recht der kommunalen Wahlbeamten

Literatur

Alemann v., Politikbegriffe, in: Nohlen (Hrsg.), Kleines Lexikon der Politik, Sp. 490 ff.; *Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. 2009; *Becker*, Die Stein'sche Städteordnung als geschichtlicher Markstein, in: HkWP I, § 11; *Botzart/Hubatsch* (Hrsg.), Freiherr vom Stein. Briefe und amtliche

Schriften, Band 2/I: Thielen (Neubearb.), Minister im Generaldirektorium, Konflikt und Entlassung, Stein in Nassau – Die Nassauer Denkschrift, Wiederberufung (1804–1807), 1959; *Botzenhart/Ipsen* (Hrsg.), Ausgewählte politische Briefe und Denkschriften, 2. Aufl. 1986; *Bracher*, Vertrauen in politische Anschauungen und persönliche Loyalität bei beamtenrechtlichen Auswahlentscheidungen, DVBl. 2001, S. 19 ff.; *Classen*, Wahl contra Leistung – Zu Wahlbeamten und Richterwahlen, JZ 2002, S. 1009 ff.; *Dürig/Rudolf*, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1996; *Engeli/Haus*, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht, 1975; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1950; *Gern*, Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003; *Görg*, Die Rechtsstellung der Kommunalbeamten, HkWP II, § 8; *Görg*, Die kommunalen Wahlbeamten, ZBR 1958, S. 65 ff.; *Hendler*, Das Prinzip Selbstverwaltung, in: HbStR, Bd. 6, § 143; *ders.*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984; *Herrmann*, Bestenauslese durch Kommunalpolitik, LKV 2006, S. 535 ff.; *Ipsen* (Hrsg.), Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, 2001; *Jaeckel*, Der kommunale Beigeordnete zwischen fachlicher Verwaltung und politischer Willensbildung, VerwArch 2006, S. 220 ff.; *Klein*, Zur Gleichgestimmtheit zwischen Gemeindevertretung und kommunalen Wahlbeamten, DÖV 1980, S. 853 ff.; *Knemeyer*, Gemeinde, in: Staatslexikon, Sp. 822 ff.; *Knirsch*, Ohne Führung kein Erfolg, VR 2003, S. 10 ff.; *Lecheler*, Der öffentliche Dienst, in: HbStR, Bd. 3, § 72; *Lohmann*, Die Stellung der Wahlbeamten in der inneren Gemeindeverfassung, 1978; *Maier/Vogel*, Politik, in: Staatslexikon, Sp. 431 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011; *Meyer*, Die Wahl und Ernennung der gemeindlichen Wahlbeamten in der Bundesrepublik, 1964; *Müller*, Der Beigeordnete – Beamter zwischen Beamtenrecht und Kommunalverfassungsrecht, PersV 1995, S. 4 ff.; *Mußnug*, Ämtervergabe durch Wahl, in: FS Schenke, 2011, S. 243 ff.; *Oebbecke*, Der hauptamtliche Bürgermeister als Beamter, S. 451; *Pappermann*, Kommunale Wahlbeamte, ZBR 1968, S. 297 ff.; *Püttner*, Die Beigeordneten – Beamte mit politischer Funktion?, AfK 20 (1981), S. 234 ff.; *Püttner*, Kommunale Selbstverwaltung, in: HbStR, Bd. 6, § 144; *Schleberger*, Der Beigeordnete – ein kommunales Kuriosum?, StT 1977, S. 631 ff.; *Schröder*, Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, in: HbStR, Bd. 3, § 67; *Smith*, Konfliktlösung im demokratischen Bundesstaat, 2011; *Stern*, Staatsrecht I, 1977; *Stober*, Kommunale Ämterverfassung und Staatsverfassung am Beispiel der Abwahl kommunaler Wahlbeamter, 1982; *Thieme*, Beamtentum, Ev.StLex, Sp. 122 ff.; *Weber*, Politik als Beruf, 1919, Nachdruck 11. Aufl. 2010; *ders.*, Wirtschaft und Gesellschaft, Nachdruck 1972; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl. 2014; *Widtmann*, Kommunale Selbstverwaltung, in: EvStLex, Sp. 1966 f.; *Wolff/Bachhof/Stober*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1994; *Wolter*, Der Beigeordnete, 1978.

A. Begriff der kommunalen Wahlbeamten

Ist von kommunalen Wahlbeamten die Rede, werden diese mit Apostrophierungen belegt, die von „Zwitterstellung“¹ und „kommunales Kuriosum“² über „eigenartige Sonderstellung“³ oder „Grenzgänger“⁴ bis hin zu „Mittler“⁵ oder „Bindeglied“⁶ reichen. Ganz überwiegend wird dem Institut des kommunalen Wahlbeamten eine „Sonderstellung“ attestiert, die sich an einer „Grenzposition“⁷, einem „Schnittpunkt“⁸, in einem „Spannungsfeld“⁹ oder „Graubereich“ befinde. Diese Begriffe deuten an, dass es unterschiedliche Sphären oder Kräfte gibt, zwischen denen sich dieser Beamtentypus bewegt, er scheint also nicht einem der beiden ausschließlich anzugehören. Diese beiden Bereiche, so die ganz allgemeine Meinung und die übliche Beschreibung, sind die

1 *Mußnug*, Ämtervergabe durch Wahl, S. 243 (253).

2 *Schleberger*, StT 1977, S. 631.

3 *Meyer*, Die Wahl und Ernennung der gemeindlichen Wahlbeamten, S. 14.

4 *Knirsch*, VR 2003, S. 10 (12).

5 *BVerwG*, Urt. v. 27.3.1992 – 7 C 20.91, BVerfGE 90, 104 (111).

6 *Jaeckel*, VerwArch 2006, S. 220 (228).

7 *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, BVerfGE 7, 155 (164).

8 *BVerwG*, Urt. v. 14.7.1978 – 7 C 45/76, BVerwGE 56, 163 (170).

9 *Jaeckel*, VerwArch 2006, S. 220 (221, 223).

der „Verwaltung“ und der „Politik“. Dementsprechend wird seit jeher auch die Frage aufgeworfen, ob sie eher Politiker oder doch vielleicht eher Beamte seien¹⁰.

Die kommunalrechtliche Literatur beschränkt ihre Ausführungen zu der Stellung der Wahlbeamten zwischen Politik und Verwaltung zumeist auf die kommunalverfassungsrechtliche Sicht und meint mit den genannten Sphären die Kommunalverwaltung und die Kommunalpolitik. Ausgehend von der These, dass die kommunalen Wahlbeamten, die ja bereits dem Wort nach Beamte sind, aus einer rein kommunalrechtlichen Sicht nicht vollständig erfasst werden können, es daher auch einer dienstrechtlichen Betrachtung bedarf, und dass sich hinter den Begriffen „Verwaltung“ und „Politik“ mehr verbergen muss oder diese zumindest mit weiteren Gehalten aufgefüllt werden können, sollen hier die kommunalen Wahlbeamten untersucht werden. Das dürfte es erforderlich machen, sich mit ihren historischen und theoretischen Grundlagen auseinanderzusetzen. Zunächst ist aber zu klären, was unter kommunalen Wahlbeamten zu verstehen ist.

I. Allgemeines

In Nordrhein-Westfalen sind in den Städten und Gemeinden der Bürgermeister (§ 62 Abs. 1 S. 1 GO, § 119 Abs. 1 LBG) und die Beigeordneten (§ 71 Abs. 1 S. 2 GO, § 120 Abs. 1 LBG) kommunale Wahlbeamte. Ebenso auf Kreisebene der Landrat (§ 44 Abs. 3 S. 1 KrO) sowie der Kreisdirektor, falls die Hauptsatzung einen solchen vorsieht (§ 47 Abs. 1 S. 2 KrO). Bei den Landschaftsverbänden besitzen der Direktor des Landschaftsverbandes sowie die Landesräte den Status eines kommunalen Wahlbeamten (§ 20 Abs. 2 LVerbO). Kommunale Wahlbeamte sind also die Hauptverwaltungsbeamten der kommunalen Gebietskörperschaften sowie deren leitende Beamte der „zweiten Führungsebene“¹¹. Die Bezeichnung „Hauptverwaltungsbeamter“ geht auf die revidierte Deutsche Gemeindeordnung zurück und ist die deutsche Übersetzung des englischen „Chief Executive Officer“¹². Er trug die Amtsbezeichnung „Gemeindedirektor“, „Stadtdirektor“ oder „Oberstadtdirektor“ als Teil der vormaligen Doppelspitze aus ehrenamtlichem Bürgermeister und hauptamtlichem Hauptverwaltungsbeamten. Die kommunalen Wahlbeamten sind also die Spitzenbeamten ihrer Gemeinden¹³. Sie sind Organ der Gemeinde, so der Bürgermeister, bzw. mittelbares Organ, wie die Beigeordneten.

Je nach Bundesland können die Bezeichnungen variieren. Die Hauptverwaltungsbeamten heißen stets „Bürgermeister“ oder „Oberbürgermeister“. Die übrigen Wahlbeamten, die auch als Dezernenten bezeichnet werden, tragen in den meisten Ländern die Amtsbezeichnung Beigeordnete, in Niedersachsen „Stadtrat“¹⁴, in Baden-Württemberg „Bürgermeister“¹⁵ in Bayern „berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder“¹⁶.

II. Die einzelnen Merkmale

Wesentliches Merkmal ist der Beamtenstatus. Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist, wer als natürliche Person zu einer dienstherrnfähigen juristischen Person des öffentli-

10 Stober, Kommunale Ämterverfassung und Staatsverfassung, S. 48; Lohmann, Die Stellung der Wahlbeamten, S. 75 ff. m. w. N.; Pappermann, ZBR 1968, S. 297 (300); Püttner, Die Beigeordneten, S. 234 ff.

11 Jaeckel, VerwArch 2006, S. 220 (221).

12 Ipsen, in: ders., Nds. KVerfG, Einl., Rn. 3; vor § 80, Rn. 1.

13 Meyer, Die Wahl und Ernennung der gemeindlichen Wahlbeamten, S. 9.

14 Bzw. Gemeinderat, Kreisrat, Samtgemeinderat – § 108 Abs. 1 Nds. KVerfG.

15 § 49 Abs. 3 GO BW, der bestimmt, dass „Beigeordnete“ gewählt werden, welche die Amtsbezeichnung „Bürgermeister“ tragen.

16 Art. 40 BayGO.

chen Rechts in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis steht (materielle Komponente), das durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde mit den Worten „unter Berufung in das Beamtenverhältnis“ begründet (materielle Komponente) worden ist (vgl. §§ 2, 8 Abs. 2 S. 1, 2 Nr. 1 BeamStG)¹⁷. Bei Bürgermeister und Landrat liegt der statusbegründende Akt ausnahmsweise in der Annahme der Wahl, weshalb es keiner Ernennung und keiner Urkunde bedarf (§ 119 Abs. 3 S. 1, Abs. 10 LBG)¹⁸. Als weiteres Merkmal gelangen Wahlbeamte durch eine Wahl ins Amt. Sie kann wie bei den Hauptverwaltungsbeamten durch Direktwahl der Bürger oder wie bei den Beigeordneten durch Wahl der Vertretung (Rat, Kreistag, Landschaftsversammlung) erfolgen.

Das nächste Kennzeichen der Wahlbeamten ist ihre befristete Amtszeit. Sie ist in der Gemeindeordnung für den Bürgermeister auf fünf Jahre und für die Beigeordneten auf acht Jahre festgelegt. Dieser kommunalverfassungsrechtlichen Seite korrespondiert eine dienstrechtliche. Das LBG bestimmt, dass die kommunalen Wahlbeamten in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen werden (§§ 4, 119 Abs. 2, 120 Abs. 2 LBG). Die Begriffe der Wahlbeamten und der Beamten auf Zeit (BaZ) sind also nicht deckungsgleich, vielmehr ist der Zeitbeamte der weitere Begriff. Wahlbeamte sind immer Zeitbeamte, Zeitbeamte aber nicht immer Wahlbeamte¹⁹. So können in Nordrhein-Westfalen Professoren als BaZ ernannt werden, Juniorprofessoren werden zum BaZ ernannt (§§ 123 Abs. 2 S. 1, 125 Abs. LBG).

III. Definition

Hiervon ausgehend und aufbauend auf älteren Definitionen²⁰ sind kommunale Wahlbeamte die in den Kommunalverfassungen der Länder vorgesehenen oder zugelassenen, mit leitenden Funktionen beauftragten, hauptamtlichen²¹ Beamten im staatsrechtlichen Sinne der Gemeinden und Gemeindeverbände, die von den zuständigen Vertretungskörperschaften oder im Falle einer direkten Wahl von den Bürgern für eine bestimmte Amtszeit gewählt werden.

Auch diese Definition gibt Hinweise auf die oben (A. vor. I.), anhand der diversen Bezeichnungen angedeutete rechtliche Sonderstellung der kommunalen Wahlbeamten.

B. Die rechtliche Sonderstellung der kommunalen Wahlbeamten

In der für das Recht der kommunalen Wahlbeamten bis heute grundlegenden, wenn auch nicht unbestrittenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr

17 Allg. Meinung; statt vieler *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 45.

18 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 74.

19 *Pappermann*, ZBR 1968, S. 297 (297 f.).

20 *Meyer*, Die Wahl und Ernennung der gemeindlichen Wahlbeamten, S. 10; *Görg*, HkWP, S. 83; dem folgend *Pappermann*, ZBR 1968, S. 297.

21 Eine seltene Besonderheit stellen z. B. die in Rheinland-Pfalz vorkommenden ehrenamtlichen Beigeordneten dar. Sie werden in ein Ehrenbeamtenverhältnis berufen (§ 54 Abs. 1 S. 1 GO RP; *Gabler/Eiser*, Ehrenamt, S. 371 (372)), ihnen kann die Leitung angemessener Geschäftsbereiche übertragen werden (§ 50 Abs. 3 S. 1 GO RP). Das Ehrenbeamtenverhältnis ist dadurch geprägt, dass die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe keinen Lebensberuf darstellt, sondern ohne Anspruch auf Alimentation ausgeübt wird (*Smith*, in: *Kleerbaum/Palmen* (Hrsg.), KrO NRW, § 62, II.1. m. w. N.). Da es sich um ein echtes Beamtenverhältnis handelt und der Ehrenbeamte öffentliche Aufgaben wahrnimmt wäre denkbar, ihn in den Kreis der kommunalen Wahlbeamten aufzunehmen. Aufgrund des ehrenamtlichen Charakters, der Verhältniswahl und der Gebundenheit an die Wahlperiode des Rates (*Lohmann*, Die Stellung der Wahlbeamten, S. 11) soll hierauf aber verzichtet werden. Zudem gehört die Hauptberuflichkeit zu den Wesensmerkmalen der Beamten. Sie besteht bei Ehrenbeamten nicht. Jedenfalls stellt sich für Nordrhein-Westfalen diese Frage nicht, da die Gemeindeordnung ein solches Amt nicht vorsieht.

1957 wurde dieser Beamtengruppe eine „besondere Stellung“²² attestiert, welche der kommunale Wahlbeamte im Vergleich zu anderen Beamtengruppen einnehme. Auch in der Literatur und in der übrigen Rechtsprechung sind diese oder ähnliche Beschreibungen zu finden²³.

Die rechtliche Sonderstellung der kommunalen Wahlbeamten ergibt sich aus folgenden Merkmalen²⁴:

- Bestellung durch Wahl
- Beamtenstatus nur auf Zeit
- Möglichkeit der Abwahl
- Pflicht zur Weiterführung des Amtes im Falle der Wiederwahl (§ 71 Abs. 5 GO; nur bei Beigeordneten)
- Laufbahnfreiheit
- kein Dienstvorgesetzter (bei Bürgermeistern)
- Nebentätigkeitsrecht
- herausgehobene Besoldung nach Größe der Gemeinde
- herausgehobene Versorgung

Wie viele andere Besonderheiten sind auch diese überwiegend historisch zu erklären. Die Sonderstellung der kommunalen Wahlbeamten ist das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung (III.) sowie der Notwendigkeit, zwischen den Sphären von „Verwaltung“ und „Politik“ ausgleichen zu müssen, zwischen denen sich der kommunale Wahlbeamte bewegt (IV.).

C. Historische Entwicklung

Die moderne kommunale Selbstverwaltung hat ihren Ursprung in der Ära der preußischen Reformen zu Anfang des 19. Jahrhunderts²⁵. Sie ist insbesondere mit der preußischen Städteordnung vom 19. November 1808 verknüpft, die auf dem Gedankengut des Freiherrn *von Stein* beruht²⁶. Zur Beseitigung der Missstände in den Städten des Absolutismus²⁷ suchte er, die Bürger an der Gestaltung des Gemeinwesens zu beteiligen. Dies kommt in der Präambel der preußischen Städteordnung zum Ausdruck: Es bestand „*das sich dringend äußernde Bedürfnis einer wirksameren Theilnahme der Bürgerschaft an der Verwaltung des Gemeinwesens*“. Das Ziel war, „*in der Bürgergemeinde einen festen Vereinigungspunkt gesetzlich zu bilden, ihnen eine thätige Einwirkung auf die Verwaltung des Gemeinwesens beizulegen und durch die Theilnahme Gemeinsinn zu erregen und zu erhalten*“²⁸. Sein Leitgedanke war also die Selbstverwaltung, ohne dass dieser Begriff von ihm oder zu seiner Zeit schon verwendet worden wäre²⁹. „*Die Nation sollte daran gewöhnt werden, ihre eigenen Geschäfte zu verwal-*

22 BVerfG, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, BVerfGE 7, 155 (164).

23 Görg, HkWP, S. 83; *ders.*, ZBR 1958, S. 65; Meyer, Die Wahl und Ernennung der gemeindlichen Wahlbeamten, S. 14; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 73, 75; *BVerwG*, Urt. v. 25.6.2009 – 2 C 47/07, Rn. 21 m. w. N.; vgl. a. *Oebbecke*, Der hauptamtliche Bürgermeister als Beamter, S. 451 (452 f.); *Püttner*, Die Beigeordneten, S. 234.

24 Aufzählungen hierzu finden sich bei Görg, HkWP, S. 83; *Oebbecke*, Der hauptamtliche Bürgermeister als Beamter, S. 451 ff.; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 73 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, BVerfGE 7, 155 (165).

25 *Hendler*, HbStR, § 143, Rn. 2; *Püttner*, HbStR, § 144, Rn. 1; *Maurer*, Allg. VwR, § 23, Rn. 4.

26 *Becker*, HkWP, § 11, I.2.; *Hendler*, HbStR, § 143, Rn. 2; *Wolff/Bachof/Stober*, Allg. VwR, § 85, Rn. 5.

27 *Püttner*, HbStR, § 144, Rn. 1.

28 Preußische Städteordnung, abgedruckt in: *Engeli/Haus*, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht, S. 105.

29 Die Preußische Städteordnung von 1808, in: *Engeli/Haus*, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht, S. 101.

ten“³⁰. Er wollte dabei ein stärkeres Engagement der „Betroffenen“ für ihren Staat erreichen, wobei dies nur denjenigen möglich war, die das Bürgerrecht besaßen, also die „Befugniß, städtische Gewerbe zu treiben und Grundstücke [...] zu besitzen“ (§ 15 PrStO)³¹. Das Wahlrecht führte allerdings nicht dazu, dass durch die Stein'sche Städteordnung eine örtliche Demokratie nach heutigen Maßstäben eingeführt wurde, da das Wahlrecht nur männlichen Bürgern vorbehalten war und einem geringen Zensus unterlag (§ 74 PrStO). Sie kann aber als deren Vorläufer bezeichnet werden.

I. Kommunalverfassungsrechtliche Entwicklung, insb. die preußische Städteordnung

Bei *vom Stein* und der preußischen Städteordnung liegt auch der Ursprung des kommunalen Wahlbeamten. Das Zeitbeamtenverhältnis hat im Kommunalrecht seinen geschichtlichen Ursprung und noch heute seine Hauptbedeutung³². Die lebenslängliche Anstellung der Gemeindebeamten hatte sich nach *Steins* Auffassung nicht bewährt. „In die aus besoldeten Beamten bestehenden Landescollegia drängt sich leicht und gewöhnlich ein Mietlingsgeist ein, ein Leben in Formen und Dienstmechanismus, eine Unkunde des Bezirkes, den man verwaltet, eine Gleichgültigkeit, oft eine lächerliche Abneigung gegen denselben, eine Furcht vor Veränderungen und Neuerungen, die die Arbeit vermehren, womit die bessern Mitglieder überladen sind und der die geringhaltigern sich entziehen“³³. Die Rechtsfigur des kommunalen Wahlbeamten ist also aus dem Bedürfnis nach regelmäßigen Kontrollen derjenigen Beamten entstanden, denen das Gesetz eine besondere Rechtsstellung bei der Verwaltung der Gemeinde zuweist³⁴. Zu überdenken war also die Länge der Amtszeit der betreffenden Beamten, der Magistratsmitglieder. Der Magistrat war das Ausführungsorgan (§ 174 PrStO), während die Stadtverordnetenversammlung das Leitungs- und Beschlussorgan bildete (vgl. § 108 f. PrStO, sog. unechte Magistratsverfassung³⁵). Dabei war der Magistrat nicht nur für die Ausführung gemeindeeigener Aufgaben zuständig. Ihm konnten auch staatliche Aufgaben, namentlich „die Polizei“ (Ordnungsverwaltung), übertragen werden (§§ 165, 166 PrStO). Auf diese Weise wurde die Trennung von eigenem und übertragener Wirkungsbereich erstmals normativ verwirklicht³⁶. Die Magistratsmitglieder und damit auch die Wahlbeamten waren damit sowohl für eigene als auch für staatliche Aufgaben zuständig.

Die Entscheidung über die Länge der Amtszeit erforderte die Auswahl eines Zeitraumes, der zwischen den Polen „Lebenszeitbeamter“ und „(einjähriges) Wahlamt“ lag. Sie war ein Kompromiss, der letztlich bis heute auf die Ausgestaltung des kommunalen Wahlbeamtenverhältnisses fortwirkt. Für eine möglichst kurze Amtszeit wurde angeführt, nur auf diese Weise lasse sich eine wirksame Kontrolle der Magistratsmitglieder erreichen. „Man setze jeden besoldeten Officianten auf eine einjährige Aufkündigung und lasse die Bürger bei der alle drei Jahre zu erneuernden Repräsentantenwahl auch darüber abstimmen, ob dem einen oder dem anderen Officianten der Dienst aufgekündigt werden soll“³⁷. Gegen eine kurze Amtszeit sprach hingegen die zu große Unsicher-

30 Brief *Stein* an Hardenberg vom 8.12.1808, in: Botzenhart/Ipsen (Hrsg.), *Ausgewählte politische Briefe und Denkschriften*, 2. Aufl. Stuttgart 1986, S. 171.

31 Vgl. Die Preußische Städteordnung von 1808, in: *Engeli/Haus*, *Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht*, S. 101.

32 So bereits 1950 und bis heute gültig *Görg*, *HkWP*, S. 85; *Wolter*, *Der Beigeordnete*, S. 144.

33 *Stein*, *Nassauer Denkschrift*, III.A., abgedruckt bei *Botzart/Hubatsch* (Hrsg.), *Freiherr vom Stein*, Band 2/ I, S. 380.

34 *Wolter*, *Der Beigeordnete*, S. 145.

35 Vgl. *Gern*, *Kommunalrecht*, Rn. 42.

36 *Gern*, *Kommunalrecht*, Rn. 5.

37 *Morgenbesser*, zit. b. *Wolter*, *Der Beigeordnete*, S. 138 m. w. N.

heit³⁸ und die Unstetigkeit, die dadurch in die Verwaltung hineingetragen würde. Zudem wurde befürchtet, dass der Amtsinhaber primär das Wohlwollen der Bürger im Auge haben würde, um sich die Wiederwahl zu sichern. Die „*Bürgerschaften würden Männern, die ihr Amt mit Achtung für Recht und für das Beste des Ganzen verwalten, ohne dem großen Haufen zu schmeicheln, dem sie vielleicht oft mit Nachdruck entgegenarbeiten müßten, den Dienst gewiß bei der nächsten Repräsentanten-Versammlung kündigen*“³⁹. Schließlich wurde die Sorge geäußert, „*die wohl unvermeidliche Kriecherei*“ werde „*das Fernbleiben tüchtiger Männer*“⁴⁰ von diesen Ämtern zur Folge haben⁴¹. Dieses Argument der Personalrekrutierung sollte fast genau 200 Jahre später „in der Rheinprovinz“ wieder auftauchen, als bei der GO-Reform 2007 über die Länge der Amtszeit der Hauptverwaltungsbeamten gestritten wurde: Durch eine längere Amtszeit und die Gewährung einer Versorgung sollte es u. a. ermöglicht werden, Führungspersonen insbesondere aus der Privatwirtschaft zu gewinnen⁴². Vom Stein entwickelte den Kompromissvorschlag, die Amtsdauer zwar zeitlich zu beschränken, den nicht wiedergewählten Magistratsmitgliedern jedoch einen Pensionsanspruch zu gewähren⁴³: „*Dann würde das leichtsinnige Verwerfen vermieden und das lästige Behalten gleichfalls*“⁴⁴. Diese rechtspolitischen Überlegungen sowie Sinn und Zweck der Regelung finden sich – später unüblich geworden – ausdrücklich im Gesetz: „*Damit nun diese Stellen, welche nur zur Erleichterung einer Veränderung, nicht auf Lebenszeit besetzt werden, von Männern, die die erforderlichen Eigenschaften dazu besitzen, mit Bereitwilligkeit angenommen werden mögen; so wird hierdurch bestimmt, daß [sie eine] Pension erhalten sollen*“ (§ 158 Abs. 1 PrStO).

Bei dieser Konstruktion ist es bis heute geblieben. Und in der Tat zeigen auch heute noch die Überlegungen von Ratsmitgliedern bei anstehenden Wiederwahlen von Beigeordneten die Abwägung insbesondere zwischen der „*lästigen*“ Fortsetzung der Zusammenarbeit und den finanziellen Belastungen ihrer Gemeinde bei einer Versorgungszahlung. Auch die heute erforderliche Genehmigung einer Wahl durch die Aufsichtsbehörde (§ 17 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 120 Abs. 1 LBG) hat ihren Ursprung in der preußischen Reformzeit. Mit der Bestätigung durch die Provinzpolizeibehörde (§ 52 PrStO) sollte „*groben Ausbrüchen von Familieneinfluß und Parteigeist*“⁴⁵ entgegengewirkt werden.

II. Verfassungsgeschichtliche und theoretische Entwicklung

Während die Neuerungen *vom Steins* mit der Preußischen Städteordnung sogleich eingeführt wurden, setzte die wissenschaftlich-theoretische Fundierung des Selbstverwaltungsgedankens erst in der zweiten Jahrhunderthälfte ein⁴⁶. Hieraus entwickelten sich zwei Begriffe der Selbstverwaltung⁴⁷:

Die „politische“ oder „staatsbürgerliche Selbstverwaltung“ bezeichnet die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch unbesoldete, ehrenamtlich tätige Personen. Ihr Gegenstück ist die Verwaltung durch berufsmäßig angestellte Be-

38 Pappermann, ZBR 1968, S. 297 (298).

39 Horn, zit. b. Wolter, Der Beigeordnete, S. 139 m. w. N.

40 Schrötter, zit. b. Wolter, Der Beigeordnete, S. 13.

41 Ausführlich zu dem damaligen Austausch der Argumente Wolter, Der Beigeordnete, S. 136 ff.

42 Vgl. z. B. Landtag Nordrhein-Westfalen, PlProt 14/69 v. 19.9.2007, S. 7853, 7857; APr 14/455 v. 15.8.2007, S. 8; von Lenep, StuGR 12/2006, S. 6.

43 Wolter, Der Beigeordnete, S. 139.

44 Zit. b. Wolter, Der Beigeordnete, S. 139 m. w. N.

45 Frey, zit. b. Wolter, Der Beigeordnete, S. 137.

46 Hendl, HbStR, § 143, Rn. 6.

47 Widmann, EvStLex, Selbstverwaltung, Sp. 1966; Wolff/Bachoff/Stober, Allg. VwR, § 84, Rn. 33; umfassend Hendl, HbStR, § 143, Rn. 12 ff.; ders., Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 50 ff.

amate und Fachleute und damit von Angehörigen des (Obrigkeits)Staates. Sie geht auf Rudolf von Gneist zurück und ist ein Mittel, dem Bürger nicht nur als Wähler, sondern auch als Mitträger der Verwaltung Verantwortung aufzuerlegen⁴⁸. Reste hiervon sind noch in dem zum Ehrenbeamten bestellbaren Ortsvorsteher der GO zu erkennen⁴⁹.

Demgegenüber bedeutet „Selbstverwaltung im Rechtssinne“ die Erledigung öffentlicher Verwaltungsaufgaben durch andere rechtsfähige Verwaltungseinheiten als den Staat⁵⁰. Es ist die selbständige, eigenverantwortliche und fachweisungsfreie Wahrnehmung enumerativ oder global überlassener oder zugewiesener eigener öffentlicher Angelegenheiten durch unterstaatliche Träger oder Subjekte öffentlicher Verwaltung im eigenen Namen, die nur der staatlichen Aufsicht untersteht⁵¹. Ihr Gegenstück ist die Staatsverwaltung⁵². Sinn und Zweck der Selbstverwaltung im Rechtssinne ist die Auflockerung der Verwaltung durch Dezentralisierung⁵³.

Seit Mitte des 19. Jahrhunderts verlor der Begriff der politischen Selbstverwaltung seine vorherrschende Position; es traten die Wahrnehmung von Aufgaben durch rechtsfähige Verbände und damit der juristische Begriff der Selbstverwaltung in den Vordergrund⁵⁴. Selbstverwaltung war damit von einem politischen zu einem Verwaltungsprinzip geworden⁵⁵. Gleichzeitig gilt die kommunale Selbstverwaltung durch das Vorsehen von Wahlen verfassungsgeschichtlich als eine Vorstufe der Demokratie⁵⁶. Die demokratische Beteiligung wurde also von unten, von den Gemeinden, nach oben, auf die Ebene des Staates gereicht.

So sah die Paulskirchenverfassung⁵⁷ auf Reichsebene Wahlen für die Volksvertretung, das Volkshaus, vor (vgl. Art. 94). Gleichzeitig ordnete sie an, dass „jede Gemeinde als Grundrechte ihrer Verfassung die Wahl ihrer Vorsteher und Vertreter“ habe (Art. 184). Das demokratische Element wurde also von der Staatsverfassung, also von oben, vorgegeben bzw. garantiert.

Die Weimarer Reichsverfassung⁵⁸ (WRV) – nachdem sich die Verfassung von 1871 zu den Gemeinden nicht geäußert hatte – sah Ähnliches vor: Auf Reichsebene wurde erstmals eine echte parlamentarische Demokratie mit allgemeinen, gleichen, geheimen und unmittelbaren Wahlen eingeführt (Art. 22 WRV). Diese „Grundsätze für die Wahlen zur Volksvertretung“ galten über Art. 17 Abs. 2 S. 1 WRV „auch für die Gemeindevahlen“.

Unter dem Grundgesetz hat sich die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung fortgesetzt und verändert. Durch Art. 28 GG wurde die kommunale Selbstverwaltung um ein demokratisch-parlamentarisches Moment angereichert⁵⁹ und vorgeschrieben, dass in den Ländern u. a. eine demokratische Ordnung zu gelten hat und in den Gemeinden gewählte Volksvertretungen bestehen müssen (Homogenitätsgebot). Damit

48 Wolff/Bachoff/Stober, Allg. VwR, § 84, Rn. 33; Widmann, EvStLex, Selbstverwaltung, Sp. 1966; Stern, Staatsrecht, S. 403.

49 Vgl. Smith, in: Kleebaum/Palmen (Hrsg.), GO NRW, § 28, III. 1.; ders., in: Kleebaum/Palmen (Hrsg.), KrO NRW, § 62, II. 1.

50 Widmann, EvStLex, Selbstverwaltung, Sp. 1966; Stern, Staatsrecht, S. 299 f.

51 Beruhend auf Wolff/Bachoff/Stober, Allg. VwR, § 84, Rn. 34; Widmann, EvStLex, Selbstverwaltung, Sp. 1966 f.

52 Widmann, EvStLex, Selbstverwaltung, Sp. 1966.

53 Widmann, EvStLex, Selbstverwaltung, Sp. 1966 f.

54 Stern, Staatsrecht, S. 299 f.

55 Vgl. Stern, Staatsrecht, S. 300.

56 Knemeyer, Gemeinde, in: StLex, Sp. 822.

57 Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849, abgedruckt bei Dürig/Rudolf, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, S. 95 ff.

58 Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, abgedruckt bei Dürig/Rudolf, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, S. 176 ff.

59 BVerfGE, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, BVerfGE 7, 155 (167).

sind kommunale Selbstverwaltung und Demokratie miteinander verknüpft⁶⁰. Nachdem also auf nationaler Ebene die Demokratie erreicht worden war, wurde diese gleichsam wieder heruntergereicht, in Form des Homogenitätsgebots. Dies führte zu der Stellung der Gemeinden im Grundgesetz, eine Stellung zwischen Staat und Selbstverwaltung, eine Selbstverwaltung mit eigener, demokratischer Willensbildung.

Dies muss sich auch auf den kommunalen Wahlbeamten auswirken. Durch die demokratische Wahl der Vertretung besitzt auch der Beigeordnete bzw. der Bürgermeister bei der Direktwahl eine demokratische Legitimation.

Da Demokratie die Verleihung von Macht auf Zeit ist, ihr also das Element Zeit innewohnt, kommt im Vergleich zu den Zeiten und Argumenten *Steins* (Kontrolle) dem Element Zeit eine weitere Funktion zu: die demokratische Legitimation. Es vereinigen sich heute also demokratische und beamtenrechtliche Prinzipien in der Figur des kommunalen Wahlbeamten.

Zwingend ist das gleichwohl nicht. Denn die Überlegungen *vom Steins* haben gezeigt, dass das Element „Zeit“ einen anderen Regelungszweck haben kann als demokratische Legitimation: die Kontrolle. Zu *vom Steins* Zeiten bestand keine Demokratie, weil der Legitimationskörper im Vergleich zur ansässigen Bevölkerung stark verkleinert war. Gleichwohl bestand eine Verbindung zwischen diesem Legitimationskörper und dem Wahlbeamten⁶¹. Gleichwohl fand eine *Wahl* statt, ein Entscheidungsverfahren, das untrennbar mit der Demokratie verbunden ist, aber als Verfahren auch anderweitig angewendet werden kann. Zu unterscheiden ist insofern das Prinzip Demokratie und das Verfahren Wahl. Konstituierend für den Wahlbeamten bleibt daher das Verfahren „Wahl“ mit ihren Wahlzwecken, gleich welcher Legitimationskörper die Wahl ausübt, gleich ob der Wahl eine demokratische, ständische, oligarchische oder sonstige Legitimation zugrunde liegt. Es kann also auch Wahlbeamte ohne Demokratie geben. Er heißt daher zu Recht kommunaler Wahlbeamter, nicht kommunaler Demokratiebeamter. Es vereinigen sich also zunächst weniger demokratische, als vielmehr parlamentarische bzw. kollegiale Prinzipien und beamtenrechtliche Vorstellungen in der Figur des kommunalen Wahlbeamten. Ist der Legitimationskörper demokratisch legitimiert, kann freilich der Legitimationsgrad erhöht und damit ein weiterer Zweck von Wahlen erfüllt werden. Dann wirken zusätzlich auch noch demokratische Vorstellungen auf das Beamtenrecht ein.

D. Theoretische Grundlagen: Der Bereich „zwischen Verwaltung und Politik“ auf kommunaler Ebene

Eingangs benannter These folgend, soll der gängige Topos der „Grenzposition zwischen Verwaltung und Politik“ als These genommen werden, um die auszugleichenden Prinzipien zu erfassen bzw. zu erläutern, was hinter den – auf den ersten Blick klaren – Begriffen „Verwaltung“ und „Politik“ steht. Die Stellung der kommunalen Wahlbeamten wird erkennbar, wenn man sich die Stellung ihrer Anstellungskörperschaft, also der Gemeinden, und das Selbstverwaltungsverständnis des Grundgesetzes und der Landesverfassung verdeutlicht.

I. Die Stellung der Gemeinden zwischen Staat und Selbstverwaltung

Nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 LVerf NRW gliedert sich das Land Nordrhein-Westfalen in Gemeinden und Gemeindeverbände. Sie sind also verfassungsrechtlich Teile des Lan-

⁶⁰ *Stern*, Staatsrecht, S. 305 m. w. N.

⁶¹ Vgl. *Wolter*, Der Beigeordnete, S. 135.

des und bilden die unterste Verwaltungsebene. Sie sind Teil der Exekutive⁶² (vgl. Art. 3 Abs. 2 LVerf). Gleichzeitig sind sie als Gebietskörperschaften selbständige juristische Personen (vgl. Art. 78 Abs. 1 LVerf; § 1 Abs. 2 GO). Die Kommunen sind damit einerseits selbständige, andererseits in den Staat eingegliederte Verwaltungseinheiten. Als Verwaltungseinheiten des Landes sind sie verpflichtet, Aufgaben des Landes, also staatliche Aufgaben zu erfüllen (Art. 78 Abs. 3 LVerf; § 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, § 132 GO).

Zugleich besitzen die Gemeinden das verfassungsrechtlich verbrieftete Recht auf Selbstverwaltung und damit die Befugnis, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung regeln zu dürfen (Art. 28 Abs. 2 GG; Art. 78 Abs. 1 LVerf). Weiterhin muss das Volk in den Ländern, Kreisen und Gemeinden eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG). Demgemäß bestimmt die Gemeindeordnung, dass die Gemeinden die Grundlage des demokratischen Staatsaufbaues sind (§ 1 Abs. 1 S. 1 GO). Es findet also eine eigene demokratische Willensbildung statt. Gemeinden sind daher nicht nur Verwaltungseinheiten, sondern auch politische Einheiten. Sie sind eine Erscheinung des Rechtslebens und des politischen Lebens⁶³.

Daher lassen sich die Gemeinden auch nicht in das Schema der unmittelbaren und der mittelbaren Staatsverwaltung einfügen⁶⁴. Sie stellen eine dritte Form der Staatsorganisation dar, die sich aus Verwaltung und Demokratie zusammensetzt und zu einer neuen Form der Organisation des Gemeinwesens wird. Sie besitzen eine Stellung eigener Art, die nicht mit den üblichen Kategorien – in Reinform – erfasst werden kann. Weder das Konzept einer reinen parlamentarischen Demokratie noch das einer reinen Selbstverwaltung würden ihr gerecht. Die kommunale Selbstverwaltung ist daher eine besondere Form der Selbstverwaltung. Sie ist ein rechtliches und gleichzeitig ein politisches Prinzip. In ihr begegnen sich Staats- und Kommunalverfassung. Sie steht nicht zwischen Stadt und Staat⁶⁵, sie ist Stadt und Staat.

Bei den Gemeinden finden also staatliche Verwaltung und eigene politische Willensbildung statt. Personales Element der Verwaltung ist das Beamtentum, Prinzip der politischen Willensbildung ist die Demokratie.

II. Kollision von Beamtentum und Demokratieprinzip

Das Beamtentum ist nach *Max Webers* Verwaltungsbegriff das personale Element der Verwaltung⁶⁶. Es ist die personale Seite des Staates⁶⁷. Dem steht in der kommunalen Selbstverwaltung des Grundgesetzes – nach dem zuvor gesagten – das Demokratieprinzip gegenüber. So bewegt sich der kommunale Wahlbeamte zwischen Beamtentum und Demokratie: zwischen fachlicher und demokratischer Legitimation. Diesen Gegensatz betont regelmäßig die Rechtsprechung, wenn es um kommunale Wahlbeamte geht. Meist sind dies Verfahren, die den Beamten in seinem Status betreffen, also zu Ab-

62 BVerfG, Urt. v. 4.3.1975 – 2 BvF 1/75, BVerfGE 39, 96 (109); Urt. v. 27.5.1992 – 2 BvF 1, 2/88, 1/89 und 1/90, BVerfGE 86, 148 (251 f.) jew. m. w. N.

63 Widmann, Selbstverwaltung, EvStLex, Sp. 1967.

64 Heute h. M.: Maurer, Allg. VwR, § 23, Rn. 1; Püttner, HbStR, § 144, Rn. 1; a. A. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 345.

65 Lohmann, Die Stellung der Wahlbeamten, S. 65.

66 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 125.

67 Lecheler, HbStR § 72, Rn. 15.

wahl⁶⁸, Konkurrentenklagen⁶⁹ und zur Altersgrenze⁷⁰. Der Antagonismus von Beamtentum und Demokratieprinzip ist freilich nichts Neues, sondern eine gängige Problematik des Verfassungs- und Dienstrechts, sie wird nur in der kommunalrechtlichen Literatur wenig erwähnt.

1. Funktion und Grundsätze des Beamtentums

Demokratie und Beamtentum haben unterschiedliche Funktionen und beruhen auf unterschiedlichen Regeln. Im Berufsbeamtentum sieht das Grundgesetz eine Institution, die – gegründet auf Sachwissen, fachlicher Leistung und loyaler Pflichterfüllung – eine stabile Verwaltung sichern soll. Es stellt einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden, widerstreitenden und volatilen politischen Kräften dar. Das Beamtentum dient der Legalität, der Neutralität der Verwaltung und damit der Stabilisierung des Staates⁷¹. Seine Aufgabe ist es, Verfassung und Gesetz im Interesse des Bürgers auch und gerade gegen die – politische – Staatsspitze zu behaupten⁷². Das Beamtentum ist das unpolitische Element der Staatstätigkeit, das durch Fachlichkeit gekennzeichnet ist⁷³. Dies ergibt sich aus der Verfassungsbestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG und den darin enthaltenen hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums⁷⁴:

Art. 33 Abs. 2 GG enthält zunächst das **Leistungsprinzip**⁷⁵. Danach erfolgt die Personalauswahl für den öffentlichen Dienst nach Eignung, Befähigung und Leistung (vgl. a. § 9 BeamtStG). Eine politische Eignung kennt die Verfassung nicht, weil eine Berücksichtigung parteipolitischer Gesichtspunkte die Erfüllung der Aufgaben des öffentlichen Dienstes – loyaler, unparteiischer Vollzug des Rechts – gefährden würde⁷⁶.

Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums – sofern sie für die hiesigen Überlegungen von Bedeutung sind – gehört zunächst das **Lebenszeitprinzip**⁷⁷. Dies ist der Regelfall eines Beamtenverhältnisses (vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 BeamtStG; § 6 Abs. 1 S. 2 BBG). Das Lebenszeitprinzip dient in besonderem Maße der Unabhängigkeit und einer in ihr gründenden Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Beamten. Das Bewusstsein seiner gesicherten Rechtsstellung soll die Bereitschaft des Beamten zu einer an Gesetz und Recht orientierten Amtsführung fördern und ihn zu unparteiischem Dienst für die Gesamtheit befähigen⁷⁸.

Zu den Grundsätzen zählt weiterhin das **Laufbahnprinzip**⁷⁹. Danach muss ein Beamter eine spezielle Vorbildung und Ausbildung für die Ämter seiner Laufbahn haben, damit

68 Z. B. *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, *BVerfGE* 7, 155; *BVerwG*, Urt. v. 25.6.2009 – 2 C 47.07; Urt. v. 15.3.1989 – 7 C 7.88, *BVerfGE* 81, 318; Urt. v. 14.7.1978 – 7 C 45.76, *BVerfGE* 56, 163; *OVG NRW*, Beschl. v. 9.4.1981 – 12 B 441/81, *DVBbl.* 1981, S. 879.

69 Z. B. *Nds.OVG*, Beschl. v. 22.1.2008 – 5 ME 491/07; *OVG SH*, Beschl. v. 26.6.1992 – 5 M 2798/92, *NVwZ* 1993, S. 1124; *OVG Bremen*, Beschl. v. 9.1.2014 – 2 B 198/13; *Hess.VGH*, Beschl. v. 10.5.1991 – 1 TG 1058/91; *VG Göttingen*, Beschl. v. 30.7.2003 – 3 B 182/03.

70 Z. B. *BVerfG*, Beschl. v. 26.8.2013 – 2 BvR 441/13, *NVwZ* 2013, S. 1540; *Bay.VGH*, Entsch. v. 19.12.2012, Vf. 5-VII-12; *VG Düsseldorf*, Beschl. v. 4.12.2013 – 26 L 2480/13; *VG Hannover*, Beschl. v. 1.4.2014 – 1 B 3147/14, *Nds.Vbl.* 2014, S. 174.

71 Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, *BVerfGE* 7, 155 (162).

72 *BVerfG*, Beschl. v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, *BVerfGE* 119, 247 (261).

73 Vgl. *Thieme*, *Ev.StLex*, Beamtentum, Sp. 123.

74 *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, *BVerfGE* 7, 155 (162).

75 *Lecheler*, *HbStR* § 72, Rn. 18.

76 *Lecheler*, *HbStR* § 72, Rn. 20.

77 *BVerfG*, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58, *BVerfGE* 9, 268 (286); Beschl. v. 15.10.1985 – 2 BvL 4/83, *BVerfGE* 71, 39 (60).

78 *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, *BVerfGE* 7, 155 (163); Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58, *BVerfGE* 9, 268 (286); Beschl. v. 3.7.1985 – 2 BvL 16/82, *BVerfGE* 70, 251 (267); v. 28.5.2008 – 2 BvL 11/07, *BVerfGE* 121, 205 (219 ff.); *BVerwG*, Beschl. v. 27.9.2007 – 2 C 21.06.

79 *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, *BVerfGE* 7, 155 (163); Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58, *BVerfGE* 9, 268 (286).

er die Aufgaben, die ihm aufgrund seiner Laufbahnbefähigung übertragen werden können, kompetent erfüllen kann⁸⁰. Er bedarf einer „fachlichen Vorbildung“⁸¹ und ist dadurch „vielseitig verwendbar“⁸². Der Laufbahnbeamte ist der Regelfall eines Beamtenverhältnisses⁸³.

Weiterer Grundsatz ist das **Neutralitätsprinzip**⁸⁴. Neutralität wird vom Beamten in zweifacher Weise gefordert⁸⁵: Der Beamte dient dem ganzen Volk, keiner Partei (§ 33 Abs. 1 S. 1 BeamtStG). Er muss sich im Dienst parteipolitisch neutral verhalten und darf sich nicht als Vollstrecker des Willens einer politischen Partei verstehen⁸⁶. Er muss weiterhin unparteiisch, gerecht und gemeinwohlorientiert handeln (§ 33 Abs. 1 S. 2 BeamtStG), d. h. er darf sich weder von der Zugehörigkeit zu oder der Ablehnung einer Interessengruppe noch von persönlichen Überlegungen leiten lassen⁸⁷.

2. Funktionsweisen der Demokratie

Die Demokratie funktioniert nach ganz anderen Grundsätzen. Das Mittel zur Bestellung von Personal ist in der Demokratie die Wahl. Dementsprechend erfolgt – in formeller Hinsicht – die Auswahl des Personals auch nicht wie bei Beamten in einem Auswahl- und damit Verwaltungsverfahren, sondern eben in einer Wahl.

In materieller Hinsicht sind nicht – wie bei Beamten – Vorbildung, Leistung oder fachliche Eignung als Kriterien der (Aus)Wahl ausschlaggebend. Sie unterliegt keinen materiellen Vorgaben. Sie ist eine freie und durch vielfältige Motive begründete Entscheidung des Wählenden⁸⁸, sie können noch so irrational und abwegig sein, es stellt keinen Verstoß gegen das Grundgesetz dar. Der Wahlakt ist ein ungebundener Vorgang in der Wählerschaft bzw. des pluralistisch zusammengesetzten Gemeinderates⁸⁹. Politische Vergabe eines Amtes ist eine Vergabe in vollkommener Freiheit⁹⁰. Eine Wahl ohne Freiheit wäre keine Wahl; daher verträgt sie sich auch nicht mit dem Prinzip der Bestenauslese⁹¹. Der (politischen) Wahl gehen freilich politische Entscheidungskriterien voraus, z. B. das bessere Argument, die Sympathie, die ideologische Gebundenheit, die Durchsetzungsfähigkeit und dgl., in einem Kollegialorgan zusätzlich noch eine wie auch immer geartete Beschaffung der Mehrheit. Der (beamtenrechtlichen) Auswahl geht die Ermittlung von Eignung, Befähigung und Leistung voraus. Bei der Wahl entscheidet nicht Fachlichkeit und Sachlichkeit, sondern Mehrheit. Dem entspricht die Unterscheidung bei Sachentscheidungen nach den Prinzipien „Wahrheit“ oder „Mehrheit“. Da die Menschen ungleich sind und somit die Anschauungen variieren, kann es in der Demokratie keine Wahrheit geben, nur die Mehrheit.

Demokratie bedeutet keine Negation von Macht, wohl aber die Verleihung von Macht für nur eine bestimmte Zeit. Dies ist eines der Grundprinzipien der Demokratie⁹². Dafür muss es möglich sein, die Macht wieder zu entziehen (Kontrollfunktion von Wahlen). In der repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes, die ein freies Mandat

80 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 27.

81 *BVerfG*, Urt. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268 (286).

82 *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, BVerfGE 7, 155 (169).

83 *Battis*, BBG, § 7, Rn. 2.

84 *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57, BVerfGE 7, 155 (162); *BVerwG*, Urt. v. 27.3.1992 – 7 C 20.91, BVerwGE 90, 104 (110).

85 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 203.

86 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 203.

87 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 203.

88 *Jaeckel*, VerwArch 2006, S. 220 (231).

89 Vgl. *Jaeckel*, VerwArch 2006, S. 220 (230).

90 *Mußgnug*, Ämtervergabe durch Wahl, S. 243; vgl. a. *OVG SH*, Beschl. v. 25.6.2014 – 5 M 2798/92, NVwZ 1993, S. 1124 (1125); *Nds.OVG*, Beschl. v. 22.1.2008 – 5 ME 491/07, Rn. 22.

91 *Mußgnug*, Ämtervergabe durch Wahl, S. 243 (244).

92 *BVerfG*, Beschl. v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247 (261); *Stober*, Kommunale Ämterverfassung und Staatsverfassung, S. 28 m. w. N.

vorsieht und damit die Weisungsfreiheit der Repräsentanten von den Repräsentierten, wird die Verbindung zum Legitimationssubjekt, dem Volk, durch die regelmäßige Erneuerung des Legitimationsaktes hergestellt (Legitimationsfunktion von Wahlen), der zugleich auch politische Richtungsentscheidungen ermöglicht, da sich die Anschauungen ändern (Partizipationsfunktion von Wahlen). Der Faktor Zeit – das zeigt die Gegenüberstellung mit dem beamtenrechtlichen Lebenszeitprinzip – kann also je nach Länge Abhängigkeit erzeugen oder Unabhängigkeit ermöglichen. Das Prinzip der Abhängigkeit setzt sich innerhalb der Verfassung zwischen den Verfassungsorganen Parlament und Regierung fort. Im parlamentarischen Regierungssystem ist die Regierung vom Vertrauen des Parlaments abhängig. Gegenpol ist wieder hier: die Unabhängigkeit des Beamtentums und der Verwaltung gegenüber der Regierung, also der politischen Staatsleitung.

Die ständige und regelmäßige Erneuerung der Legitimation, verbunden mit wechselnden Anschauungen bei politischem Personal und im Volk sowie personelle Änderungen, hervorgerufen durch politische Umstände erzeugen in der Sphäre der Politik das Unstete. Auch dies zeigt sich in Gegenüberstellung mit der Verwaltung und dem Beamtentum. Es steht für die Kontinuität, die Stabilität und das Dauerhafte. Beamtentum und Verwaltung sind, so Max Weber, ein Instrument rationaler Herrschaftsausübung. Demgegenüber steht die Politik für das Leidenschaftliche, Emotionale, Irrationale. Demgemäß bekennt sich der politisch Handelnde. Er ist eben nicht neutral, da es ihm um die Gestaltung des Gemeinwesens, die Verwirklichung seiner Ansichten oder – eher wahrscheinlich – um die eigene Durchsetzung, die Erringung der Macht oder – in Zeiten des Berufspolitikers – die eigene wirtschaftliche Existenz geht.

Der Gegensatz von Beamtentum und Demokratie spiegelt sich auch im Status der Amtsinhaber wider. Dem liegt die Unterscheidung von politischem Amt und Verwaltungsamt zugrunde⁹³. Das politische Amt ist immer ein Amt auf Zeit (Art. 69 Abs. 2, 39 Abs. 1 GG). Die (erneute) Berufung bleibt ungewiss, da sie abhängig von den Wahlentscheidungen ist. Dieser unsichere Status ist Ausdruck der besonderen Nähe und Abhängigkeit von den politisch-gesellschaftlichen, mit der Zeit wechselnden Kräften⁹⁴. Art. 33 GG gilt nicht für die Mitgliedschaft in einem Verfassungsorgan, also für ein politisches Amt, sondern nur für Angehörige der Verwaltung⁹⁵. Weiteres Merkmal des politischen Amtes ist es, dass fachliches Wissen nicht vorausgesetzt wird, weil in erster Linie politische Führungsqualitäten verlangt werden⁹⁶. Demgegenüber ist das Verwaltungsamt unabhängig von wechselnden, politisch-gesellschaftlichen Konstellationen, es darf sogar nicht von ihnen abhängig sein. Rekrutierung und Amtsverlust erfolgen eben nicht nach politischen (ungebundenen), sondern nach rechtlichen (gebundenen) Gesichtspunkten.

3. Beamtentum vs. Demokratie

Verwaltung und Demokratie funktionieren also nach unterschiedlichen, geradezu gegensätzlichen Prinzipien. Die Auswahl des Personals erfolgt einerseits nach rechtlich vorgegebenen, überprüfbaren Maßstäben, andererseits in einem Prozess völlig freier Wahlentscheidung, ungebundener Meinungsbildung, nachgerade einem Ausleseprozess mit dem Recht des Stärkeren. Die Amtsführung ist beim Beamten rechtlich determiniert, die des Politikers vollzieht sich nur nach den „Gesetzen“ der Politik und damit eben nicht nach Gesetzen. Es stehen sich also zwei grundlegende Prinzipien gegenüber, nach denen das Gemeinwesen gesteuert werden kann: Das Recht und das Politische.

93 Vgl. Schröder, HbStR, § 67, Rn. 32.

94 Schröder, HbStR, § 67, Rn. 34.

95 Nw'e bei Classen, JZ 2002, S. 1009, 1012 f.

96 Schröder, HbStR, § 67, Rn. 34, auch zum Folgenden m. w. N.

III. Recht und Politik: Die zwei grundlegenden Modi der Steuerung des Gemeinwesens

Genau wie der Begriff der Demokratie sind die Bedeutungen von Recht und Politik vieldeutig, schillernd und schwer zu definieren. Seit jeher sind sie Gegenstand der Rechtswissenschaft und der politischen Philosophie, ohne dass eine allgemeingültige, unstrittige Definition gefunden worden wäre⁹⁷. Gerade auf kommunaler Ebene ist eine Beschäftigung mit dem Politikbegriff erforderlich, da die Kommunen Teil der *Verwaltung* der Länder sind und nur abgeleitete, nicht originäre Hoheitsgewalt besitzen und die Räte nicht Parlamente – auch nicht „Gemeindeparlamente“ –, sondern Organe einer Selbstverwaltungskörperschaft sind⁹⁸. Der Rat, der hauptsächlich als Repräsentativorgan und politische Stätte wahrgenommen wird, kann auch als Behörde handeln und in dieser Eigenschaft Verwaltungsakte erlassen⁹⁹. Insofern kann zumindest bedenkenswert sein, inwieweit auf kommunaler Ebene Politik oder Verwaltung stattfindet.

Angesichts der diversen Politikbegriffe kann auf eine Definition zurückgegriffen werden, die eben diesen Umstand berücksichtigt. Die in der Politikwissenschaft herrschende Auffassung legt diese Mehrdeutigkeit des Politikbegriffs zugrunde und ist zu einem mehrdimensional strukturierten **Politikbegriff** gelangt. Danach hat Politik eine **institutionelle Dimension**, die durch Verfassung, Rechtsordnung und Tradition festgelegt ist. In ihrer **inhaltlichen Dimension** verweist die Politik auf Ziele, Aufgaben und Gegenstände von Politik. Schließlich hat Politik eine **prozedurale Dimension**, die auf Vermittlung von Interessen durch Konflikt und Konsens abstellt¹⁰⁰. Auf diese Weise werden die diversen Politikbegriffe kategorisiert. Legt man einen prozeduralen Begriff von Politik zugrunde, nach dem es um den Ausgleich von Interessen mit dem Ziel einer Willensbildung geht, kann es offenbleiben, inwieweit auf kommunaler Ebene Politik stattfindet. Denn der Ausgleich von Interessen und eine Willensbildung können überall stattfinden, auch im Vorstand eines Vereins oder in einem Parlament, daher eben auch in einer kommunalen Vertretung. Zumindest bei einem prozeduralen Politikverständnis – dem Politischen – kann auf kommunaler Ebene von Politik die Rede sein. Dies ist dann auch gemeint, wenn von „Politik“ als einem von zwei Bereichen die Rede ist, zwischen denen sich der kommunale Wahlbeamte befindet.

Fraglich ist nur, wie die Willensbildung stattfindet. Dies führt zum **Begriff des Rechts**. Versteht man unter Recht die Gesamtheit von Rechtsregeln – um die allgemeinste Form der einer Definition des Rechts zu nennen – kann der Interessenausgleich auf vorgeschriebenen, rechtlichen Bahnen verlaufen, wie etwa zwischen Bundestag und Bundesrat im Vermittlungsausschuss, (rechtlicher Interessenausgleich) oder in gänzlicher Freiheit verlaufen (politischer Interessenausgleich). Verläuft sie unreguliert, sind die Mechanismen der Entscheidungsfindung z. B. bestenfalls die Kraft des besseren Arguments oder die Ausübung von Macht, letztere wiederum als Mittel zum Erreichen anderer Ziele oder um ihrer selbst willen¹⁰¹.

Da die Erlangung und Ausübung von Macht sowie die Durchsetzung von Interessen etwas Höchstpersönliches ist, haftet dem Politischen stets etwas Irrationales an. Demgegenüber ist das Recht auf Rationalität angelegt. Es versucht, nach vorgegebenen, allgemeinverbindlichen Regeln, Interessen zu regulieren. Politik ist eine irrationale, Recht eine rationale Form der Interessenregulierung. Der Bereich des Politischen ist

97 Vgl. *Stern*, Staatsrecht, S. 14; *von Alemann*, Politikbegriffe, Sp. 490 ff.; *Maier/Vogel*, StLex, Sp. 431 ff.; *Smith*, Konfliktlösung im demokratischen Bundesstaat, S. 160 ff.

98 *Smith*, in: Kleebaum/Palmen (Hrsg.), § 40, IV.2. m. w. N.

99 *Smith*, in: Kleebaum/Palmen (Hrsg.), § 40, IV.2.

100 Zum Ganzen *von Alemann*, Politikbegriffe, Sp. 490 (492).

101 *Max Weber*, Politik als Beruf, S. 9.

eine Form der irrationalen Gestaltung des Gemeinwesens. Sie findet z. B. in den Parlamenten, in den Räten, in der Öffentlichkeit statt. Der Bereich des Rechts hingegen ist eine Form der rationalen Gestaltung des Gemeinwesens. Sie findet z. B. in den Verwaltungen und in der Justiz statt. Dementsprechend beschreibt *Max Weber* die „Bürokratie“ als Form rationaler Herrschaftsausübung¹⁰².

Ein weiteres Begriffspaar beschreibt Recht und Politik¹⁰³: Dynamik und Statik. Da die Politik von den unterschiedlichen Meinungen in der Gemeinschaft lebt und diese Änderungen unterworfen sind, da das Durchsetzen von Zielen Aktion ist und Reaktion hervorruft, gilt Politik als etwas Dynamisches. Demgegenüber wird das Recht allein aufgrund seiner schweren Abänderbarkeit sowie seiner Eigenschaft als Rahmen menschlichen Handelns als etwas Statisches beschrieben.

Somit sollen hier Recht und Politik als Handlungs- und Kommunikationsmodi verstanden werden: Politik als dynamisch-irrationale unregelmäßige Interessenregulierung, in völliger Freiheit, ohne vorgegebene Verfahren und Mittel. Rechtliche Interessenregulierung hingegen ist rational-statische, geregelte Interessenregulierung, auf vorgeschriebenen Bahnen mit vorgeschriebenen Mitteln.

IV. Ergebnis

Vor diesem historischen, theoretischen und verfassungsrechtlichen Hintergrund lässt sich das Institut des kommunalen Wahlbeamten „zwischen Verwaltung und Politik“ erklären und zeigen, dass es in mehr besteht als in einem rein kommunalverfassungsrechtlichen Blick, der sich zwischen Kommunalverwaltung („Verwaltung“) und -vertretung („Politik“) hin- und herwendet.

E. Praktische Auswirkungen: Der kommunale Wahlbeamte „zwischen Verwaltung und Politik“

Das Institut des kommunalen Wahlbeamten ergibt sich aus den vorgenannten Grundlagen in Verbindung mit den einzelnen, eingangs (B.) genannten Merkmalen des kommunalen Wahlbeamten, die seine Sonderstellung ausmachen.

I. Ämterwahl vs. Ämtervergabe

Hier ist zunächst der Ämterzugang zu nennen, der durch Wahl erfolgt. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Laufbahnbewerbern, die nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auszuwählen und zu ernennen sind. Der Zugang zum Amt erfolgt beim Wahlbeamten also über eine Ämterwahl, nicht über die Ämtervergabe¹⁰⁴. Der wesentliche Unterschied beider Entscheidungsformen besteht darin, dass es sich auf der einen Seite um eine Verwaltungsentscheidung einer Behörde handelt, auf der anderen Seite um eine demokratische Entscheidung durch das Volk bzw. seine Repräsentanten. Die eine Entscheidung ist rechtlich gebunden (vgl. Art. 33 GG), die andere verläuft in politischer Freiheit¹⁰⁵. In der Wahl kommt das demokratische Prinzip zum

102 Zum Ganzen *Stern*, Staatsrecht, S. 18; *Smith*, Konfliktlösung im demokratischen Bundesstaat, S. 160 ff., 164.

103 Zum Ganzen *Stern*, Staatsrecht, S. 18; *Smith*, Konfliktlösung im demokratischen Bundesstaat, S. 160 ff., 164 jew. m. w. N.

104 Vgl. *Mußnug*, Ämtervergabe durch Wahl, S. 243 (245).

105 Abgesehen von den bei einer Beigeordnetenwahl vorgeschriebenen Qualifikationsanforderungen, die hier zunächst zum Zwecke der Zuspitzung vernachlässigt werden.