

3 M 34/01
(11 B 10/01)

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht

Antragstellers und Beschwerdegegners,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium der Justiz,
Jerusalemmer Straße 27, 10117 Berlin,

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

Beigeladener: Vorsitzender Richter am Landgericht

Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

w e g e n

Stellenbesetzung
- einstweilige Anordnung -

hat der 3. Senat des Schleswig-Holsteinischen Obergerichtspräsidenten in Schleswig am 15. Oktober 2001 beschlossen:

Die Beschwerden der Antragsgegnerin und des Beigeladenen gegen den Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts - 11. Kammer - vom 04. Juli 2001 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen werden diesem und der Antragsgegnerin je zur Hälfte auferlegt.

Gründe:

I.

Das Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein schlug - ohne vorherige Stellenausschreibung - dem Bundesministerium der Justiz unter dem 27. Juli 2000 in Ergänzung früherer Vorschläge den Antragsteller und den Beigeladenen für die Wahl von Richterinnen und Richtern für den Bundesgerichtshof vor.

In der dienstlichen Beurteilung des Antragstellers vom 31. August 2000 stellte der Präsident des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts als unmittelbarer Dienstvorgesetzter abschließend fest, der Antragsteller sei für das Amt eines Richters am Bundesgerichtshof „herausragend geeignet“. In der dienstlichen Beurteilung des Beigeladenen vom 25. September 2000 stellte der Präsident des Landgerichts ... als unmittelbarer Dienstvorgesetzter abschließend fest, der Beigeladene sei für das genannte Amt „in höchstem Maße ausgezeichnet geeignet“.

Der Präsidialrat des Bundesgerichtshofs führte in seinen Stellungnahmen vom 18. Dezember 2000 und 22. Januar 2001 aus, er halte den Antragsteller für „persönlich und fachlich in jeder Hinsicht gut geeignet (obere Grenze)“ und den Beigeladenen für „fachlich nicht geeignet“ zum Richter am Bundesgerichtshof.

In der Sitzung des Richterwahlausschusses vom 15. Februar 2001 eröffnete die Bundesministerin der Justiz als Ausschussvorsitzende zunächst die Wahl von Richtern für den Bundesgerichtshof und gab bekannt, dass 14 Richter gewählt werden sollten. Ausweislich der Sitzungsniederschrift sowie der dienstlichen Erklärung des Protokollführers vom 23. Februar 2001 wurde nach Eröffnung der Berichterstattung unter anderem der den Antragsteller betreffende Wahlvorschlag von der Ministerin für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein „für die heutige Sitzung zurückgestellt“ und war nicht mehr Gegenstand der anschließenden Wahlentscheidung. Sodann stimmte der Richterwahlausschuss ohne weitere Berichterstattung in einem geheimen Wahlgang über die zur Wahl gestellten Kandidaten ab. Dabei wurde der Beigeladene bei 32 gültigen Stimmzetteln mit 24 Stimmen zum Richter am Bundesgerichtshof gewählt.

Die Bundesministerin der Justiz hielt die Wahl des Beigeladenen für rechtmäßig und sachlich richtig; sie stimmte der Wahl zu.

Am 21. Februar 2001 legte der Antragsteller gegen die Wahl des Beigeladenen Widerspruch ein und hat gleichzeitig beim Verwaltungsgericht um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung hat er sinngemäß geltend gemacht, die „Zurückstellung“ des ihn betreffenden Wahlvorschlags durch die Ministerin für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein in der Sitzung des Richterwahlausschusses vom 15. Februar 2001 verstoße gegen das sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebende Prinzip der Bestenauslese. Diese Verfassungsnorm sei bei der Vergabe des Amtes einer Richterin oder eines Richters am Bundesgerichtshof anwendbar und hätte im vorliegenden Falle eine ihn, den Antragsteller, berücksichtigende Auswahlentscheidung auf der Grundlage der Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung erfordert. Eine derartige Auswahlentscheidung sei nicht getroffen worden.

Demgegenüber hat die Antragsgegnerin sinngemäß vorgetragen, die Verfassungsbestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG sei unter Berücksichtigung des demokratischen Prinzips auf Wahlämter generell nicht anwendbar; die Entscheidung über die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes erfolge nach Art. 95 Abs. 2 GG in erster Linie durch die Wahl des Richterwahlausschusses und stelle ihrem Wesen nach somit vornehmlich eine Wahlentscheidung dar. Eine andere Beurteilung sei nicht im Hinblick darauf geboten, dass sowohl der erkennende Senat als auch das Bundesverwaltungsgericht bei Wahlen durch auf landesrechtlicher Grundlage gebildeter Richterwahlausschüsse von einer Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG ausgegangen seien. Denn für die Landesebene fehle es an einer der Verfassungsbestimmung des Art. 95 Abs. 2 GG vergleichbaren bundesverfassungsrechtlichen Regelung. Doch selbst wenn Art. 33 Abs. 2 GG anwendbar wäre, so würde sich die Geltung dieser Verfassungsbestimmung auf das Wahl- und Zustimmungsverfahren nach § 12 und § 13 des Richterwahlgesetzes beschränken, nicht hingegen die diesem vorgelagerte Beschränkung des Kreises der passiv Wahlberechtigten auf nach § 10 des Richterwahlgesetzes vorgeschlagene Personen erfassen. Die Wahlentscheidung des Richterwahlausschusses sei einer verwal-

tungsgerichtlichen Kontrolle anhand der Kriterien der Bestenauslese entzogen, weil durch die Entscheidung des mit besonderer föderal-demokratischer Legitimation ausgestatteten Richterwahlausschusses eine Bestenauslese im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG als erfolgt gelte. Jedenfalls sei die diesbezügliche verwaltungsgerichtliche Kontrolle wegen des dem Richterwahlausschuss - im Vergleich zu den Richterwahlausschüssen der Länder - insoweit zustehenden erweiterten Beurteilungsspielraums auf das Nichtvorliegen von Willkür zu reduzieren. Anhaltspunkte dafür, dass die Entscheidung des Richterwahlausschusses im vorliegenden Falle willkürlich gewesen sein könnte, seien vom Antragsteller nicht vorgebracht worden und lägen auch objektiv nicht vor.

Der Beigeladene hat sich dem Rechtsstandpunkt der Antragsgegnerin im Ergebnis angeschlossen und dem Sinne nach ergänzend geltend gemacht, der Antragsteller habe keinen Anspruch auf eine nach den Kriterien der Bestenauslese zu treffende Auswahlentscheidung. Bei mehreren Bewerbern schließe die Verfassungsbestimmung des Art. 95 Abs. 2 GG eine solche Auswahlentscheidung zwar nicht aus, erfordere diese Entscheidung aber auch nicht zwangsläufig. Die Landesjustizministerin habe den den Antragsteller betreffenden Vorschlag im Richterwahlausschuss nicht mehr zur Abstimmung gestellt. Über die Eignung des Antragstellers sei mithin überhaupt nicht entschieden worden. Ein Bewerber, der überhaupt nicht in der Konkurrenz mit einem anderen Bewerber gestanden habe, könne schlechterdings nicht in seinem Recht auf ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung verletzt sein.

Mit Beschluss vom 04. Juli 2001 hat das Verwaltungsgericht der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die Ernennung des Beigeladenen zu vollziehen. Der Antragsteller sei in seinem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Wahlverfahrens verletzt worden, weil der Richterwahlausschuss über den ihn betreffenden Wahlvorschlag nicht entschieden und somit keine Auswahlentscheidung im eigentlichen Sinne getroffen habe.

Auf die Anträge der Antragsgegnerin und des Beigeladenen hat der erkennende Senat deren Beschwerden gegen die erstinstanzliche Entscheidung mit Beschluss vom 16. August 2001 zugelassen.

II.

Die Beschwerden sind nicht begründet.

Das Verwaltungsgericht hat dem Begehren des Antragstellers auf Erlass der von ihm beantragten einstweiligen Anordnung zu Recht entsprochen.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwGO, § 920 ZPO kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Diese Voraussetzungen sind gegeben.

Dem Antragsteller steht ein Anordnungsgrund zur Seite. Denn eine Vergabe des streitbefangenen Amtes an den Beigeladenen wäre im Falle eines Erfolges des Antragstellers im Hauptsacheverfahren nicht mehr rückgängig zu machen (vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 01.02.1996 - 3 M 89/95 -, SchlAnz 1996, 75 ff. = DVBl. 1996, 521 ff. = NVwZ 1996, 806 ff.).

Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsanspruch. Er hat gemäß Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 Abs. 2 GG einen verfassungsunmittelbaren Anspruch darauf, dass die Bundesministerin der Justiz gemeinsam mit dem Richterwahlausschuss des Bundes hinsichtlich der Vergabe des streitbefangenen Amtes einer Richterin oder eines Richters am Bundesgerichtshof eine ihn, den Antragsteller, berücksichtigende personelle Auswahlentscheidung auf der Grundlage der Kriterien der Bestenauslese - Eignung, Befähigung, fachliche Leistung - trifft (1). Ein die von ihm begehrte Sicherungsanordnung tragender verfassungsunmittelbarer Anspruch dürfte dem Antragsteller selbst dann zustehen, wenn man der Meinung der Antragsgegnerin folgte und somit die Verfassungsbestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG

entgegen der Ansicht des erkennenden Senats bei der Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes für nicht anwendbar hielte (2)

1. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Diese Verfassungsbestimmung ist anwendbar (a). Sie gewährt dem Antragsteller einen Anspruch darauf, dass die für die materielle Entscheidung über die Vergabe des streitbefangenen Amtes zuständige/n Stelle/n eine Auswahlentscheidung im genannten Sinne trifft/treffen (b). Nach Art. 95 Abs. 2 GG sind die Bundesministerin der Justiz und der Richterwahlausschuss insoweit gemeinsam zuständig (c).

a) Das demokratische Prinzip steht der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG im vorliegenden Falle nicht entgegen (aa). Die Richtigkeit dieser Annahme wird durch die sich auf die Richterberufung in Schleswig-Holstein beziehende ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats sowie die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt (bb). Für den Senat ist nicht feststellbar, dass die prinzipielle Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG auf die Entscheidungen über die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes außerhalb des vorliegenden Rechtsschutzverfahrens jemals durch den Bundesgesetzgeber, das Bundesministerium der Justiz, die zuständigen Landesministerien oder anderweitig substantiiert in Abrede gestellt worden wäre (cc).

aa) Der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG erfährt durch das demokratische Prinzip eine wichtige Einschränkung. Verpflichtungsadressat der Verfassungsbestimmung ist die mit der Befugnis zu Ernennungen bzw. Ämterverleihungen ausgestattete Exekutive. Ihr gegenüber bringt Art. 33 Abs. 2 GG mit der Statuierung positiver Auswahlkriterien ein gewisses Maß an Misstrauen zum Ausdruck; sie wird dementsprechend durch die Festlegung auf die Entscheidungsaspekte der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung rechtsstaatlich diszipliniert. Solches Misstrauen und solche Disziplinierungen sind dagegen unangebracht gegenüber dem demokratischen Rekrutierungsakt durch den Souverän selbst also den Wähler bzw. ein von ihm bestimmtes Wahlorgan. Die politische Führungsauslese in der parlamentarischen Demokratie kennt kein rechtliches Vorzugskriterium, sondern dokumentiert einen politischen Vertrauensbeweis. Daher vollziehen sich die Wahlen von Abgeordneten in Bund, Ländern und Gemeinden sowie die Regierungsbildungen, aber auch die Wahl des Bundespräsidenten und von Mitgliedern der Verfassungsgerichte außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. Höfling, in: Bonner Kommentar, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rdnrn. 84 bis 86). Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass eine Verstärkung des demokratischen Elements daher notwendigerweise die Bedeutung von Art. 33 Abs. 2 GG zurücktreten und die Vorschriften über die Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl an Bedeutung gewinnen lässt (vgl. Maunz, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Komm., Art. 33, Rdnr. 14).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze begegnet es keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, die Verfassungsbestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG auf die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes prinzipiell anzuwenden.

Das gilt bereits deshalb, weil es sich bei der Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes um keine reine Wahlentscheidung handelt. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin erfolgt die Entscheidung über die Richterberufung auch nicht „in erster Linie“ durch die Wahl des Richterwahlausschusses und stellt somit ihrem Wesen nach nicht „vornehmlich“ eine Wahlentscheidung dar. Vielmehr entscheidet nach Art. 95 Abs. 2 GG über die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister „gemeinsam“ mit einem Richterwahlausschuss, der aus den für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Ministern der Länder und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern besteht, die vom Bundestage gewählt werden. Der Richterwahlausschuss ist mit Rücksicht auf das verfassungsrechtliche Erfordernis der „gemeinsamen Entscheidung“ nicht befugt, eine Richterin oder einen Richter gegen die von seiner Wahlentscheidung unabhängige Entscheidung des zuständigen Bundesministers zu berufen. Im Rahmen der „gemeinsamen Entscheidung“ darf der Entscheidung des Richterwahlausschusses höchstens das gleiche Gewicht beigemessen werden wie der Entscheidung des zuständigen Bundesministers (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.05.1998 - 2 BvR 2555/96 -, NJW 1998, 2590, 2592, mit

Hinweis auf Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92 -, NVwZ 1996, 574 ff., wonach gerade im Hinblick auf das Demokratieprinzip die „Letztentscheidung“ eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert sein muss; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 15.11.1984 - 2 C 29.83 -, E 70, 270, 274; Achterberg, in: Bonner Kommentar, Art. 95, Rdnrn. 269 u. 270; Herzog, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Komm., Art. 98, Rdnr. 38; Ehlers, Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl - Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Bildung von Richterwahlausschüssen -, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 116, S. 54, m.w.N., und auch OVG Schleswig, Beschl. v. 01.02.1996 - 3 M 89/95 -, a.a.O., m.w.N.). Dieser ist als Organ der Exekutive Verpflichtungsadressat der Verfassungsbestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG.

Darüber hinaus ist auch die Wahlentscheidung des Richterwahlausschusses als solche dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG nicht durch das demokratische Prinzip entzogen. Der Entscheidung des Richterwahlausschusses kommt - anders als den Entscheidungen des Wahlvolkes selbst - keine unmittelbare demokratische Legitimation zu. Außerdem besitzt diese Entscheidung nicht dasjenige Maß an demokratischer Legitimation, welches die Entscheidungen der vom Wahlvolk bestimmten Wahlorgane aufweisen. Denn die Mitglieder des Richterwahlausschusses werden nicht durch das Wahlvolk bestimmt. Ferner wird die Mitgliedschaft im Richterwahlausschuss ohnehin lediglich teilweise im Wege einer Wahl begründet. Dem Ausschuss gehören nämlich zur Hälfte die für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Minister der Länder kraft Amtes an. Die andere Hälfte der Mitglieder wird vom Bundestag gewählt, wobei es sich bei den Gewählten nicht um Bundestagsabgeordnete handeln muss. Diese Zusammensetzung des Richterwahlausschusses dürfte dafür sprechen, dass der Verfassungsgesetzgeber dem exekutiven Element auch innerhalb des Richterwahlausschusses zumindest das gleiche Gewicht wie dem parlamentarischen Element hat zumessen wollen, womit immerhin eine gewisse Nähe zu der traditionellen Richterberufung durch die Exekutive gewahrt bliebe (vgl. Ipsen, Die Richterwahl in Bund und Ländern, DÖV 1971, 469, 472).

Schließlich haben die obersten Gerichtshöfe des Bundes in unserer parlamentarischen Demokratie keine staats- oder allgemeinpolitische Bedeutung, die derjenigen der genannten Verfassungsorgane vergleichbar wäre. Das liegt im Hinblick auf den Bundestag, die Bundesregierung sowie den Bundespräsidenten auf der Hand und gilt auch hinsichtlich des Bundesverfassungsgerichts. Bei ihm handelt es sich um ein selbstständiges Verfassungsorgan mit weitreichenden Übergriffskompetenzen in die Bereiche der anderen Verfassungsorgane, namentlich in den der Legislative. Außerdem kommt den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig eine große politische Tragweite zu. Im Unterschied dazu sind die obersten Gerichtshöfe des Bundes zwar in den Rang verfassungsrechtlicher, ohne Verfassungsänderung nicht zu beseitigender oder zu verändernder Institutionen erhoben, haben aber nicht den Status von Verfassungsorganen. Ihnen fehlen die dem Verfassungsgericht zukommenden Übergriffskompetenzen in den legislativen und exekutiven Raum mit der unvermeidbaren Inzidentkontrolle auch der politischen Motivationsgrundlagen (vgl. Teubner, Die Bestellung zum Berufsrichter in Bund und Ländern, Köln 1984, S. 29).

bb) Die im vorangehenden Abschnitt (aa) vertretene Ansicht stimmt mit der die Richterberufung in Schleswig-Holstein betreffenden ständigen Senatsrechtsprechung überein. Der Senat ist insoweit stets - ohne eine eingehendere Begründung für erforderlich zu halten - von der prinzipiellen Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG ausgegangen (vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 14.05.1992 - 3 M 17/92 -, NVwZ 1993, 1222 f., 01.02.1996 - 3 M 89/95 -, a.a.O., und 17.08.2001 - 3 M 22/01 -; der Senat ist selbst bei der nach Art. 43 Abs. 3 der Landesverfassung Schleswig-Holstein unmittelbar vom Landtag vorzunehmenden Berufung der Präsidentinnen oder Präsidenten der oberen Landesgerichte von einer Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG ausgegangen und hat insoweit lediglich Auswirkungen auf die „Ausgestaltung“ der nach dieser Verfassungsbestimmung vorzunehmenden Bestenauslese und die „Intensität der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle“ festgestellt, vgl. Beschl. v. 16.11.1998 - 3 M 50/98 -, NVwZ-RR 1999, 420 f.). Die Richtigkeit dieser Rechtsprechung, die mit derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts übereinstimmt (vgl. BVerwG, Urt. v. 19.06.1997 - 2 C 24.96 -, E 105, 89, 92), ist weder von der Antragsgegnerin noch von dem Beigeladenen substantiiert in Frage gestellt worden.

Diese die Landesebene betreffende Senatsrechtsprechung ist wegen der in Bund und Land vergleichbaren verfassungsrechtlichen Ausgangslagen auf den vorliegenden Fall übertragbar. Auch nach Art. 43 Abs. 2 Satz 1 der Landesverfassung Schleswig-Holstein entscheidet über die Anstellung einer Richterin oder eines Richters die oder der für den jeweiligen Gerichtszweig zuständige Landesministerin oder Landesminister „gemeinsam“ mit einem Richterwahlausschuss. Auf die terminologischen Unterschiede - Art. 95 Abs. 2 GG: „Berufung“; Art. 43 Abs. 2 Satz 1 der Landesverfassung Schleswig-Holstein: „Anstellung“ - kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Hingegen ergibt sich aus der unterschiedlichen Zusammensetzung der Richterwahlausschüsse des Bundes einerseits und des Landes andererseits, dass die die Landesebene betreffende Senatsrechtsprechung mit Blick auf das demokratische Prinzip erst recht für die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes gelten muss. Denn die Entscheidungen des Richterwahlausschusses des Landes weisen bereits deshalb ein höheres demokratisches Legitimationsniveau auf, weil nach Art. 43 Abs. 2 Satz 2 der Landesverfassung Schleswig-Holstein sämtliche Mitglieder des Richterwahlausschusses vom Landtag gewählt werden und zwei Drittel der Mitglieder nach § 11 Abs. 1 des Landesrichtergesetzes Abgeordnete des Landtages sind (vgl. zur Mitgliedschaft von Richterinnen und/oder Richtern im Richterwahlausschuss: BVerwG, Urt. v. 15.11.1984 - 2 C 29.83 -, E 70, 270, 272 f.).

Schließlich geht der Hinweis der Antragsgegnerin fehl, die dargestellte Senatsrechtsprechung sei auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, weil es für die Landesebene an einer der Verfassungsbestimmung des Art. 95 Abs. 2 GG vergleichbaren bundesverfassungsrechtlichen Regelung fehle. Letzteres trifft nicht zu. Denn in ihrem hier maßgeblichen Regelungsgehalt entspricht die Bestimmung des Art. 95 Abs. 2 GG derjenigen des Art. 98 Abs. 4 GG, wonach die Länder bestimmen können, dass über die Anstellung der Richter in den Ländern der Landesjustizminister „gemeinsam“ mit einem Richterwahlausschuss entscheidet. Es ist von der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar dargelegt worden und auch im Übrigen nicht erkennbar, dass und gegebenenfalls inwieweit diese beiden bundesverfassungsrechtlichen Bestimmungen unterschiedliche Regelungswirkungen im Hinblick auf die prinzipielle Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG haben könnten.

cc) Für den Senat ist nicht feststellbar, dass die prinzipielle Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG auf die Entscheidungen über die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes außerhalb des vorliegenden Rechtsschutzverfahrens jemals durch den Bundesgesetzgeber, das Bundesministerium der Justiz, die zuständigen Landesministerien oder anderweitig substantiiert in Abrede gestellt worden wäre.

Vielmehr ist nach § 46 DRiG i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG auch im richterlichen Dienst die Auslese der Stellenbewerberinnen und Stellenbewerber nach Eignung, Befähigung sowie fachlicher Leistung und somit nach den in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltenen Kriterien der Bestenauslese vorzunehmen (vgl. Schmidt-Räntsch, DRiG, Komm., 5. Aufl., § 46, Rdnr. 16). Nach § 57 DRiG gibt der Präsidialrat eine schriftlich begründete Stellungnahme über die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers oder Richters ab (Abs. 1) und darf ein Richter erst ernannt oder gewählt werden, wenn diese Stellungnahme vorliegt (Abs. 3). Die genannten Vorschriften enthalten für die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes keine Ausnahme. Dementsprechend werden anlässlich der Vergabe eines derartigen Amtes in der Praxis - jedenfalls in Schleswig-Holstein - die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten förmlich beurteilt und Stellungnahmen des Präsidialrats im genannten Sinne eingeholt. Sowohl die dienstlichen Beurteilungen als auch die Stellungnahmen des Präsidialrats werden dem Vorsitzenden des Richterwahlausschusses zugeleitet. Diese Verwaltungspraxis wäre weniger sinnvoll, wenn es bei der Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes nicht auf die in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltenen Kriterien der Bestenauslese ankäme.

Bereits im Jahre 1968 beschloss die 38. Justizministerkonferenz, dass bei der Anwendung der Länderquote den berechtigten Belangen des Bundesjustizministeriums, besonders qualifizierte Richter, insbesondere auch für Spezialsenate, zu gewinnen, Rechnung getragen werden müsse. Die Konferenz erklärte ihre Bereitschaft, im Zusammenwirken mit dem Bundesjustizministerium und dem Richterwahlausschuss darauf hinzuwirken, dass besonders qualifizierte Richterinnen und Richter für Spezialsenate auch dann alsbald gewählt werden könnten, wenn die Quote des betreffenden Landes erschöpft

sei oder der Bewerber keiner Länderquote zugerechnet werden könne (vgl. hierzu die Ergebnisse der 38. Justizministerkonferenz vom 30./31.10.1969, DRiZ 1969, 389, 390, sowie die Antwort des Bundesjustizministers auf eine Anfrage im Bundestag am 10.12.1969, DRiZ 1970, 66). Die Wahl „besonders qualifizierter Richter“ dürfte nur durch eine personelle Auswahlentscheidung auf der Grundlage der Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu sichern sein.

Die Regierung des Landes Baden-Württemberg hat hinsichtlich der Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes kürzlich die Anwendbarkeit von Art 33 Abs. 2 GG nicht nur nicht in Frage gestellt, sondern die Bedeutung dieser Verfassungsbestimmung ausdrücklich hervorgehoben. Unter dem 31. Juli 2001 hat die baden-württembergische Landesregierung dem Bundesrat den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Richterwahlgesetzes mit der Bitte zugeleitet, diese Vorlage in die Tagesordnung der Sitzung des Bundesrates am 19. Oktober 2001 aufzunehmen und den Gesetzentwurf den Ausschüssen zur weiteren Beratung zu überweisen. Nach diesem Gesetzesentwurf soll zunächst in § 10 des Richterwahlgesetzes zusätzlich eine Ausschreibungspflicht für freie Planstellen für Bundesrichterinnen und Bundesrichter festgelegt werden. Sodann soll die Regelung des § 11 des Richterwahlgesetzes dahingehend erweitert werden, dass die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen der Bewerberinnen und Bewerber oder der Vorgeschlagenen vom Richterwahlausschuss nach einem von ihm und dem Bundesminister der Justiz erstellten Anforderungsprofil zu prüfen seien. Schließlich soll § 13 des Richterwahlgesetzes um die Regelung erweitert werden, dass der zuständige Bundesminister, bevor er der Entscheidung des Richterwahlausschusses zustimmt, die Angelegenheit mit dem Präsidialrat auf dessen Antrag mündlich zu erörtern hat, falls der Präsidialrat den Gewählten in seiner Stellungnahme gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 DRiG als nicht geeignet beurteilt hat. Ziel dieser Regelungen sei es, ein effektives Verfahren bereitzustellen, das zu einer möglichst qualifizierten Besetzung der obersten Gerichtshöfe des Bundes führe. Mit den vorgesehenen Bestimmungen solle - auch dem Bürger gegenüber - noch mehr als bisher die Notwendigkeit verdeutlicht werden, dass mit Rücksicht auf Art. 33 Abs. 2 GG der persönlichen und fachlichen Eignung eines Bundesrichters von allen an der Richterwahl und an der Richterernennung beteiligten Stellen ein hohes Gewicht beizumessen sei (vgl. Bundesrat, Drs. 616/01 v. 02.08.2001, S. 1, 2 u. 7 der Anlage).

b) Die Verfassungsbestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG gewährt dem Antragsteller einen Anspruch darauf, dass die für die materielle Entscheidung über die Vergabe des streitbefangenen Amtes zuständige/n Stelle/n eine ihn, den Antragsteller, berücksichtigende personelle Auswahlentscheidung auf der Grundlage der Kriterien der Bestenauslese - Eignung, Befähigung, fachliche Leistung - trifft/treffen.

Die als Garantienorm für chancengleiche Auslese ausgestaltete Verfassungsbestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG besitzt einen doppelfunktionellen Normgehalt. In objektiv-rechtlicher Hinsicht sichert sie das öffentliche Interesse an der Funktionstüchtigkeit einer dem Leistungsprinzip verpflichteten Exekutive und Judikative. In subjektiv-rechtlicher Hinsicht begründet diese Verfassungsbestimmung ein gerichtlich durchsetzbares grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Dieses Recht auf Zugangsgleichheit geht über das Recht auf Bewerbung um ein öffentliches Amt sowie das Recht auf Feststellung einer unerlässlichen Mindestqualifikation hinaus und garantiert einer Bewerberin oder einem Bewerber - im Falle einer Mehrheit von Bewerberinnen und Bewerbern - den Anspruch auf eine nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu treffende personelle Auswahlentscheidung (vgl. Höfling, a.a.O., Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rdnrn. 48, 53, 95 u. 96; Maunz, a.a.O., Art. 33, Rdnrn. 11 u. 17; Sachs, Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1994, 133, 134; so auch die ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats, vgl. z.B. OVG Schleswig, Beschl. v. 01.02.1996 - 3 M 89/95 -a.a.O., m.w.N.).

Das verfassungsunmittelbare subjektive Recht im vorangehend dargestellten Sinne steht nicht nur denjenigen Personen zu, die sich um ein öffentliches Amt förmlich beworben haben. Fehlt es an einer Stellenausschreibung oder einer vergleichbaren Information über ein zu besetzendes öffentliches Amt und haben potenziell Interessierte und zu Interessierende somit keine Möglichkeit, sich um dieses Amt förmlich zu bewerben, so dürfte das genannte subjektive Recht sämtlichen potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten zustehen. Das dürfte sich daraus ergeben, dass das in Art. 33 Abs. 2 GG geregelte

Recht auf Zugangsgleichheit in besonderem Maße verfahrensabhängig ist und das Verfahren zu einem notwendigen Element der Verwirklichung der materiell-rechtlichen Rechtsposition wird (vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 13.05.1998 - 3 M 15/98 -, SchlAnz. 1998, 189). Soll das Verfassungsgebot der gleichen Zugänglichkeit zu den öffentlichen Ämtern nicht nur eine leere Hülse bleiben, so enthält Art. 33 Abs. 2 GG nach Sinn und Zweck zugleich die Verpflichtung, Möglichkeiten für einen realisierbaren Zugang zu freien öffentlichen Ämtern zu schaffen. Das setzt die Information über diese Ämter voraus. Diese Information muss so breit und effizient gestreut sein, dass für die an dem jeweils zu besetzenden öffentlichen Amt potenziell Interessierten und zu Interessierenden tatsächlich die Möglichkeit der Kenntniserlangung geschaffen wird (vgl. BremStGH, Entsch. v. 22.12.1992 - St 5/91 -, NVwZ-RR 1993, 417 f.; vgl. zur prozeduralen Absicherung der materiellen Zugangsgleichheit: Höfling, a.a.O., Rdnrn. 187 ff., der die Ansicht vertritt, Art. 33 Abs. 2 GG sei ein prinzipieller Regelungsauftrag an den Gesetzgeber zu entnehmen, den Zugang zu den öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibungen zu ebnen, a.a.O., Rdnr. 196; OVG Bautzen, Beschlüsse v. 11.04.2001 - 3 BS 84/01 u. 3 BS 83/01 -, ZBR 2001, 368 ff. u. 372 ff; dementsprechend strebt die Regierung des Landes Baden-Württemberg in dem genannten Gesetzesantrag zur Änderung des Richterwahlgesetzes eine Pflicht zur Stellenausschreibung an, um auf diese Weise im Interesse einer möglichst qualifizierten Besetzung der obersten Gerichtshöfe des Bundes nicht vorgeschlagenen, aber in persönlicher und fachlicher Hinsicht besonders geeigneten Personen mit der Befähigung zum Richteramt Gelegenheit zur Bewerbung um eine freie Planstelle zu geben, a.a.O., S. 1 u. 8 der Anlage; vgl. auch Lademann, Stellenausschreibungen, DRiZ 1977, 178, 179, der anmerkt, dass der Deutsche Richterbund und der Bund Deutscher Verwaltungsrichter in Übereinstimmung mit der Ansicht des Deutschen Anwaltsvereins bereits im Jahre 1975 die Ausschreibung der Richterstellen an den obersten Gerichtshöfen des Bundes gefordert haben; demgegenüber hat die Ministerin für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein im schleswig-holsteinischen Landtag kürzlich zu einer etwaigen öffentlichen Ausschreibung der Ämter der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes folgende Meinung vertreten: „Angesichts der von der Verfassung gewährleisteten hohen demokratischen Legitimierung aller Ausschussmitglieder ist es auch konsequent und unangreifbar, dass sich der Gesetzgeber in § 10 Abs. 1 Richterwahlgesetz für ein Vorschlagsrecht der Ausschussmitglieder entschieden hat und von dem Erfordernis der öffentlichen Ausschreibung freier Richterstellen abgesehen hat. Im Übrigen dürften insbesondere Gründe der Praktikabilität gegen eine Ausschreibung sprechen. Man stelle sich vor, aus jedem Bundesland würden - je nach Größe - 10, 20 oder 30 Bewerbungen vorgelegt. Eine Gesamt-sichtung aller Bewerbungen dürfte dem Wahlausschuss in seiner Gesamtheit kaum möglich sein“, vgl. Presseinformation des Ministeriums für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein v. 26.09.2001, S. 2, betr. „Bundesrichterwahlverfahren: Demokratisches Verfahren durch Verfassung geregelt“. Wird der Verpflichtung, Möglichkeiten für einen realisierbaren Zugang zu einem freien öffentlichen Amt zu schaffen, weder durch eine Ausschreibung dieses Amtes noch durch eine vergleichbare Information über dieses Amt entsprochen und somit eine Möglichkeit zur Bewerbung um das Amt nicht eröffnet, so dürfte die verfassungsrechtlich gebotene gleiche Zugänglichkeit zu dem Amt grundsätzlich nur dadurch zu sichern sein, dass die potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten hinsichtlich der sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechtsposition so behandelt werden, als hätten sie sich um das freie öffentliche Amt beworben.

In dem vorliegenden Rechtsstreit bedarf die Frage, ob das genannte subjektive Recht beim Fehlen einer Stellenausschreibung oder einer vergleichbaren Information über ein zu besetzendes öffentliches Amt sämtlichen potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten zusteht, mangels Entscheidungserheblichkeit jedoch keiner abschließenden Klärung. Das Recht steht bei der Vergabe des Amtes einer Richterin oder eines Richters an einem obersten Gerichtshof des Bundes jedenfalls denjenigen potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten zu, die - wie der Antragsteller - von dem zuständigen Landesministerium für die Besetzung dieses Amtes vorgeschlagen worden sind, deren (überdurchschnittliche) Eignung in der daraufhin erstellten dienstlichen Beurteilung sowie der entsprechenden Stellungnahme des zuständigen Präsidialrats festgestellt worden ist und deren Personalunterlagen einschließlich der letztgenannten Eignungsfeststellungen dem zuständigen Bundesministerium zwecks Vorbereitung der maßgeblichen Sitzung des Richterwahlausschusses vorgelegt worden sind. Denn diese Kandidatinnen und Kandidaten sind bereits Beteiligte des jeweiligen Besetzungsverfahrens (vgl. zum Begriff des Beteiligten und dessen Rechtsstellung: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., § 13, Rdnrn. 7 ff). Es gibt keine sachliche Rechtfertigung dafür, die an einem Besetzungsverfahren in diesem Sinne Beteiligten

hinsichtlich der subjektiven Rechtsposition aus Art. 33 Abs. 2 GG anders als diejenigen Personen zu behandeln, die den Beteiligtenstatus im Besetzungsverfahren aufgrund eigener Bewerbung erlangt haben. Eine abweichende Beurteilung ergibt sich für den vorliegenden Fall auch nicht daraus, dass die Ministerin für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein den den Antragsteller betreffenden Wahlvorschlag in der Sitzung des Richterwahlausschusses vom 15. Februar 2001 - ohne Zustimmung des Antragstellers - nach Eröffnung der Berichterstattung „für die heutige Sitzung zurückgestellt“ hat. Denn eine derartige nicht eignungsbezogene „Zurückstellung“ käme auch bei einer Stellenbewerberin oder einem Stellenbewerber wegen der damit verbundenen Rechtsverletzung nicht in Betracht. Da sich die Befugnis für eine „Zurückstellung“ im genannten Verfahrensstadium auch nicht aus den Vorschriften des Richterwahlgesetzes herleiten lässt, stimmen diese Vorschriften jedenfalls insoweit mit der Verfassungsrechtslage überein. Schließlich gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Auswahlentscheidung zu Gunsten des Antragstellers aus sonstigen Gründen von vornherein ausgeschlossen gewesen wäre. Dass er dann vielleicht doch nicht ausgewählt worden wäre, bleibt ohne Belang. Sein subjektives Recht beschränkt sich - soweit hier geprüft - auf die Teilnahme am Auswahlverfahren überhaupt.

c) Der Anspruch des Antragstellers richtet sich gegen die Bundesministerin der Justiz und den Richterwahlausschuss. Sie treffen gemäß Art. 95 Abs. 2 GG die materielle Entscheidung über die Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes und somit auch über die Vergabe des streitbefangenen Amtes „gemeinsam“. Hinsichtlich dieses Amtes haben die Bundesministerin der Justiz und der Richterwahlausschuss - in welcher Form des „gemeinsamen“ Zusammenwirkens auch immer - eine den Antragsteller berücksichtigende personelle Auswahlentscheidung auf der Grundlage der Kriterien der Bestenauslese bislang nicht getroffen. Etwas anderes ergibt sich jedenfalls weder aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin noch aus demjenigen des Beigeladenen und ist auch auf Grund des Akteninhalts im Übrigen nicht erkennbar.

Demgegenüber kann die Antragsgegnerin sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Richterwahlausschuss und die Bundesministerin der Justiz seien an einer den Antragsteller berücksichtigenden Auswahlentscheidung im genannten Sinne gehindert gewesen, weil die Ministerin für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein ihren den Antragsteller betreffenden Wahlvorschlag in der Sitzung des Richterwahlausschusses vom 15. Februar 2001 „für die heutige Sitzung zurückgestellt“ hat. Da eine solche „Zurückstellung“ mit dem verfassungsrechtlichen Regelungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbar ist und es sich bei dem streitbefangenen Amt um ein öffentliches Amt des Bundes handelt, hätte es der Antragsgegnerin obliegen, den Antragsteller durch entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen dennoch einer Bestenauslese im Hinblick auf das streitbefangene Amt zuzuführen und ihn somit bei der zu treffenden Auswahlentscheidung entsprechend seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu berücksichtigen. Das gilt unabhängig davon, ob die „Zurückstellung“ der - gegebenenfalls verfassungswidrigen - ständigen Praxis des Richterwahlausschusses entsprochen hat oder nicht.

Da der Anordnungsanspruch des Antragstellers sich nach alledem unmittelbar aus dem Grundgesetz ergibt, kommt es nicht darauf an, ob die einfachgesetzlichen Regelungen des Richterwahlgesetzes die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 33 Abs. 2 und Art. 95 Abs. 2 GG hinreichend ausfüllen. Zweifel hieran könnten unter anderem insofern bestehen, als das Richterwahlgesetz keine - jedenfalls keine ausdrücklichen - Regelungen darüber enthält, auf welche Weise der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister und der Richterwahlausschuss bei einer Mehrheit von Bewerberinnen und Bewerbern (potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten) im Rahmen der von ihnen „gemeinsam“ zu treffenden Auswahlentscheidung zusammen zu wirken haben (vgl. VG Frankfurt a.M., Beschl. v. 13.06.2001 - 9 G 933/01(1) -, S. 8 EA; ausführlich zum Erfordernis der „gemeinsamen Entscheidung“ nach schleswig-holsteinischem Landesrecht: OVG Schleswig, Beschl. v. 01.02.1996 - 3 M 89/95 -, a.a.O.). Darüber hinaus brauchte für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht geklärt zu werden, welche inhaltliche Bedeutung den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung bei der Vergabe des Amtes einer Richterin oder eines Richters am Bundesgerichtshof beizumessen ist, welcher Beurteilungsspielraum dem Richterwahlausschuss einerseits und der Bundesministerin der Justiz andererseits insoweit zukommt und ob - gegebenenfalls in welchem Maße - eine diesbezügliche

verwaltungsgerichtliche Kontrollbefugnis besteht. Auch diese Fragen werden in praktischer Konkordanz zwischen Art. 33 Abs. 2 GG einerseits und Art. 95 Abs. 2 GG andererseits zu beantworten sein.

2. Ein die von ihm begehrte Sicherungsanordnung tragender verfassungsunmittelbarer Anspruch dürfte dem Antragsteller selbst dann zustehen, wenn man der Meinung der Antragsgegnerin folgte und somit die Verfassungsbestimmung des Art. 33 Abs. 2 GG entgegen der Ansicht des erkennenden Senats bei der Berufung der Richterinnen und Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes für nicht anwendbar hielte. In diesem Falle dürfte dem Antragsteller als potenziellem Kandidaten für die Besetzung des streitbefangenen Amtes - bereits bei der Wahlvorbereitung - entweder nach den als allgemeinen Rechtsprinzipien anzuwendenden verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätzen ein grundrechtsgleiches Recht auf Chancengleichheit (vgl. Jarras/Pieroth, GG, 5. Aufl., Art. 38, Rdnrn. 1, 2 u. 6; Lang, Subjektiver Rechtsschutz im Wahlprüfungsverfahren, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 730, S. 54, 76 u. 182 ff.) oder nach dem allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG ein Anspruch auf Gleichbehandlung und Willkürfreiheit zustehen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.05.1998 - 2 BvR 2555/86 -, NJW 1998, 2590 f.). Beide Ansprüche dürften dadurch verletzt worden sein, dass der Antragsteller im Gegensatz zu dem Beigeladenen ohne sachliche Rechtfertigung in der Sitzung des Richterwahlausschusses vom 15. Februar 2001 nicht mehr zur Wahl gestellt wurde und - soweit ersichtlich - auch bei der Entscheidung über die Zustimmungserklärung der Bundesministerin der Justiz unberücksichtigt geblieben ist. Jedenfalls ist ein sachlicher Grund für die im Vergleich zu dem Beigeladenen erfolgte (verfahrensmäßige) Schlechterstellung des Antragstellers weder von der Antragsgegnerin benannt worden noch auf Grund des Akteninhalts im Übrigen erkennbar. Auch im vorliegenden Zusammenhang könnte sich die Antragsgegnerin aus den dargelegten Gründen nicht mit Erfolg darauf berufen, der den Antragsteller betreffende Wahlvorschlag sei durch die Ministerin für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein „zurückgestellt“ worden. Einer abschließenden gerichtlichen Klärung bedarf die Frage des Bestehens eines sich aus den Wahlrechtsgrundsätzen oder aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebenden Anordnungsanspruchs des Antragstellers mangels Entscheidungserheblichkeit im vorliegenden Rechtsschutzverfahren jedoch nicht mehr.

Die endgültige Klärung aller für den vorliegenden Fall maßgeblichen Rechtsfragen bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Falls die Prozessbeteiligten an einer möglichst zeitnahen höchstrichterlichen Klärung dieser Rechtsfragen interessiert sein sollten, möge auf eine Sprungrevision nach § 134 VwGO hingewirkt werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2 und 3, 162 Abs. 3 VwGO.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

....
Präsident des OVG

....
Richter am OVG

....
Richterin am OVG