

**Prof. Dr. Frank Saliger**



Ludwig-Maximilians-Universität München  
Juristische Fakultät  
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,  
Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie  
Professor-Huber-Platz 2  
D-80539 München  
frank.saliger@jura.uni-muenchen.de

München, den 31.07.2023

## **Rechtsgutachten**

**zur Untreuestrafbarkeit nach § 266 StGB durch  
Verstöße gegen das Dienst-, Beamten- und  
Haushaltsrecht bei Stellenbesetzungen in den  
Leitungsbereichen der obersten Thüringer  
Landesbehörden**

Erstattet im Auftrag  
der CDU-Fraktion  
und der  
Parlamentarischen  
Gruppe der FDP im  
Thüringer Landtag

## Inhaltsverzeichnis

0. Executive Summary .....	3
Gutachten zur Untreuestrafbarkeit von Verstößen gegen das Dienst-, Beamten- und Haushaltsrecht bei Stellenbesetzungen in den Leitungsbereichen der obersten Thüringer Landesbehörden.....	7
§ 1 Beauftragung und Prüfungsgegenstand .....	7
§ 2 Untersuchungsmethode.....	10
§ 3 Rechtslage zur strafbaren Untreue durch Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst .....	12
I. Anforderungen an das Merkmal der Pflichtverletzung.....	14
1. Allgemeine Anforderungen: Gravierende Pflichtverletzung und mittelbarer Vermögensschutz .....	14
2. Gravierende Pflichtverletzung bei der Haushaltsuntreue .....	15
a) Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip .....	16
b) Grundsatz der Bestenauslese .....	17
c) Reine Formvorschriften und Mitbestimmungsrechte .....	20
II. Anforderungen an das Merkmal des Vermögensnachteils .....	21
1. Allgemeine Anforderungen: Wirtschaftliche Gesamtsaldierung .....	21
2. Strafbarkeit materiell zweckwidriger Mittelverwendungen bei der Haushaltsuntreue.....	22
3. Schadenshöhe .....	23
4. Keine Kompensation durch Dienstleistung.....	24
III. Verjährung.....	25
IV. Zusammenfassung .....	27
§ 4 Die Einstellungspraxis bei den Staatssekretären in Thüringen.....	28
I. Öffentlich-rechtliche Vorfragen der Einstellung .....	28
1. Staatssekretäre als politische Beamte .....	28
2. Laufbahnbefähigung .....	32
3. Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) .....	34
4. Staatssekretär als Einstellungsamt .....	38
II. Anwendung der Grundsätze zur Haushaltsuntreue auf Einzelfälle zur Einstellung von Staatssekretären .....	43
1. Fall D.....	44
a) Werdegang .....	44
b) Pflichtverletzungen.....	45
c) Untreuestrafrechtliche Würdigung.....	47
2. Fall E.....	48
a) Werdegang .....	48
b) Pflichtverletzungen.....	49
c) Untreuestrafrechtliche Würdigung.....	50
III. Zwischenergebnis .....	51
§ 5 Die Stellenbesetzungspraxis von Mitarbeitern in den Leitungsbereichen oberster Thüringer Behörden.....	52
I. Öffentlich-rechtliche Vorfragen der Einstellung.....	52
1. Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) und Stellenausschreibung bzw. Tätigkeitsprofile.....	52
2. Eingruppierung nach TV-L und Stellenbeschreibungen .....	56
3. Stufenzuordnung nach § 16 TV-L .....	58
4. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bezüglich Befristungsentscheidungen.....	59
II. Anwendung der Grundsätze zur Haushaltsuntreue auf Einzelfälle .....	60
1. FallNr. ■.....	60
a) Werdegang .....	60
b) Pflichtverletzungen.....	61
c) Untreuestrafrechtliche Würdigung.....	62
2. FallNr. ■.....	63
a) Werdegang .....	63
b) Pflichtverletzungen.....	63
c) Untreuestrafrechtliche Würdigung.....	64
3. FallNr. ■.....	65
a) Werdegang .....	65
b) Pflichtverletzungen.....	65
c) Untreuestrafrechtliche Würdigung.....	66
4. FallNr. ■.....	66
a) Werdegang .....	66
b) Pflichtverletzungen.....	67
c) Untreuestrafrechtliche Würdigung.....	68
III. Ergebnis.....	68

## 0. Executive Summary

1. Die Einstellungspraxis der aktuellen Thüringer Landesregierung bei Staatssekretären sowie in den Leitungsbereichen der Ministerien verstößt in den näher untersuchten sechs Fällen gegen Vorschriften des Dienst-, Beamten und Haushaltsrechts und begründet den Anfangsverdacht einer strafbaren Untreue gemäß § 266 StGB.

2. Eine strafbare Untreue kommt auch für Rechtsverstöße bei der Einstellung von Personen im öffentlichen Dienst in Betracht und kann als Haushaltsuntreue treuwidrige Vermögensschädigungen zulasten des Vermögensinhabers erfassen.

3. In den zwei untersuchten Fällen der Einstellung von Staatssekretären führen die Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Normen zu der Annahme strafrechtlich gravierender Pflichtverletzungen und entsprechender Vermögensschäden.

a. Staatssekretäre als politische Beamte im Sinne von § 27 Abs. 1 Nr. 1 ThürBG sind normale Laufbahnbeamte. Die Rechtsfigur des politischen Beamten ist kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG und kein Gut von Verfassungsrang.

b. Die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG gilt als tragendes Strukturprinzip des deutschen Beamtenrechts uneingeschränkt auch für die Einstellung von politischen Beamten. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Die Übereinstimmung mit den Zielen der Regierung und ein darauf basierendes

Vertrauensverhältnis darf neben dieser Entscheidungstrias nur zusätzlich berücksichtigt werden. Hiergegen wurde in den zwei geprüften Fällen verstoßen.

c. Der Staatssekretär ist in die Laufbahn des höheren Dienstes einzustufen mit der Folge, dass sein Eingangsamt A 13 ist. Das Amt des Staatssekretärs stellt ein echtes und zugleich das höchste Beförderungsamts dar. Auch bei Staatssekretären als Laufbahnamt kommt daher eine Einstellung grundsätzlich nur im Eingangsamt in Betracht. Die für eine Einstellung im höchsten Beförderungsamts B 9 notwendigen Voraussetzungen der einschlägigen Ausnahmetatbestände nach § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG sind in den zwei geprüften Fällen nicht erfüllt. Der Landesgesetzgeber hat es im Unterschied zu anderen Bundesländern verabsäumt, in den Ausnahmetatbeständen Sonderregelungen für politische Beamte aufzunehmen.

d. Durch die rechtswidrigen Einstellungen in den zwei geprüften Fällen ist dem Freistaat Thüringen ein entsprechender Vermögensnachteil in Höhe der gezahlten Besoldungen entstanden. Eine Kompensation durch die geleisteten Dienste kommt nicht in Betracht.

4. Auch in den vier untersuchten Fällen zur Stellenbesetzungspraxis von Mitarbeitern in den Leitungsbereichen oberster Thüringer Behörden führen Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Normen zu strafrechtlich gravierenden Pflichtverletzungen mit entsprechenden Vermögensschäden für den Freistaat Thüringen.

a. Der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet als Bewerberverfahrensanspruch auch das grundrechtsgleiche Recht, bei der Vergabe eines öffentlichen Amts nur aus mit Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang stehenden Gründen unberücksichtigt zu bleiben. Aus diesem Bewerberverfahrensanspruch ergeben sich

sowohl für die Einstellung von Beamten (konkretisiert in § 3 Abs. 1 ThürLaufbG) als auch für die Einstellung von Angestellten im öffentlichen Dienst Ausschreibungspflichten sowie Dokumentationspflichten. Der Grundsatz der Bestenauslese gebietet grundsätzlich die Anfertigung von Stellen- und Tätigkeitsbeschreibungen.

b. Das Abstellen auf die Vertrauenswürdigkeit eines Bewerbers als wesentliches Einstellungskriterium ist mit dem Grundsatz der Bestenauslese unvereinbar. Eine entsprechende Einstellung verstößt gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Das Gleiche gilt für eine Einstellungsentscheidung, die allein oder maßgeblich auf die politische Ausrichtung des Bewerbers setzt.

c. Die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebieten es, bei Beschäftigten im Leitungsbereich sowohl im Anforderungsprofil als auch bei der Bestenauslese die in der Regel erheblich längere Anschlussverwendung auf der Fachebene zu berücksichtigen. Das kann sich bis zur Pflicht zum Abschluss eines bloß befristeten Arbeitsvertrages verdichten.

d. In allen vier untersuchten Fällen auf der Leitungsebene ist – neben weiteren Pflichtverletzungen – eine strafrechtlich gravierende Pflichtverletzung des Grundsatzes der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG festzustellen, welche den Anfangsverdacht einer strafbaren Untreue begründet.

5. In der Gesamtschau der Einstellungspraxis von Mitarbeitern in den Leitungsbereichen der obersten thüringischen Landesbehörden (Staatssekretäre, Leitungsebene) sind die festgestellten Rechtsverstöße mit Strafrechtsrelevanz in den untersuchten sechs Einzelfällen so gravierend, dass sie als Ämterpatronage geeignet erscheinen, das

Vertrauen der Bevölkerung in die Professionalität und rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes nicht nur in Thüringen schwer zu erschüttern.

# **Gutachten zur Untreuestrafbarkeit von Verstößen gegen das Dienst-, Beamten- und Haushaltsrecht bei Stellenbesetzungen in den Leitungsbereichen der obersten Thüringer Landesbehörden**

## **§ 1 Beauftragung und Prüfungsgegenstand**

Der Verfasser ist von der CDU-Fraktion und der Parlamentarischen Gruppe der FDP im Thüringer Landtag beauftragt worden, in einem strafrechtlichen Rechtsgutachten zu klären, ob und inwieweit Verantwortliche der Thüringer Landesregierung bei der Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden gegen Vorschriften des Dienst-, Beamten und Haushaltsrechts verstoßen und dadurch den objektiven Straftatbestand der Untreue nach § 266 StGB verwirklicht haben. Anlass der Prüfung ist der Sonderbericht des Thüringer Rechnungshofes an den Thüringer Landtag und die Thüringer Landesregierung nach § 99 ThürLHO über die Prüfung „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden“ vom 13. März 2023, in dem die Stellenbesetzungspraxis der aktuellen Thüringer Landesregierung bei Staatssekretären sowie in den Leitungsbereichen der Ministerien seit Ende des Jahres 2014 als „systematisch und schwerwiegend“ „rechtswidrig“, „unzulässig“ und „nicht nachvollziehbar“ kritisiert wird.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ThürRechnungshof, Sonderbericht über die Prüfung „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden“ vom 13. März 2023 (Aktenzeichen: 1011-4.3-783/202), S. 9, 11, 12, 14, 16, 18, 22; abrufbar im Internet unter: <https://www.thueringer-rechnungshof.de/files/186E0098A99/Sonderbericht.pdf> (abgerufen am 19.06.2023).

Die Prüfung erfolgt vor dem Hintergrund eines zu der Stellenbesetzungspraxis eingesetzten Untersuchungsausschusses und im Hinblick auf ein mögliches Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Erfurt.

Der Begutachtung hat der Gutachter folgende Unterlagen zu Grunde gelegt:

- *Thüringer Rechnungshof, Sonderbericht über die Prüfung „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden“ vom 13. März 2023<sup>2</sup>;*
- *Mitteilung des Thüringer Rechnungshofs über die Prüfung „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden, Teil I“ (Leitungsbereiche) vom 10. März 2023 – von der Landesregierung nicht zur Veröffentlichung freigegeben, Einsicht genommen;*
- *„Einzelstellungnahmen der Ressorts zum Entwurf des Prüfberichts, Teil I“ (Leitungsbereiche) – von der Landesregierung nicht zur Veröffentlichung freigegeben, Einsicht genommen;*
- *Mitteilung des Thüringer Rechnungshofs, über die Prüfung „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden, Teil II“ (Staatssekretäre) vom 10. März 2023 – von der Landesregierung nicht zur Veröffentlichung freigegeben, Einsicht genommen;*
- *Stellungnahme der Thüringer Staatskanzlei zum Entwurf des Prüfberichts Teil II (Staatssekretäre) vom 9. September 2022 – von der Landesregierung nicht zur Veröffentlichung freigegeben, Einsicht genommen;*
- *Allgemeine Stellungnahme der Landesregierung zum Entwurf der Prüfungsmitteilung vom 19. August 2022 (Drucksache 7/7676)<sup>3</sup>.*

---

<sup>2</sup> Siehe Fn. 1.

<sup>3</sup> Abrufbar im Internet unter: [https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/91793/uebergabe\\_von\\_unterlagen\\_hier\\_pruefbericht\\_des\\_thueringer\\_rechnungshofs\\_sowie\\_sonstige\\_unterlagen.pdf](https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/91793/uebergabe_von_unterlagen_hier_pruefbericht_des_thueringer_rechnungshofs_sowie_sonstige_unterlagen.pdf) (abgerufen am 19.06.2023).



In die von der Landesregierung nicht zur Veröffentlichung freigegebenen Unterlagen hat der Gutachter am 5.5.2023 persönlich im Sitzungszimmer des Ältestenrates des Thüringer Landtags Einsicht genommen.

Der Verfasser versichert, dass er das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen erstattet hat.

## § 2 Untersuchungsmethode

Die strafrechtliche Prüfung erfolgt auftragsgemäß ausschließlich mit Blick auf den Straftatbestand der Untreue nach § 266 StGB. Hierfür wird in einem ersten Schritt die Rechtsprechung und Literatur zur strafbaren Untreue durch Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst rekonstruiert (§ 3). Die Rekonstruktion legt dabei ein besonderes Augenmerk auf die einschlägigen Tatbestandsmerkmale der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils.

Daran anschließend wird die Einstellungspraxis bei den Staatssekretären strafrechtlich überprüft (§ 4). Aufgrund der Abhängigkeit der strafrechtlichen Würdigung vom außerstrafrechtlichen Recht, hier dem öffentlichen Recht, werden dazu in einem allgemeinen Teil zunächst die zum Teil streitigen öffentlich-rechtlichen Vorfragen aus dem Verfassungsrecht und dem Thüringer Dienst-, Beamten- und Haushaltsrecht geklärt (§ 4 I.). Dabei erfolgt ein Fokus auf die Einstellung mit den Fragen nach der Feststellung der Laufbahnbefähigung (z.B. § 26 Abs. 4 ThürLaufbG), der Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 GG und dem richtigen Einstellungsamt (z.B. § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG). Dagegen wird die Verletzung von Dokumentations- und Begründungspflichten nur begleitend in den Blick genommen. Danach erfolgt anhand von Einzelfällen die Anwendung der strafrechtlichen Grundsätze zur Haushaltsuntreue (§ 4 II.).

In gleicher Weise verfährt das Gutachten mit der Einstellungspraxis von Mitarbeitern in den Leitungsbereichen der obersten Thüringer Landesbehörden (§ 5). In einem allgemeinen Teil werden mit demselben Schwerpunkt wie bei den Staatssekretären die öffentlich-rechtlichen Vorfragen geklärt (§ 5 I.), bevor anhand ausgewählter Einzelfälle eine Subsumtion der strafrechtlichen Grundsätze zur Haushaltsuntreue erfolgt (§ 5 II.).

Das strafrechtliche Gutachten knüpft mangels eigenständiger Prüfungsmöglichkeiten des Gutachters notwendig an die vom Thüringer Rechnungshof festgestellten Pflichtverletzungen und den dabei vom Rechnungshof zugrunde gelegten Sachverhalt an. Die Belastbarkeit der Aussagen des strafrechtlichen Gutachtens hängt insoweit ab von der Belastbarkeit der Feststellungen des Thüringer Rechnungshofs.

Die Auswahl der strafrechtlich untersuchten Einzelfälle erfolgte anhand der Schwere der außerstrafrechtlichen Pflichtverletzungen. Der Begriff der „außerstrafrechtlichen Pflichtverletzung“ nimmt Bezug auf die Struktur der Untreuestrafvorschrift, die eine Pflichtverletzung erfordert, die sich aus der gesamten Rechtsordnung ergeben kann. Außerstrafrechtliche Pflichtverletzung meint also eine Pflichtverletzung, die sich aus anderen Teilen der Rechtsordnung als dem Strafrecht ergibt, bei der hiesigen Untersuchung somit aus dem öffentlichen Recht (Verfassungsrecht, Thüringer Dienst-, Beamten und Haushaltsrecht). Die Auswahl der Einzelfälle nach der Schwere der Pflichtverletzung ist dem von der Rechtsprechung und Literatur geforderten Strafbarkeitskriterium der gravierenden Pflichtverletzung geschuldet, welche bei außerstrafrechtlichen Pflichtverletzungen die strafrechtliche Unrechtshöhe markiert. Soweit im Gutachten in den untersuchten Fällen derartige gravierende Pflichtverletzungen festgestellt werden, bedeutet das nicht, dass in den im Gutachten nicht untersuchten Fällen aus dem Prüfbericht des Thüringer Rechnungshofes gravierende Pflichtverletzungen nicht festgestellt werden können.

### **§ 3 Rechtslage zur strafbaren Untreue durch Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst**

Wegen Untreue wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt (§ 266 Abs. 1 StGB). Führt der Täter einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbei – von der Rechtsprechung bei einem Vermögensverlust ab 50.000 € angenommen<sup>4</sup> –, so erhöht sich der Strafrahmen auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren (§ 266 Abs. 2 in Verbindung mit § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB).

Der objektive Untreuetatbestand stellt damit vier Strafbarkeitsvoraussetzungen auf: Der Täter muss zur fremden Vermögensfürsorge verpflichtet sein (kurz: eine Vermögensbetreuungspflicht innehaben), diese Pflicht verletzen (Pflichtverletzung) und einen Vermögensnachteil (Vermögensschaden<sup>5</sup>) bewirken, der auf der Pflichtverletzung beruht (Kausalität). Von diesen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen bereiten im Folgenden zwei keine Probleme. Zum einen ist die Vermögensbetreuungspflicht unproblematisch, weil die Entscheidungsträger für die Einstellung von Personen im öffentlichen Sektor, gerichtlich gefestigt, die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

---

<sup>4</sup> BGHSt 48, 360, 361; BGH NZG 2013, 268, 270.

<sup>5</sup> Der Vermögensnachteil ist nach herrschender Meinung gleichbedeutend mit dem Vermögensschaden beim Betrug: BGHSt 40, 287, 295; BVerfG NJW 2009, 2370, 2371 Rn. 25; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 266 Rn. 115.

(Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 6 HGrG, § 7 BHO; § 7 ThürLHO) zu beachten haben und daher regelmäßig vermögensbetreuungspflichtig gegenüber dem jeweiligen staatlichen Haushalt sind.<sup>6</sup> Zum anderen stellt die Frage nach einem kausalen Vermögensnachteil vor keine Probleme, weil, wie nachfolgend belegt, rechtsgrundlose Einstellungen oder Einstufungen regelmäßig zu entsprechenden kausalen Vermögensnachteilen für den Staat führen. Die folgende Prüfung konzentriert sich deshalb auf die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils.

Dabei ist mittlerweile anerkannt, dass eine strafbare Untreue auch bei Verstößen gegen haushalts-, dienst- oder beamtenrechtliche Vorschriften<sup>7</sup> in Betracht kommt und prinzipiell geeignet ist, treuwidrige Vermögensschädigungen zulasten des Vermögensinhabers als sogenannte Haushaltsuntreue zu erfassen.<sup>8</sup> Die hierzu in den letzten Jahren von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Dogmatik beansprucht auch in Fällen rechtswidriger Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst Gültigkeit.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Für Stellenbesetzung und allgemeine Personalentscheidungen BGH NStZ-RR 2005, 83, 84 zu einem hauptamtlichen Bürgermeister in Mecklenburg-Vorpommern; BGH NStZ-RR 2006, 307 zu einem Landrat in Thüringen; BGH NStZ 2016, 600, 601 zu einem Oberbürgermeister in Sachsen-Anhalt.

<sup>7</sup> Im Folgenden werden der Einfachheit halber all diese Verstöße unter dem Oberbegriff der haushaltsrechtlichen Verstöße zusammengefasst.

<sup>8</sup> Aus der Rspr. zuletzt BGH NZG 2021, 1466 – Kreissparkasse; BGH NJW 2021, 1473 – Kassenärztliche Vereinigung; BGH NStZ 2020, 422 – Detekteikosten; s. ferner *Saliger/Schweiger*, ZG 2018, 16, 17 m.w.N.

<sup>9</sup> BGH NStZ-RR 2006, 307 – Landrats-Fall; BGH NStZ 2016, 600 m. Anm. *Eidam* – Oberbürgermeister-Fall; *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015; *Saliger/Schweiger*, ZG 2018, 16. S. auch v. *Arnim*, DVBI 2021, 481, 487 f.; *Schmidt*, wistra 2021, 377.

## I. Anforderungen an das Merkmal der Pflichtverletzung

Die Tathandlung der Untreue besteht in der Verletzung der dem Täter übertragenen Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens.

### 1. Allgemeine Anforderungen: Gravierende Pflichtverletzung und mittelbarer Vermögensschutz

Das kann als Missbrauch (§ 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB) oder Treubruch (§ 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) geschehen. Ein Missbrauch liegt vor, wenn der Täter sein rechtliches Dürfen (Innenverhältnis) im Rahmen seines rechtlichen Könnens (Außenverhältnis) überschreitet, kommt also nur bei rechtswirksamem Handeln in Betracht.<sup>10</sup> Der Treubruch hingegen erfasst jegliche Verletzungen des rechtlichen Dürfens (Innenverhältnis), also auch unwirksames und faktisches Handeln.<sup>11</sup>

Mit dem schieren Bezug auf eine Pflichtverletzung kann sich die Tathandlung der Untreue aus Verstößen in allen Bereichen der Rechtsordnung ergeben, mithin auch aus Vorschriften des öffentlichen Haushalts-, Dienst- oder Beamtenrechts. Spätestens seit dem Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2010 reicht hierfür allerdings nicht jede Pflichtverletzung aus. Vielmehr sind im Sinne einer verfassungsrechtlich zu fordernden angemessenen Restriktion des Tatbestandes nur solche außerstrafrechtlichen Pflichtverletzungen untreuetauglich, die eine gravierende Pflichtverletzung begründen.<sup>12</sup> Das ist der Fall, wenn die Pflichtverletzung klar

---

<sup>10</sup> BGHSt 5, 61, 63; BGH NJW 1995, 1535; BGHSt 49, 17, 23 f.

<sup>11</sup> Statt aller Schönke/Schröder-Perron, StGB, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 35.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2010, 3209, 3215 Rn. 112; BGHSt 55, 266, 276; BGHSt 56, 203, 213; SSW-Saliger, StGB, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 47 ff. m.w.Nw.

und evident ist.<sup>13</sup> Zudem muss zur Wahrung des Vermögensdeliktscharakters der Untreue<sup>14</sup> die verletzte außerstrafrechtliche Pflicht, um untreuetauglich zu sein, zumindest mittelbar vermögensschützenden Charakter haben.<sup>15</sup> Mit beidem wird gewährleistet, dass die Pflichtverletzung dem Verschleifungsverbot gemäß ein selbständiges, vom Vermögensnachteil sauber zu trennendes Tatbestandsmerkmal darstellt.<sup>16</sup>

## 2. Gravierende Pflichtverletzung bei der Haushaltsuntreue

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich für die Haushaltsuntreue die Konsequenz, dass allein der Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorgaben oder Grundsätze nicht ausreicht, um den Tatbestand der Untreue zu erfüllen.<sup>17</sup> Die Schwelle zur strafbaren Untreue ist erst überschritten, wenn die festgestellte Verletzung haushaltsrechtlicher Normen aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung strafrechtlich auch als gravierend einzustufen ist.

So hat der Bundesgerichtshof im Oberbürgermeister-Fall in der rechtswidrigen tarifvertraglichen Eingruppierung von Mitarbeitern in zu hohe Erfahrungsstufen und der Verletzung des § 16 TVöD (VKA) zwar einen relevanten Verstoß gegen Haushaltsrecht erkannt. Für

---

<sup>13</sup> BGH BeckRS 2013, 10324, Rn. 17; vgl. auch BGH NJW 2015, 1618, 1620; BVerfG NJW 2010, 3209, 3215 Rn. 111.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2010, 3209, 3215 Rn. 111.

<sup>15</sup> BGHSt 55, 288, 301 – 1. Strafsenat; BGH wistra 2011, 424, 425 – 4. Strafsenat; BGH NJW 2016, 3253, 3255. Zum Ganzen SSW-*Saliger*, § 266 Rn. 36 m.w.Nw.

<sup>16</sup> Zum Verschleifungsverbot BVerfG NJW 2010, 3209, 3215 Rn. 133 und BVerfG NJW 2013, 365, 367, jeweils unter Bezug auf *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563, 610.

<sup>17</sup> BGH NStZ 2001, 248, 251 – Überkipper-Fall; BGH NStZ 1998, 514, 515 – Bugwellenentscheidung; BGH NStZ 1995, 144, 145 – Kulturamtsleiter-Fall; Schönke/Schröder-*Perron*, § 266 StGB Rn. 44.

die Untreuetauglichkeit der Pflichtverletzung verlangt er aber darüber hinaus eine wertende Gesamtbetrachtung aller Einzelkriterien des Falles (u.a. Missachtung bestehender Ausschreibungsvorschriften, fehlende Dokumentation maßgeblicher Einstufungsgründe, Nichtbeteiligung des Personalrates).<sup>18</sup> Der Sache nach erkennt der Bundesgerichtshof damit auch für die Haushaltsuntreue das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung an.<sup>19</sup> Die Prüfung, ob in einer Stellenbesetzungsentscheidung ein pflichtwidriges Handeln i.S.v. § 266 StGB zu erkennen ist, hat demnach zweistufig zu erfolgen: Auf der ersten Stufe ist die Überschreitung geltenden Haushaltsrechts und auf der zweiten Stufe die Übertretung der strafrechtlich relevanten Schwelle unter Auswertung aller vorhanden Begleitumstände zu prüfen.<sup>20</sup>

#### a) **Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip**

Unter diesen Voraussetzungen kommt als untreuerelevante Pflichtverletzung auch die Verletzung des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzips (§§ 7 BHO, 7 ThürLHO) in Betracht, wonach der Staat nichts verschenken darf. Zwar bilden die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur eine äußere Grenze für den Entfaltungs- und Gestaltungsspielraum aller Hoheitsträger dahingehend, solche Maßnahmen zu verhindern, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar sind.<sup>21</sup> Bei Haushaltsentscheidungen mit

---

<sup>18</sup> BGH NStZ 2016, 600, 602.

<sup>19</sup> *Eidam*, NStZ 2016, 603; *Saliger/Schweiger*, ZG 2018, 16, 22. Anders und nicht überzeugend dagegen *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 136 ff., der dem Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung keine eigenständige Funktion zuschreibt.

<sup>20</sup> Hierzu bereits *Saliger/Schweiger*, ZG 2018, 16 (20).

<sup>21</sup> BGH NStZ 2016, 600, 601 – Oberbürgermeister-Fall; BGH NStZ 2008, 87, 89 – Flutkoordinator-Fall; BGH NStZ-RR 2005, 83, 84 – Abfindungs-Fall; vgl. auch BGH NJW 2016, 2585, 2594 m. Anm. *Saliger/Schweiger* – Nürburgring.



Ermessensspielraum kommt eine Untreue folglich nur bei einem evidenten und schwerwiegenden Verstoß gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, also dann in Betracht, wenn die Pflichtverletzung durch Überschreitung der äußeren Entscheidungsgrenzen gravierend ist.<sup>22</sup> Sind dagegen – wie im Oberbürgermeister-Fall – die weiten Grenzen des Ermessensspielraums nicht tangiert, weil der Spielraum durch konkrete Vorschriften [dort: § 16 TVöD (VKA)] begrenzt ist, sind die Grundsätze zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit allein bei der auf die Vorschrift gestützten Entscheidung zu berücksichtigen.

Das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung beansprucht aber auch bei Haushaltsentscheidungen ohne Ermessensspielraum ausnahmslos Geltung. Auch dort hat also im Anschluss an die Feststellung des Normverstoßes eine wertende Gesamtbetrachtung aller Begleitumstände zu erfolgen.<sup>23</sup> In diesem Zusammenhang stellte der Bundesgerichtshof im Oberbürgermeister-Fall klar, dass die Rechtsfolge einer Ermessensentscheidung für den Täter erst Bedeutung erlangen kann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der zur Entscheidung ermächtigenden Vorschrift erfüllt sind.<sup>24</sup> Bis dahin handelt es sich um reine Rechtsanwendung auf der Tatbestandsseite, mithin eine Entscheidung ohne Ermessensspielraum.

## **b) Grundsatz der Bestenauslese**

Eine untreuetaugliche Pflichtverletzung gemäß § 266 StGB kann ferner in einem Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese (Art.

---

<sup>22</sup> BGH NStZ 2020, 422, 423 unter Verweis auf BGH NJW 2017, 578 – HSH-Nordbank – m. Anm. *Schweiger*, WuB 2017, 294. Ebenso *Rojas*, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, S. 161 f.; *Saliger/Schweiger*, ZG 2018, 16, 20 ff. Ablehnend *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 67 ff.

<sup>23</sup> BGH NStZ 2016, 600, 601 f.

<sup>24</sup> BGH NStZ 2016, 600, 602.

33 Abs. 2 GG), der das beamtenrechtliche Leistungsprinzip konkretisiert,<sup>25</sup> liegen.<sup>26</sup> Einen solchen Verstoß hat das Landgericht Erfurt und ihm folgend der Bundesgerichtshof im Landrats-Fall erkannt.

Dort hatte ein Landrat, ohne das vorherige Auswahlverfahren einzuhalten, ehemalige Wahlkampfshelfer im Wege einer Eilentscheidung eingestellt, obwohl im Haushalt keine Stellen ausgewiesen und die eingestellten Personen für die von ihnen besetzten Stellen auf Grund ihrer Ausbildung, Fachkenntnisse und bisherigen beruflichen Tätigkeit von vornherein nicht geeignet waren.<sup>27</sup> Landgericht und Bundesgerichtshof rügen, dass weder eine leistungs- und eignungsbezogene und damit eine den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügende Personalauswahl stattgefunden hatte noch das vorgegebene Auswahlverfahren eingehalten wurde.<sup>28</sup> Dem Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung trägt der Bundesgerichtshof jedenfalls der Sache nach Rechnung, indem er betont, dass die eingestellten Personen „ersichtlich ungeeignet“ waren und die Fehlbesetzungen „auf der Hand“ lagen oder „offensichtlich“ waren.<sup>29</sup> Beispielsweise ist für den Bundesgerichtshof offensichtlich, dass die Stelle eines Fachdienstleiters zur Abstellung von (angeblichen) Missständen bei der

---

<sup>25</sup> *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 99. EL, Stand September 2022, Art. 33 Rn. 19, 26; *Bickenbach*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 33 Rn. 43. Ausführlich unten § 4 I., II.

<sup>26</sup> *Coenen*, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000, S. 83; *Seier/Lindemann*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 5. Teil Kap. 2, Rn. 122; krit. *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 54 ff.

<sup>27</sup> BGH NStZ-RR 2006, 307; LG Erfurt v. 4.5.2005 – Az. 571 Js 34423/00-1 KLS, Rn. 178 ff. (Wolters Kluwer Online).

<sup>28</sup> LG Erfurt v. 4.5.2005 – Az. 571 Js 34423/00 -1 KLS, Rn. 178 ff. (Wolters Kluwer Online); BGH NStZ-RR 2006, 307.

<sup>29</sup> BGH NStZ-RR 2006, 307; auch SSW-*Saliger*, § 266 Rn. 112, 117.

kommunalen Abfallwirtschaft nicht mit einem gelernten Verkäufer besetzt werden darf.<sup>30</sup>

Vereinzelt wird der für die Untreue notwendige vermögensschützende Charakter von Art. 33 Abs. 2 GG mit dem Argument in Zweifel gezogen, dass Pflichten, die allein öffentliche Interessen schützen, für eine Untreuerelevanz nicht genügen.<sup>31</sup> Diese Auffassung überzeugt nicht. Sie verkennt, dass es zur Wahrung des Vermögensdeliktcharakters der Untreue genügt, dass die verletzte außerstrafrechtliche Rechtsnorm zumindest mittelbar dem Vermögensschutz dient.<sup>32</sup> Entsprechend ist in der Rechtsprechung und überwiegenden Literatur die unordentliche Buchführung als Fallgruppe der Untreue anerkannt, obwohl die Bilanzvorschriften im HGB unmittelbar den Zwecken der Dokumentation, Information und Kapitalerhaltung zum Schutz aktueller und potentieller Gläubiger und nur mittelbar dem Vermögensschutz des Geschäftsherrn dienen.<sup>33</sup> Gleiches gilt für Art. 33 Abs. 2 GG. Zwar bezweckt die Norm unmittelbar die Beförderung des öffentlichen Interesses an der bestmöglichen personellen Ausstattung des öffentlichen Dienstes und die Gewährleistung des fachlichen Niveaus und der rechtlichen Integrität durch die ungeschmälerte Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese.<sup>34</sup> Berücksichtigt man jedoch, dass die auf Art. 33 Abs. 2 GG beruhende, im Beamtenbereich typische Ernennung auf Lebenszeit für die öffentliche Hand dauerhafte Ausgaben mit sich bringt, so kann ein mittelbarer

---

<sup>30</sup> BGH NStZ-RR 2006, 307.

<sup>31</sup> *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 55 ff.

<sup>32</sup> Siehe bereits oben mit Fn. 30.

<sup>33</sup> Vgl. BGH GA 1956, 121, 122; BGHSt 20, 304, 305; 47, 8, 11; 55, 266, 277 f.; *Fischer*, § 266 Rn. 152; *Schönke/Schröder-Perron*, § 266 Rn. 45.

<sup>34</sup> BVerfG v. 26. 11. 2010 – 2 BvR 2435/10, NVwZ 2011, 746 (747); *Badura*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 26.

Vermögensbezug der Regelung nicht in Abrede gestellt werden.<sup>35</sup> Deshalb hat der Bundesgerichtshof im Landrats-Fall auch zu Recht die Annahme einer untreuetauglichen Pflichtverletzung durch die Einstellung nicht qualifizierter Personen bestätigt.<sup>36</sup>

Das gilt umso mehr, als die Rechtsprechung Art. 33 Abs. 2 GG offenbar der Sache nach in Zusammenhang mit dem Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsprinzip stellt und aus beiden Grundsätzen die Verpflichtung ableitet, nicht nur geeignetes, sondern das bestgeeignete Personal einzustellen.<sup>37</sup> Denn der Vermögensbezug des haushaltsrechtlichen Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsprinzips ist unstrittig.

### **c) Reine Formvorschriften und Mitbestimmungsrechte**

Allerdings dürfte nicht jeder haushalts-, dienst- oder beamtenrechtlichen Vorschrift auch eine wenigstens mittelbar vermögensschützende Funktion zukommen. Letztere dürfte etwa reinen Form- oder Fristvorschriften fehlen. Ob das auch für Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte an Personalentscheidungen zutrifft, wird uneinheitlich beurteilt. So wird Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten vereinzelt gar kein vermögensschützender Charakter zugesprochen, weil sie ausschließlich dem Schutz der Belegschaft vor Rechtsverstößen durch den Dienstherrn dienen.<sup>38</sup> Die Rechtsprechung sieht das anders. Das LG Erfurt hat im Landrats-Fall die Einstellungen ohne die

---

<sup>35</sup> Deshalb steht auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Parteienuntreue nicht entgegen, wonach jedenfalls die Pflichten des Parteiengesetzes (nicht aber ihre parteisatzungsmäßigen Entsprechungen) nicht vermögensschützend sein sollen, siehe BGHSt 56, 203, 211, BGH NJW 2013, 153, 154.

<sup>36</sup> BGH NStZ-RR 2006, 307.

<sup>37</sup> So das LG Erfurt v. 4.5.2005 – 571 Js 34423/00-1 KLs, Rn. 179 (Wolters Kluwer Online).

<sup>38</sup> Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 59 ff.

nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 ThürPersVG erforderliche Mitwirkung des Personalrats als weitere untreuetaugliche Pflichtverletzung gewürdigt<sup>39</sup>, was vom Bundesgerichtshof nicht beanstandet worden ist.<sup>40</sup> Im Oberbürgermeister-Fall wertet der Bundesgerichtshof die Nichtbeteiligung des Personalrats als Indiz für die Schwere der Pflichtverletzung.<sup>41</sup>

## **II. Anforderungen an das Merkmal des Vermögensnachteils**

Durch die Pflichtverletzung muss dem Vermögensinhaber ein Vermögensnachteil als Taterfolg zugefügt worden sein.

### **1. Allgemeine Anforderungen: Wirtschaftliche Gesamtsaldierung**

Dies ist immer dann der Fall, wenn der Gesamtwert des Vermögens nach wirtschaftlicher Betrachtung durch die Pflichtverletzung vermindert wird. Das ist anhand eines Vergleichs der Vermögenslagen vor und nach der Pflichtverletzung zu ermitteln. Danach liegt ein Vermögensnachteil vor, wenn dieser Vergleich einen Negativsaldo zulasten des Gesamtvermögens ergibt, wenn also der durch die Untreuehandlung verursachte Vermögensabfluss nicht gleichzeitig durch einen durch dieselbe Handlung bewirkten Vermögenszufluss voll kompensiert wird (Prinzip der Gesamtsaldierung).<sup>42</sup> Dabei genügt für den Untreueerfolg nach ganz herrschender Meinung auch die Herbeiführung einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefahr.<sup>43</sup> Mit dem Verbot der Verschleifung von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil

---

<sup>39</sup> LG Erfurt v. 4.5.2005 –571 Js 34423/00-1 KLs, Rn. 180 ff. (Wolters Kluwer Online).

<sup>40</sup> Vgl. BGH NStZ-RR 2006, 307.

<sup>41</sup> BGH NStZ 2016, 600, 602.

<sup>42</sup> SSW-Saliger, § 266 Rn. 71 ff. m.w.N.

<sup>43</sup> Fischer, § 266 Rn. 150 ff.

hat das Bundesverfassungsgericht auch für den Bereich der Haushaltsuntreue hohe Anforderungen an die Nachteilsfeststellung etabliert und fordert jenseits einfach gelagerter und eindeutiger Fälle eine Bezifferung der Höhe des angenommenen Nachteils sowie eine Darlegung seiner Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Höhe.<sup>44</sup>

## 2. Strafbarkeit materiell zweckwidriger Mittelverwendungen bei der Haushaltsuntreue

Nach diesen Grundsätzen begründet nicht jede verbotswidrige Mittelverwendung einen Nachteil, sondern nur eine solche, die dezidiert wirtschaftlich nachteilig ist. Dies führt aufgrund der Zweckbindung allen öffentlichen Vermögens dazu, dass im Bereich der Haushaltsuntreue allein materiell zweckwidrige, d.h. Mittelverwendungen ohne rechtmäßige Grundlage in einer öffentlichen Aufgabenerfüllung einen relevanten Vermögensnachteil begründen können.<sup>45</sup> Denn rein formell zweckwidrige Mittelausgaben, die bspw. kompetenz-, titel- oder verfahrenswidrig getätigt werden, sind für den Untreuetatbestand in schadensmäßiger Hinsicht solange irrelevant, wie sie der öffentlichen Gesamtaufgabe gewidmet und damit materiell zweckgemäß sind.<sup>46</sup> Dagegen markieren Verwendungen öffentlicher Mittel ohne Kompensation durch eine legitime öffentliche Aufgabenerfüllung materiell zweckwidrige und damit eindeutige Fälle einer strafwürdigen Haushaltsuntreue.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> BVerfG NJW 2010, 3209, 3215; BVerfG NJW 2013, 365, 366.

<sup>45</sup> Beispielhaft BGH NStZ 2015, 220, 222 – Kommunalen Wasserverband.

<sup>46</sup> Um eine reine Titelverfehlung handelt es sich bspw., wenn im Hochschulbetrieb an einem Lehrstuhl Gelder aus dem Titel >>Büromaterial<< für den Kauf von Büchern für die Bibliothek ausgegeben werden, für den es eigentlich den selbständigen Titel >>Bibliotheksbedarf<< gibt.

<sup>47</sup> SSW-Saliger, § 266 Rn. 118; Saliger/Schweiger, ZG 2018, 16 (24 ff.) m.w.N.

Letzteres nimmt die Strafrechtsprechung an, wenn der Leistung eines erhöhten Gehalts keine Gegenleistung gegenübersteht, auf die der Dienstherr in demselben Umfang nicht schon zuvor Anspruch gehabt hat.<sup>48</sup> Allgemein liegt strafbare Haushaltsuntreue vor, wenn aus den zu betreuenden Haushaltsmitteln ohne entsprechende Gegenleistung Zahlungen erfolgen, auf die ersichtlich kein Anspruch bestand.<sup>49</sup> Für die Anstellungsuntreue bedeutet das: Die Einstellung fachlich gänzlich ungeeigneter Personen (Landrat-Fall) stellt ebenso wie die Eingruppierung von Mitarbeitern in überhöhte tarifvertragliche Erfahrungsstufen (Oberbürgermeister-Fall) eine kompensationslose, da außerhalb der hoheitliche Aufgabenerfüllung liegende Mittelverwendung dar, die als materielle Zweckwidrigkeit einen Vermögensnachteil begründet.<sup>50</sup>

### 3. Schadenshöhe

Bezüglich der Höhe des eingetretenen Nachteils hat der Bundesgerichtshof im Landrat-Fall zutreffend entschieden, dass dem betroffenen Landkreis durch die Einstellung nicht qualifizierter Personen auf haushaltsrechtlich gar nicht vorhandene und sachlich überflüssige Stellen – unabhängig von der tatsächlichen Arbeitsleistung der Personen – ein Nachteil in Höhe der gezahlten Bruttovergütungen entstanden ist.<sup>51</sup> Denn der Vermögensnachteil ist bei der wissentlichen Anstellung fachlich ungeeigneten Personals schon darin als Eingehungsschaden zu sehen, dass die Qualität der versprochenen

---

<sup>48</sup> BGH NStZ 2015, 220, 222 – Kommunaler Wasserverband.

<sup>49</sup> BGH NStZ-RR 2005, 83, 84 – Abfindungsfall, dort verneint.

<sup>50</sup> In der Sache ebenso BGH NStZ-RR 2006, 307 – Landrat-Fall; BGH NStZ 2016, 600, 602 – Oberbürgermeister-Fall.

<sup>51</sup> BGH NStZ-RR 2006, 307, dort angewandt auf Angestellte des öffentlichen Dienstes, weil die von den betroffenen Personen zu erfüllenden Aufgaben eine besondere Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit voraussetzten.

Dienstleistung wertmäßig nicht der vereinbarten Vergütung entspricht. Diese zum Erschleichen von Beamtenstellungen entwickelten Kriterien<sup>52</sup> beanspruchen auch bei der (Anstellungs-)Untreue Geltung.<sup>53</sup>

Demgemäß hat der Bundesgerichtshof auch im Oberbürgermeister-Fall den Vermögensnachteil mit Fug in einem Mindestschaden in Höhe der Differenzbeträge zwischen der maximal zulässigen und der tatsächlich bewilligten Erfahrungsstufe sowie den dadurch letztlich veranlassten Mittelabfluss aus dem Haushalt bestimmt.<sup>54</sup>

Zur Schadenshöhe ist zu beachten, dass bei der Anstellungsuntreue der Vermögensnachteil mit jeder Vergütungszahlung auf das rechtswidrig begründete Dienst- oder Arbeitsverhältnis anwächst. Insbesondere vergrößert sich der Vermögensschaden mit Statuswechseln in Gestalt der Entfristung befristeter Arbeitsverhältnisse oder der Lebenszeitverbeamtung von auf Probe begründeten Beamtenstellungen. Das erklärt, warum bei der Anstellungsuntreue hohe Schadenssummen erreicht werden können.

#### **4. Keine Kompensation durch Dienstleistung**

Für eine mögliche Kompensation des Nachteils durch die Arbeitsleistung der eingestellten Person ist bei einem solchen Eingehungsschaden kein Raum. Auf die Arbeitsleistung kann schon deshalb nicht abgestellt werden, weil es für die Beurteilung eines Nachteilseintritts ausschließlich auf den Zeitpunkt der Tathandlung (vgl. § 8 StGB), d.h.

---

<sup>52</sup> S. hierzu bspw. BGH NJW 1978, 2042, 2043; BGHSt 45, 1, 5 ff.

<sup>53</sup> BGH NStZ-RR 2006, 307; *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 150 ff.; *SSW-Saliger*, § 266 Rn. 117 f.; *Seier/Lindemann*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Teil Kap. 2, Rn 354.

<sup>54</sup> BGH NStZ 2016, 600, 602.



die Einstellung, ankommt.<sup>55</sup> Zu diesem Zeitpunkt stand dem Besoldungsanspruch aber ein qualitativ minderwertiges Leistungsversprechen der einzustellenden Person aufgrund deren fehlender Qualifikation gegenüber. Ex-ante gilt ein solcher Beamte für sein Amt als untauglich, selbst wenn er sonst zufriedenstellende dienstliche Leistungen erbringt.<sup>56</sup> Eine dann möglicherweise erwartungswidrig doch vollwertig erbrachte Arbeitsleistung vermag insoweit nur noch eine für die eingetretene Strafbarkeit irrelevante Nachteilswiedergutmachung zu begründen.

Gegen die Anerkennung einer Kompensation spricht schließlich, dass dem öffentlichen Haushalt durch die erbrachte Arbeitsleistung des nichtqualifizierten Personals auch keine Aufwendungen erspart wurden, wenn die Arbeit – was überaus wahrscheinlich ist – durch zur Verfügung stehendes (qualifiziertes) Personal hätte erbracht werden können.<sup>57</sup>

### III. Verjährung

Allgemeine Voraussetzung der Untreuestrafbarkeit ist, dass der Sachverhalt, der Gegenstand eines Untreuevorwurfs ist, nicht verjährt ist. Als Vergehen verjährt die Untreue in 5 Jahren (vgl. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) ab Tatbeendigung (§ 78a StGB). Die Tatbeendigung beginnt bei der Untreue grundsätzlich nach Abschluss der den tatbestandsmäßigen Nachteil begründenden oder ihn verstärkenden Handlungen mit dem Eintritt dieses vom Vorsatz umfassten Nachteils.<sup>58</sup> Das ist beim Eintritt einer schadensgleichen Vermögensgefährdung erst die Realisierung der Gefährdung, also der Eintritt des

---

<sup>55</sup> *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 160 f. m.w.N.

<sup>56</sup> BGHSt 45, 1, 5.

<sup>57</sup> BGH NStZ-RR 2006, 307 – Landrats-Fall.

<sup>58</sup> BGH BeckRS 1988, 31094388, Rn. 9 (= BGH wistra 1989, 97).

Vermögensverlustes.<sup>59</sup> Das bedeutet, dass zunächst jedenfalls alle Pflichtverletzungen, die nach Juni 2018 vorgenommen worden sind, noch nicht verjährt sind.

Darüber hinaus können aber auch Pflichtverletzungen vor Juni 2018 nicht verjährt sein. Denn es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass für den Fall, dass der Vermögensnachteil erst durch verschiedene Ereignisse entsteht oder sich durch sie nach und nach vergrößert, für den Verjährungsbeginn bei der Untreue der Zeitpunkt des letzten Ereignisses maßgebend wird.<sup>60</sup> Insoweit gelten die gleichen Grundsätze entsprechend, die von der Rechtsprechung zur Frage der Verjährung des Betrugs entwickelt wurden.<sup>61</sup> Demgemäß ist zu berücksichtigen, dass sich bei einer Anstellungsuntreue der Vermögensnachteil durch die fortwirkenden Vergütungszahlungen solange vergrößert, wie das rechtswidrig begründete Arbeits- bzw. Dienstverhältnis fortbesteht.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> BGH NStZ 2001, 650; BGH NStZ 2003, 540, 541; BGH NStZ-RR 2018, 178, 179.

<sup>60</sup> BGH BeckRS 1988, 31094388, Rn. 9 (= BGH wistra 1989, 97); BGH NStZ 2001, 650; BGH NStZ 2003, 540, 541; *Fischer*, § 78a Rn. 9; *SSW/Saliger*, § 266 Rn. 132.

<sup>61</sup> BGH BeckRS 1988, 31094388, Rn. 9 (= BGH wistra 1989, 97).

<sup>62</sup> Vgl. für die herrschende Lehre beim Anstellungsbetrug *Fischer*, § 78a Rn. 9 und § 263 Rn. 201; *Schönke/Schröder-Perron*, § 263 Rn. 193; *MR-Saliger*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 299 und *NK-Saliger*, StGB, 6. Aufl. 2023, § 78a Rn. 12. Soweit der BGH in einer frühen Entscheidung zum Anstellungsbetrug bereits auf die Erschleichung des Anstellungsvertrages als Verjährungsbeginn abgestellt hat (BGHSt 22, 38, 39 ff.; ebenso LK/*Tiedemann*, § 263 Rn. 275; offen gelassen in der anderslautenden Entscheidung zum Rentenbetrug BGHSt 27, 342, 343), spielen die dafür maßgeblichen Gesichtspunkte der nachfolgenden Gehaltszahlungen als bloße Nachwirkung des mit der Anstellung vollendeten Betruges (BGHSt 22, 38, 39) bzw. der nicht im Betrugstatbestand enthaltenen Hoffnung des Täters auf künftige Gehaltszahlung (BGHSt 22, 38, 41) bei der Anstellungsuntreue mit der fortwirkenden Pflichtverletzung durch die Anstellungsseite keine Rolle.

#### **IV. Zusammenfassung**

Die Analyse der Rechtslage zur strafbaren Untreue durch Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst hat mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung ergeben, dass dessen Prüfung zweistufig zu erfolgen hat: In einem ersten Schritt muss der Verstoß gegen eine haushalts-, dienst- oder beamtenrechtliche Vorschrift mit mittelbar vermögensschützendem Charakter festgestellt werden, bevor in einem zweiten Schritt aufgrund einer wertenden Gesamtbeurteilung zu prüfen ist, ob der Verstoß auch zu einer strafrechtlich als gravierend einzustufenden Pflichtverletzung geführt hat. Unter diesen Voraussetzungen kommen u.a. sowohl Verstöße gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 ThürLHO) als auch gegen das Prinzip der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) als untreuetaugliche Pflichtverletzungen in Betracht, nicht dagegen Verstöße gegen reine Formvorschriften.

Mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils ist festzuhalten, dass nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung und unter Berücksichtigung der stark formalisierten Zweckbindung des öffentlichen Vermögens allein materielle zweckwidrige, d.h. Mittelverwendungen ohne rechtmäßige öffentliche Zweckerfüllung einen relevanten Vermögensnachteil begründen können. Hierzu zählt beispielsweise die bewusste Einstellung fachlich ungeeigneten Personals oder die falsche Eingruppierung von Mitarbeitern in zu hohe tarifvertragliche Erfahrungsstufen. Ein Vermögensnachteil besteht dann in Höhe der insgesamt ausgezahlten Bruttovergütungen bzw. der Höhe der Differenzbeträge zwischen maximal zulässiger und tatsächlich bewilligter Erfahrungsstufe. Eine denkbare Nachteilskompensation durch tatsächlich geleistete Arbeit findet keine Berücksichtigung, weil sie eine bloß nachträgliche, für die Nachteilsbestimmung irrelevante Wiedergutmachung markiert.

## **§ 4 Die Einstellungspraxis bei den Staatssekretären in Thüringen**

Die strafrechtliche Würdigung der Einstellungspraxis der Thüringer Landesregierung bei den Staatssekretären erfolgt zweistufig: In einem ersten Schritt werden die öffentlich-rechtlichen Vorfragen der Einstellung behandelt (I.). Anschließend sind die Grundsätze zur Haushaltsuntreue auf ausgewählte Einzelfälle anzuwenden (II.).

### **I. Öffentlich-rechtliche Vorfragen der Einstellung**

Die öffentlich-rechtlichen Vorfragen der Einstellung von Staatssekretären in Thüringen betreffen das Verfassungsrecht und das Thüringische Beamtenrecht. Sie lassen sich in die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Status der Staatssekretäre als politische Beamte, welche in die Auslegung der einfachgesetzlichen Normen ausstrahlt, sowie in die drei Bereiche Laufbahnbefähigung, Bestenauslese und Einstellungsamt untergliedern.

#### **1. Staatssekretäre als politische Beamte**

Staatssekretäre gehören in Thüringen, ohne dass der Begriff dort genannt wird, zu den politischen Beamten im Sinne von § 27 Abs. 1 Nr. 1 Thüringer Beamtengesetz (ThürBG).<sup>63</sup> Politische Beamte sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Beamte, die nach der Art ihrer Aufgaben in besonderer Weise des politischen Vertrauens der Staatsführung bedürfen und daher, wie das auch § 30 Abs. 1 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) zum Ausdruck bringt, in fortwährender Übereinstimmung mit den grundsätzlichen

---

<sup>63</sup> Für die Zeit vor 2015 § 48 Abs. 1 Nr. 1 ThürBG.

politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen.<sup>64</sup> Es handelt es sich um sogenannte Transformationsämter, zu deren Aufgaben die Umwandlung der politischen Vorgaben in gesetzeskonformes und rechtsstaatliches Verwaltungshandeln gehört.<sup>65</sup> Die fortdauernde politische Übereinstimmung mit Auffassung und Zielsetzung weisungsberechtigter und demokratisch gewählter Organe des Staates wertet das Bundesverfassungsgericht als konstitutives und unerlässliches Element des politischen Beamten.<sup>66</sup>

Mit diesen Besonderheiten weicht der Status des politischen Beamten in mehrfacher Hinsicht vom traditionellen Bild des Beamten ab. Die wichtigste Ausnahme besteht hinsichtlich des Lebenszeitprinzips als hergebrachtem Grundsatz und Strukturprinzip des Berufsbeamtentums.<sup>67</sup> Obwohl sie Beamte auf Lebenszeit sind, können politische Beamte ohne Angabe von Gründen jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden (vgl. § 30 Abs. 1 BeamStG; § 27 Abs. 1 Nr. 1 ThürBG für Staatssekretäre), wobei die Versorgung günstiger gestaltet ist als bei einem endgültigen Ruhestand.<sup>68</sup> Zudem gilt für politische Beamte aufgrund ihrer Loyalitätspflicht gegenüber der Regierung die allgemeine Pflicht zu parteipolitischer Neutralität (§ 33 Abs. 1 BeamStG) nur eingeschränkt.<sup>69</sup> Insbesondere hat der politische Beamte die Politik der Regierung aktiv und wirksam zu unterstützen, wofür er jederzeit deren vollen Vertrauens in seine entsprechende

---

<sup>64</sup> BVerfGE 7, 155, 166; BVerfG, NVwZ 2008, 873, 875 Rn. 76; BVerfGE 149, 1, 21 Rn. 43.

<sup>65</sup> BVerfG NVwZ 2008, 873, 875 Rn. 76; BVerfGE 149, 1, 21 Rn. 43; *von der Weiden*, jurisPR-BVerwG 3/2017 Anm. 5.

<sup>66</sup> BVerfG NVwZ 2008, 873, 875 Rn. 76; BVerfGE 149, 1, 21 Rn. 43; *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745, 1747.

<sup>67</sup> BVerfG NVwZ 2008, 873, 874 Rn. 66; BVerfGE 149, 1, 17 Rn. 35.

<sup>68</sup> BVerfGE 7, 155, 166 f.; BVerfG NVwZ 2008, 873, 875 Rn. 76; BVerfGE 149, 1, 20 f. Rn. 42.

<sup>69</sup> *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 8/2021, 177; *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745, 1747.

Bereitschaft und Fähigkeit hierzu bedarf.<sup>70</sup> Wegen der jederzeitigen Versetzbarkeit in den einstweiligen Ruhestand sollte es sich bei der Mehrzahl der politischen Beamten daher um vielseitig verwendbare Laufbahnbeamte handeln.<sup>71</sup>

Die Thüringer Landesregierung ist der Ansicht, dass die Rechtsfigur des politischen Beamten ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG und deshalb ein Gut von Verfassungsrang ist, das mit dem Prinzip der Bestenauslese in Art. 33 Abs. 2 GG in Konkurrenz treten könne.<sup>72</sup> Diese Ansicht ist rechtsirrig.<sup>73</sup> Soweit sich die Landesregierung auf die Entscheidung BVerfGE 7, 155, 166 f. beruft, findet sich dort kein Beleg für die These. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet lediglich – zu Recht – die Möglichkeit, den politischen Beamten jederzeit in den Ruhestand zu versetzen, als „hergebrachten Grundsatz“.<sup>74</sup>

Dass das Bundesverfassungsgericht wie auch andere Gerichte den politischen Beamten nicht als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums ansehen, ergibt sich schon daraus, dass für sie der politische Beamte das Lebenszeitprinzip als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 5 GG durchbricht und

---

<sup>70</sup> OVG Koblenz NVwZ-RR 2003, 133. Zu den Grenzen der Einschränkung und damit der grundsätzlichen Geltung der Neutralitätspflicht auch gegenüber politischen Beamten *Reich*, *BeamStG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 3; *Mitteilung des Thüringer Rechnungshofs über die Prüfung „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden, Teil II“ (Staatssekretäre) vom 10. März 2023*, S. 12.

<sup>71</sup> Vgl. BVerfGE 7, 155 (169) noch zu der alten Regelung zu einem „Wartestand“.

<sup>72</sup> *Stellungnahme der Thüringer Staatskanzlei zum Entwurf des Prüfberichts Teil II (Staatssekretäre) vom 9. September 2022*, S. 2 f.

<sup>73</sup> Ebenso ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 5 f.

<sup>74</sup> BVerfGE 7, 155, 166 f.; vgl. auch BVerfGE 8, 332, 349 f.; zutreffend *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745, 1747. Unrichtig daher auch unter Berufung auf diese Entscheidung die Behauptungen von *Steinbach*, *VerwArch* 2018, 2, 3 oder *Lindner*, ZBR 2011, 150.

der Rechtsfigur daher ein eng zu bestimmender Ausnahmecharakter zukommt.<sup>75</sup> Bestimmt man aber mit der Rechtsprechung die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als Kernbestand von Strukturprinzipien (z.B. Lebenszeitverbeamtung), deren Abschaffung das Wesen des Beamtentums antasten würde<sup>76</sup>, so kann der politische Beamte als eng begrenzte Ausnahme von diesem Kernbestand kaum zum selben Kernbestand gehören. Das gilt umso mehr, als die politischen Beamten für das Bundesverfassungsgericht eine „atypische Sonderstellung“ einnehmen<sup>77</sup> und der Landesgesetzgeber auf politische Beamte auch ganz verzichten kann, wie etwa in Bayern geschehen. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Praxis der Besetzung von politischen Beamtenpositionen in Deutschland, insbesondere von Staatssekretären, seit Jahrzehnten unter dem Vorwurf der Ämterpatronage kritisiert wird.<sup>78</sup> Von daher ist schon hier gegen die Ansicht der Thüringer Landesregierung darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht wie die einhellige Rechtswissenschaft die Bestenauslese als Gut von Verfassungsrang gemäß Art. 33 Abs. 2 GG uneingeschränkt auf die Einstellung von politischen Beamten anwendet (näher unten § 4 I. 3.).<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> BVerfG NVwZ 2008, 873, 875 Rn. 76; BVerfGE 149, 1, 21 Rn. 43; BVerwG BeckRS 2016, 54101, Rn. 56 (= BVerwGE 155, 300); OVG Koblenz NVwZ-RR 2003, 133.

<sup>76</sup> BVerfGE 117, 330 (344 f.); BVerfGE 149, 1, 17 f. Rn. 35 f.; BVerwG BeckRS 2016, 54101, Rn. 44, 47.

<sup>77</sup> BVerfGE 149, 1, 21 Rn. 42.

<sup>78</sup> Vgl. nur *Schmidt/Hieber*, NJW 1989, 558; *Schmidt/Hieber*, NJW 1992, 1790; *Franz*, DÖD, 1999, 49; *ders.*, ZBR 2008, 236; *ders.*, DÖV 2009, 1141; *Lindner*, ZBR 2011, 150, 155; *v. Arnim*, DVBl. 2021, 481.

<sup>79</sup> BVerwGE 128, 329, 333 f. Rn. 45 [zu § 50 SG]; zum gleichen Fall BVerwGE 133, 1, 4; *von Arnim*, DVBl. 2021, 481, 483; *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177, 178; *Franz*, DÖV 2009, 1141; *ders.*, ZBR 2008, 236 ff.; *ders.*, DÖD 1999, 49, 51; *Koch*, in: Plog/Wiedow (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, EL 451, Stand April 2023, § 54 BBG Rn. 9; *Kugele*, ZBR 2007, 109, 110; *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745, 1747 f.; *Steinbach*, VerwArch 2018, 2, 14 f.

## 2. Laufbahnbefähigung

Die Ernennung politischer Beamter beurteilt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 7 ff. BeamtStG.<sup>80</sup> Dabei liegt dem Beamtenrecht der Gedanke zugrunde, dass jedes statusrechtliche Amt einer Laufbahn zugeordnet ist. Auch die in Thüringen zu besetzenden politischen Ämter einschließlich der Staatssekretäre unterfallen daher dem Geltungsbereich des Thüringer Laufbahngesetzes (§ 1 Abs. 1 ThürLaufbG).<sup>81</sup> Insbesondere werden die Staatssekretäre in keiner der Geltungsausnahmen erwähnt (vgl. § 1 Abs. 2, 3 ThürLaufbG).

Nach § 9 Abs. 1 ThürLaufbG umfasst eine Laufbahn alle Ämter derselben Fachrichtung (dazu § 9 Abs. 2 ThürLaufbG) und Laufbahngruppe (mittlerer, gehobener und höherer Dienst). Die Zugehörigkeit zu einer Laufbahngruppe richtet sich nach der für die Laufbahn erforderlichen Vor- und Ausbildung. Der Staatssekretär ist in die Laufbahn des höheren Dienstes einzustufen mit der Folge, dass sein Eingangssamt A 13 ist (vgl. § 20 Nr. 4 ThürBesG). Das Amt des Staatssekretärs stellt damit das höchste Beförderungssamt der Laufbahngruppe des höheren Dienstes dar (Besoldung B9). Soweit die Thüringer Landesregierung meint, das Amt des Staatssekretärs stelle kein echtes Beförderungssamt in der Gruppe dar<sup>82</sup>, ist dem nicht zu folgen. Die Rechtsprechung hat bereits entschieden, dass das Besoldungsrecht für Staatssekretäre in Thüringen weder die Einrichtung eines herausgehobenen Eingangsamtes noch eine Ausgestaltung dieser Ämter als Eingangs- bzw. Einzelamt vorsieht.<sup>83</sup> Bei dem Amt des Staatssekretärs handelt es sich folglich um ein echtes Beförderungssamt.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177, 178.

<sup>81</sup> Vgl. ThürOVG BeckRS 2003, 18699, Rn. 68; *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177, 179.

<sup>82</sup> Staatskanzlei Freistaat Thüringen (Fn. 72), S. 7.

<sup>83</sup> Vgl. ThürOVG BeckRS 2003, 18699, Rn. 90.

<sup>84</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 22.



Beamte benötigen zur Einstellung die nach Landesrecht vorgeschriebene Befähigung (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG, § 8 Abs. 1 ThürLaufbG). Dafür ist die sogenannte Regellaufbahnbefähigung vorgesehen (Regelfall). § 11 Abs. 1 Nr. 1 ThürLaufbG bestimmt den Erwerb der Laufbahnbefähigung (grundsätzlich durch Durchlaufen eines Vorbereitungsdienstes und dann Aufstieg). Für Staatssekretäre als Beamte des höheren Dienstes stellt § 10 Abs. 3 ThürLaufbG die entsprechenden Voraussetzungen auf (Master oder Hochschulabschluss plus mit Prüfung abgeschlossener Vorbereitungsdienst oder hauptberufliche Tätigkeit gemäß § 23 Abs. 1 ThürLaufbG<sup>85</sup>).

Alternativ zu § 10 ThürLaufbG kommt ein Erwerb von Zugangsvoraussetzungen auch als Anerkennung der Laufbahnbefähigung gemäß § 26 ThürLaufbG als anderer Bewerber in Betracht. Nach dieser seit 2015 geltenden Vorschrift kann eingestellt werden, wer, ohne die Zugangsvoraussetzungen des § 10 ThürLaufbG zu erfüllen, durch Lebens- und Berufserfahrung innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Dienstes befähigt ist, die Aufgaben der angestrebten Laufbahn wahrzunehmen. Die Anerkennung laufbahnqualifizierender Berufs- und Lebenserfahrung obliegt bei politischen Beamten abweichend von § 12 Abs. 3 ThürLaufbG (Landespersonalausschuss = LPA) der Landesregierung gemäß § 50 Abs. 5 ThürLaufbG.<sup>86</sup> Zur Anerkennung bedarf es nach § 26 Abs. 4 ThürLaufbG eines in einem formalisierten Verfahren zu erbringenden Nachweises über die Befähigung, die Aufgaben der zukünftigen Laufbahn wahrnehmen zu können. Dieser Nachweis ist, wie sich aus der Gesetzesbegründung

---

<sup>85</sup> Ausnahme § 10 Abs. 3 S. 2 ThürLaufbG.

<sup>86</sup> Dazu *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177, 180.

ergibt, im Rahmen einer Prüfung zu erbringen.<sup>87</sup> Aus der Gesetzesbegründung folgt weiter, dass die Landesregierung ein Verfahren zur Feststellung der Befähigung regeln muss. Denn wenn der Gesetzgeber jenseits politischer Beamter den LPA zu Festlegungen über die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens zur Befähigungsfeststellung auffordert<sup>88</sup>, muss Entsprechendes für die „Prüfung“ der Landesregierung gelten. Namentlich ersetzt entgegen der Landesregierung<sup>89</sup> eine vorbereitende Feststellung der personalführenden Stelle keine eigenständige Prüfung und Entscheidung der Landesregierung.<sup>90</sup>

Entgegen der Auffassung der Landesregierung<sup>91</sup> umfasst die Laufbahnanerkennung nach § 26 ThürLaufbG auch die Frage der Fachrichtung (in § 9 Abs. 2 ThürLaufbG aufgezählt).<sup>92</sup> Denn eine Laufbahn umfasst alle Ämter derselben Fachrichtung und derselben Laufbahngruppe (vgl. § 9 Abs. 1, 2 ThürLaufbG, also z.B. nichttechnischer Verwaltungsdienst = Fachrichtung; im höheren Dienst = Laufbahngruppe). Schließlich muss gemäß § 26 Abs. 2 ThürLaufbG geprüft werden, ob andere geeignete Laufbahnbewerber vorhanden sind, die einen „anderen Bewerber“ ausschließen (Subsidiarität von § 26 ThürLaufbG).

### **3. Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG)**

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Diese Trias konkretisiert das Leistungsprinzip mit

---

<sup>87</sup> LT-Drs. 5/7453, S. 210.

<sup>88</sup> LT-Drs. 5/7453, S. 210.

<sup>89</sup> Vgl. Staatskanzlei Freistaat Thüringen (Fn. 72), S. 9.

<sup>90</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 17 ff.

<sup>91</sup> Staatskanzlei Freistaat Thüringen (Fn. 72), S. 8.

<sup>92</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 17 ff.

dem Ziel der Bestenauslese für Einstellungen und Personalentscheidungen bei öffentlichen Ämtern.<sup>93</sup> Die Bestenauslese dient dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes zur Gewährleistung des fachlichen Niveaus, der rechtlichen Integrität und auch der Akzeptanz des öffentlichen Dienstes.<sup>94</sup> Das Leistungsprinzip als tragendes Strukturprinzip<sup>95</sup> des deutschen Beamtenrechts gilt mangels Sonderregelung auch für die Einstellung politischer Beamter.<sup>96</sup> Insoweit besteht Konsens zwischen der Landesregierung und dem Thüringer Rechnungshof.<sup>97</sup>

Sehr streitig ist dagegen, wie das Verhältnis zwischen der Bestenauslese und der politischen Übereinstimmung des Bewerbers als Auswahlkriterium zu bestimmen ist. Die Landesregierung ist der Auffassung, dass der Verfassungsrang der Rechtsfigur des politischen Beamten in Konkurrenz zum Verfassungsgrundsatz der Bestenauslese trete und ihn im Wege praktischer Konkordanz verfahrensmäßig und materiell modifiziere. So zeige der Dispens vom Erfordernis einer Ausschreibung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ThürLaufbG, dass das politische Vertrauen in verfahrensmäßiger Hinsicht das konstitutive und vorrangliche Auswahlkriterium markiere, das zur Belanglosigkeit von Leistung, Befähigung und Eignung führe, solange es nicht gegeben sei. Auch materiell werde der Grundsatz der Bestenauslese einge-

---

<sup>93</sup> *Bickenbach*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 43.

<sup>94</sup> *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Art. 33 Rn. 25 f.

<sup>95</sup> *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745 unter Rekurs auf *Schmidt-Aßmann*, NJW 1980, 16.

<sup>96</sup> BVerwGE 128, 329 (333 f. Rn. 45) [zu § 50 SG]; zum gleichen Fall BVerwGE 133, 1 (4); *von Arnim*, DVBl. 2021, 481, 483; *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177, 178; *Franz*, DÖV 2009, 1141; *ders.*, ZBR 2008, 236 ff.; *ders.*, DÖD 1999, 49, 51; *Koch*, in: Plog/Wiedow (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, § 54 BBG Rn. 9; *Kugele*, ZBR 2007, 109, 110; *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745, 1747 f.; *Steinbach*, VerwArch 2018, 2, 14 f.

<sup>97</sup> Vgl. Staatskanzlei Freistaat Thüringen (Fn. 72), S. 3 f.; ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 29 ff.

schränkt. Die fortdauernde politische Übereinstimmung mit der Regierung bilde den entscheidenden Einstellungsgesichtspunkt, der zumindest bei gleicher persönlicher Eignung der Bewerber den Ausschlag gebe.<sup>98</sup> Demgegenüber hält der Thüringer Rechnungshof an der uneingeschränkten Geltung des Verfassungsgrundsatzes der Bestenauslese auch bei politischen Beamten fest. Die Auswahl erfolge daher in erster Linie nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, während politische Überzeugungen erst auf einer zweiten Stufe Relevanz entfalten.<sup>99</sup>

Richtigerweise gilt der Grundsatz der Bestenauslese auch bei der Einstellung von politischen Beamten uneingeschränkt. Zunächst trägt der Rekurs auf die Befreiung von der Ausschreibungspflicht für politische Beamte die Einschränkung der Bestenauslese nicht. Denn der Gesetzgeber hat in der Begründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 ThürLaufbG klargestellt, dass der Dispens von der Ausschreibungspflicht nicht vom Leistungsgrundsatz entbindet und eine Auswahl auch in diesen Fällen nach Eignung, fachlicher Leistung und Befähigung gefordert.<sup>100</sup>

Die von der Landesregierung angeführten Nachweise<sup>101</sup> stützen ihre Auslegung bei näherem Hinsehen nicht. Zwar wird in der zitierten Entscheidung des OVG Münster dem politischen Vertrauen die Bedeutung eines vorgeschalteten konstitutiven Auswahlkriteriums zugesprochen.<sup>102</sup> Jedoch warnt das Gericht vor der damit verbundenen Gefahr der Politisierung und Entprofessionalisierung der betroffenen

---

<sup>98</sup> Staatskanzlei Freistaat Thüringen (Fn. 72), S. 4 ff.

<sup>99</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 5, 14, 29 ff.

<sup>100</sup> LT-Drs. 5/7453, S. 186.

<sup>101</sup> Staatskanzlei Freistaat Thüringen (Fn. 72), S. 5 Fn. 23.

<sup>102</sup> OVG Münster BeckRS 2021, 46886, Rn. 127.

Ämter. Deshalb weist es explizit auf die höchstrichterliche Rechtsprechung hin, wonach „der Vergleich der Bewerber im Rahmen einer Auswahlentscheidung vor allem anhand dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen hat“.<sup>103</sup> Auch Bracher räumt ein, dass im Einzelfall Vertrauensgesichtspunkte eine größere Rolle zu gewinnen vermögen, betont zugleich aber die Verpflichtung des Dienstherrn, auch andere, leistungsbezogene Gesichtspunkte einzubeziehen.<sup>104</sup> Franz schließlich bezeichnet die ausnahmslose Geltung auch des Leistungsprinzips für die Ernennung von Staatssekretären als unzweifelhaft.<sup>105</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb schon 2007 ausgesprochen, dass auch bei der Besetzung politischer Dienstposten die Gebote der Auswahl nach Eignung, Befähigung und Leistung nicht außer Kraft gesetzt sind. Insbesondere vermögen Vorschriften zur Versetzung politischer Beamte in den einstweiligen Ruhestand nicht einen Dispens von der Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese zugunsten der alternativen Orientierung an politische Zweckmäßigkeitserwägung zu tragen. Denn „objektive Defizite hinsichtlich der an Eignung, Befähigung und Leistung zu stellenden Anforderungen können nicht durch „politisches Vertrauen“ kompensiert werden“.<sup>106</sup>

Auch in der Wissenschaft wird ganz überwiegend die uneingeschränkte Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG befürwortet.<sup>107</sup> Ein verfassungsrechtlicher Konflikt mit dem

---

<sup>103</sup> OVG Münster BeckRS 2021, 46886, Rn. 128.

<sup>104</sup> Bracher, DVBl. 2001, 19, 21.

<sup>105</sup> Franz, ZBR 2008, 236, 238.

<sup>106</sup> BVerwGE 128, 329 (333 f. Rn. 45) [zu § 50 SG]; zum gleichen Fall BVerwGE 133, 1 (4).

<sup>107</sup> Von Arnim, DVBl. 2021, 481, 483; Brandstädt/Zahn, ThürVBl. 2021, 177, 178; Franz, DÖV 2009, 1141; *ders.*, ZBR 2008, 236 ff.; *ders.*, DÖD 1999, 49, 51; Koch, in: Plog/Wiedow (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, § 54 BBG Rn. 9; Kugele, ZBR 2007, 109, 110; Neuhäuser, NVwZ 2018, 1745, 1747 f.; Steinbach, VerwArch 2018, 2, 14 f.

Status des politischen Beamten ist entgegen der Landesregierung schon deshalb nicht zu besorgen, weil die Rechtsfigur des politischen Beamten keinen Verfassungsrang besitzt.<sup>108</sup> Die Übereinstimmung des Beamten mit der grundsätzlichen politischen Linie der Regierung darf deshalb nur zusätzlich berücksichtigt werden.<sup>109</sup> Das besondere Vertrauen der politischen Führung in diese Ämter ist zwar zusätzlich erforderlich, kann die fachliche Qualifikation aber nicht überlagern oder ersetzen.<sup>110</sup> Nur so kann gewährleistet werden, dass die fortdauernde politische Übereinstimmung mit der Regierung als zulässiges zusätzliches Auswahlkriterium (vgl. § 30 Abs. 1 BeamtStG) nicht durch eine fortdauernde politische Übereinstimmung mit Parteien oder einzelnen Ministern ersetzt wird.<sup>111</sup>

#### 4. Staatssekretär als Einstellungsamt

Auch bei Staatssekretären kommt als Laufbahnamt<sup>112</sup> eine Einstellung grundsätzlich zunächst nur im Eingangsamt in Betracht (§ 28 Abs. 1 ThürLaufbG), bei Laufbahnen im höheren Dienst ist das A13 (vgl. § 20 Nr. 4 ThürBesG). Jedoch ist eine Einstellung im höheren Amt als dem Eingangsamt unter den Ausnahmetatbeständen<sup>113</sup> des § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG möglich, um die Einstellung von Bewerber-

---

<sup>108</sup> Dazu oben § 4 I. 1.

<sup>109</sup> BVerwG v. 15.02.1990 zur Berücksichtigung der Schwerbehinderteneigenschaft von Soldaten, BVerwGE 86, 244, 249 f.; *Bracher*, DVBl 2001, 19, 20 m.w.N.; *Neuhäuser*, NVwZ 2018, 1745, 1748; *Steinbach*, VerwArch 2018, 2, 15; Thür/Rechnungshof (Fn. 85), S. 6, 31 ff. A.A. wohl *Hebeler*, Verwaltungspersonal. Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Strukturierung, Baden-Baden, 2008, S. 139.

<sup>110</sup> *Koch*, in: Plog/Wiedow, BBG-Kommentar, § 54 Rn. 9; *von Arnim*, DVBl 2021, 481, 483.

<sup>111</sup> Zu dieser Gefahr ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 30.

<sup>112</sup> Dazu oben § 4 I. 2.

<sup>113</sup> LT-Drs. 5/7453, S. 210.

bern mit langjähriger beruflicher Erfahrung und sonstigen Qualifikationen im ersten Beförderungsamte zu erleichtern.<sup>114</sup> Ausnahmetatbestände sind die Gleichwertigkeit der beruflichen Erfahrung ihrer Art und Bedeutung nach (etwa Fachrichtung, Schwierigkeit, Dauer) mit dem angestrebten Amte der Laufbahn (§ 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ThürLaufbG)<sup>115</sup> und der Nachweis einer besonderen persönlichen und fachlichen Befähigung durch förderliche Zusatzqualifikationen für das angestrebte Amte der Laufbahn (§ 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ThürLaufbG).<sup>116</sup> § 28 Abs. 3 ThürLaufbG eröffnet sogar die Möglichkeit zu einer Einstellung in einem höheren als dem ersten Amte über dem Eingangsamte, sofern die Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen und der LPA zustimmt. Für Staatssekretäre als politische Beamte ist die Entscheidung der Landesregierung erforderlich (§ 50 Abs. 5 ThürLaufbG).

Seit dem 1.1.2015 ist weitere Voraussetzung für die Ausnahme vom Regeleingangsamte, dass das höhere Amte nach dem individuellen fiktiven Werdegang hätte erreicht werden können (§ 28 Abs. 2 S. 1 ThürLaufbG am Ende).<sup>117</sup> Die Voraussetzung entspricht dem Grundsatz einer stufenweisen Bewährung für höhere Ämter im Berufsbeamtentum<sup>118</sup> und konkretisiert den Leistungsgrundsatz aus Art. 33 Abs. 2 GG. Dieses neue Erfordernis stellt allerdings vor das Problem, dass das Amte des Staatssekretärs mit der Besoldungsgruppe B 9 als

---

<sup>114</sup> LT-Drs. 5/7453, S. 210.

<sup>115</sup> Vgl. hierzu LT-Drs. 5/7453, S. 211; ferner die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Bundeslaufbahnverordnung GMBI. 2017, Nr. 54/55, S. 986 zu § 25 (Art. 1).

<sup>116</sup> Näher LT-Drs. 5/7453, S. 211: zusätzlicher Studienabschluss oder Qualifizierungsmaßnahme mit staatlich anerkanntem Abschluss; GMBI. 2017, Nr. 54/55, S. 986, § 25 (Art. 2), dort Habilitation als Beispiel.

<sup>117</sup> Zur alten Rechtslage ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 22 f.

<sup>118</sup> Entspricht auch dem Laufbahnprinzip und der Erfahrung der Verwaltungspraxis, vgl. *Lemhöfer*, in: Plog/Wiedow (Hrsg.), Bundesbeamtenengesetz, EL 451, Stand April 2023, § 20 BBG Rn. 3.

Endamt des höheren Dienstes ausgestaltet ist<sup>119</sup>, weshalb für eine direkte Einstufung in B 9 die Voraussetzungen von § 28 Abs. 2 ThürLaufbG vorliegen müssen.

Zur Lösung des Problems und zur Rechtfertigung ihrer Einstellungspraxis meint die Landesregierung, dass die Einstellungs voraussetzung des „individuellen fiktiven Werdegangs“ bei politischen Beamten mit Blick auf dessen Verfassungsrang nach Art. 33 Abs. 5 GG statusamtsbezogen ausgelegt werden dürfe. Da das Amt des Staatssekretärs normativ mit B 9 als Endamt bewertet sei, komme eine Ernennung in einem niedrigeren Amt nicht in Betracht, weshalb das Ermessen auf Null reduziert sei.

Diese Rechtsauffassung ist wegen offenkundiger Gesetzeswidrigkeit nicht haltbar.<sup>120</sup> Schon der Ausgangspunkt, dass die Rechtsfigur des politischen Beamten Verfassungsrang hat, ist zurückgewiesen worden.<sup>121</sup> Deshalb kann das einfache Gesetzesrecht nicht verfassungsrechtlich durch eine statusamtsbezogene Auslegung überformt werden. Zudem ist § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG eindeutig. In der Gesetzesbegründung heißt es entsprechend, dass der fiktive Werdegang förmlich nachzuzeichnen ist und erst dann eine wertende Betrachtung mit Ermessensentscheidung greift.<sup>122</sup> Für die von der Landesregierung vorgenommene Auslegung ist also gar kein Raum.<sup>123</sup> Erst recht ist kein Platz für die Annahme einer Ermessensreduzierung auf Null in Richtung einer Ersteinstellung von Personen im Endamt Staatssekretär. Denn eine Ermessensreduzierung auf Null kommt

---

<sup>119</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 5, 22 unter Verweis auf ThürOVG, Urt. V. 31.03.2003 – Az. 2 KO 548/01, Rn. 87 (= BeckRS 2003, 18699).

<sup>120</sup> Ebenso ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 21 ff.

<sup>121</sup> Oben § 4 I. 1.

<sup>122</sup> LT-Drs. 5/7453, S. 210 f.

<sup>123</sup> Vgl. auch *Brandstädt/Zahn*, ThürVBl. 2021, 177, 180, die keinen Auslegungsspielraum ansprechen.



erst in Betracht, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen einer Vorschrift erfüllt sind. Davon geht auch der Gesetzgeber aus, der in der Gesetzesbegründung klar zwischen Tatbestandsvoraussetzung (fiktiver Werdegang) und Ermessensentscheidung trennt.<sup>124</sup>

Für die uneingeschränkte Geltung der Voraussetzung des fiktiven Werdegangs auch bei Staatssekretären spricht schließlich die Systematik. Soweit der Landesgesetzgeber auf die Besonderheiten politischer Beamter wie Staatssekretäre im ThürLaufbG Rücksicht nehmen wollte, hat er dies durch Sonderregelungen getan, wie § 3 Abs. 2 Nr. 1 (Befreiung von Ausschreibungspflicht) oder § 50 Abs. 5 ThürLaufbG (Zuständigkeit der Landesregierung an Stelle des LPA). Bei § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG fehlt eine Sonderregel. Andere Bundesländer wie etwa Hessen haben hier für Staatssekretäre weitgehende Ausnahmen vom normalen Laufbahnrecht eingeführt (vgl. §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2, 20 Abs. 1 HBG).<sup>125</sup> Die Thüringer Landesregierung kann sich solche (fehlenden) Sonderregelungen nicht durch die schlichte Nichtanwendung vorhandener Gesetze im Wege der Auslegung schaffen. Auch eine mögliche Gesetzesänderung des § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG, wie von der Landesregierung angeregt, würde die Rechtswidrigkeit nicht aufheben, weil sie erst nachträglich und dann ex nunc wirken kann.

Die demnach auch bei Staatssekretären unabdingbare Prüfung des individuellen fiktiven Werdegangs erfordert einen zeitlichen Vergleich mit dem individuellen fiktiven Werdegang, „den der Bewerber hätte nehmen müssen, um durch die sonst geforderte Vor- und Ausbildung

---

<sup>124</sup> Vgl. LT-Drs. 5/7453, S. 210 f.

<sup>125</sup> Vgl. auch die §§ 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 37 MV-LBG; §§ 18 Abs. 1 S. 2, 39 NBG; §§ 19 Abs. 2 Nr. 2, 41 RP-LBG; §§ 25 Abs. 1 S. 2, 57 SächsBG; §§ 18 Abs. 1 S. 2, 37 SH-LBG.

sowie Tätigkeit in der angestrebten Laufbahn das nunmehr angestrebte Beförderungsamts zu erreichen“<sup>126</sup>. Dabei sind in Thüringen die Mindestzeiten für Beförderungen nach § 35 ThürLaufbG zu beachten. So gibt Abs. 3 im Grundsatz Sperren vor, aus denen sich für die Beförderung in ein B-Amt zunächst eine Frist von 10 Jahren ergibt.<sup>127</sup> Allerdings sind Verkürzungen denkbar, sodass im Mindestmaß eine 6 Jahre-Frist nach § 35 Abs. 4 S. 2 ThürLaufbG (nach altem Recht § 11 Abs. 5 ThürLbVO) zu berücksichtigen ist.

Fraglich ist, ob weitere Verkürzungen (bis auf 0 Jahre Wartezeit) zulässig sind. Gemäß § 35 Abs. 5 i.V.m. § 50 Abs. 5 ThürLaufbG kann die Landesregierung<sup>128</sup> für politische Beamte entsprechende Ausnahmen zulassen. Mit Ausnahmegenehmigungen können im Einzelfall Beförderungswartezeiten verkürzt und Ämter übersprungen werden. Beförderungen während der Probezeit werden allerdings nicht ermöglicht.<sup>129</sup> Grundsätzlich ist damit auch eine Verkürzung der Mindestfrist von 6 Jahren nach § 35 Abs. 4 ThürLaufbG möglich. Der Gesetzesbegründung sind dazu – abgesehen von dem Hinweis auf das Beförderungsverbot in der Probezeit – Auslegungshilfen nicht zu entnehmen.<sup>130</sup> Der Thüringer Rechnungshof verlangt daher ausgehend von dem Grundsatz, dass Ausnahmenvorschriften grundsätzlich eng auszulegen sind, in vertretbarer Auslegung für § 35 Abs. 5 ThürLaufbG einen besonderen Grund sowie die Nichtverstümmelung der ursprünglichen Zwecke des Gesamtregelungszusammenhangs aus § 35 Abs. 4 und § 28 Abs. 2 ThürLaufbG.<sup>131</sup>

---

<sup>126</sup> *Lemhöfer*, in: Plog/Wiedow (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, § 20 BBG Rn. 5.

<sup>127</sup> Siehe die Tabelle ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 24.

<sup>128</sup> Dazu LT-Drs. 5/7453, S. 218.

<sup>129</sup> LT-Drs. 5/7453, S. 218.

<sup>130</sup> Vgl. LT-Drs. 5/7453, S. 218.

<sup>131</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 24 f.

§ 35 Abs. 4 ThürLaufbG dient der Sicherstellung einer gewissen Erfahrung der Beamten vor Erreichung des jeweiligen Endamtes der Laufbahn.<sup>132</sup> Die Vorschrift ist, wie § 28 Abs. 2 ThürLaufbG, eine Konkretisierung des Leistungsprinzips, das auch für politische Beamte gilt.<sup>133</sup> Beanspruchte die Ausnahme der Beförderungszeitverkürzung nach § 35 Abs. 5 ThürLaufbG auch für die Nachzeichnung eines fiktiven Werdegangs nach § 28 Abs. 2 ThürLaufbG Geltung, würde die nach § 28 Abs. 2 ThürLaufbG vorgesehene Prüfung ad absurdum geführt. Denn § 28 Abs. 2 ThürLaufbG soll sicherstellen, dass für die nicht in einer Laufbahn erbrachten fehlenden Leistungs-, Befähigungs- und Eignungsnachweise wenigstens eine auch über die Dauer gleichwertig erbrachte Leistung vorliegt<sup>134</sup>.<sup>135</sup> Wenn also über § 35 Abs. 5 ThürLaufbG immer eine Ausnahme für den Fall des fiktiven Werdegangs gemacht werden könnte, wäre das Tatbestandsmerkmal in § 28 Abs. 2 ThürLaufbG gänzlich funktionslos.

## **II. Anwendung der Grundsätze zur Haushaltsuntreue auf Einzelfälle zur Einstellung von Staatssekretären**

Auf Basis der vorstehenden Rechtsgrundsätze werden aus der Einstellungspraxis der Thüringer Landesregierung zu Staatssekretären nach 2015 zwei Fälle näher untersucht, die sich wegen der Quantität und Qualität der vom Landesrechnungshof gerügten Pflichtverletzungen für eine strafrechtliche Würdigung exemplarisch empfehlen. Die Prüfung erfolgt dreischrittig: Im ersten Schritt wird der Werdegang der

---

<sup>132</sup> LT-Drs. 5/7453, S. 218.

<sup>133</sup> Siehe § 4 I. 3.

<sup>134</sup> Vgl. insoweit die Gesetzesbegründung LT-Drs. 5/7453, S. 211, wo im Falle des Fehlens eines Vorbereitungsdienstes mindestens 7 Jahre (Haupt-)Berufserfahrung gefordert werden, um das erste (!) Beförderungsamtsamt zu übertragen.

<sup>135</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), S. 25.

Person skizziert, im zweiten Schritt die vom Rechnungshof konstatierten Pflichtverletzungen rekonstruiert und im dritten Schritt diese Beanstandungen untreuestrafrechtlich gewürdigt.

Im Folgenden verwendete personenbezogene Daten sind öffentlich zugänglich oder wurden von der Landesregierung im Rahmen der parlamentarischen Befassung öffentlich gemacht.<sup>136</sup>

## 1. Fall D<sup>137</sup>

### a) Werdegang

Nach dem Abitur absolvierte D zunächst eine Ausbildung zur Kauffrau in der Grundstücks- und Wohnungswirtschaft (wohl ohne Abschluss), bevor sie ein Studium der Betriebswirtschaftslehre aufnahm, welches sie im Juli 2009 als Diplom Betriebswirtin (FH) abschloss. Anschließend arbeitete sie rund sieben Jahre als Geschäftsführerin einer von ihr gegründeten Digitalberatung für Unternehmen, Öffentliche Einrichtungen und Kommunen. Daneben wirkte sie fünf Jahre nebenberuflich als Dozentin an der Hochschule HMKW, beim

---

<sup>136</sup> Abrufbar im Internet unter (abgerufen am 19.06.2023):

[https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/90068/97\\_plenarsitzung\\_arbeitsfassung.pdf](https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/90068/97_plenarsitzung_arbeitsfassung.pdf);

[https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/90803/99\\_plenarsitzung\\_arbeitsfassung.pdf](https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/90803/99_plenarsitzung_arbeitsfassung.pdf);

[https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/90853/101\\_plenarsitzung\\_arbeitsfassung.pdf](https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/90853/101_plenarsitzung_arbeitsfassung.pdf);

[https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/91564/105\\_plenarsitzung\\_arbeitsfassung.pdf](https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/91564/105_plenarsitzung_arbeitsfassung.pdf);

[https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/91728/106\\_plenarsitzung\\_sondersitzung\\_arbeitsfassung.pdf](https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/91728/106_plenarsitzung_sondersitzung_arbeitsfassung.pdf);

[https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/92257/109\\_plenarsitzung\\_arbeitsfassung.pdf](https://parldok.thueringer-landtag.de/ParlDok/dokument/92257/109_plenarsitzung_arbeitsfassung.pdf).

<sup>137</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), Anlage zu Teil II – Prüfung der Einzelfälle, S. 5 ff.

„mibeg Institut Medien“ und bei der „Friedrich-Ebert-Stiftung“ für die Bereiche Online Marketing, Mobile und Social Media.

Im Januar 2018 wurde D unter Feststellung der Laufbahnbefähigung für den höheren nicht-technischen Verwaltungsdienst unter Zulassung von Ausnahmen nach §§ 50 Abs. 5, 12 Abs. 3, 26 Abs. 4, 28 Abs. 3 ThürLaufbG unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zur Staatssekretärin mit B9-Besoldung ernannt.

### **b) Pflichtverletzungen**

Der Rechnungshof rügt Pflichtverletzungen bei der Einstellung von D als Staatssekretärin hinsichtlich der Laufbahnbefähigung, der Bestenauslese und des Einstellungsamtes. Zunächst wird die Anerkennung der Laufbahnbefähigung gemäß § 26 ThürLaufbG als anderer Bewerber beanstandet, die mangels Laufbahnbefähigung nach § 10 Abs. 3 ThürLaufbG allein in Betracht kam. So liegt ein Verstoß gegen § 26 Abs. 1 ThürLaufbG vor, da zureichende Ausführungen zur gleichwertigen Lebens- oder Berufserfahrung nicht ersichtlich sind. Ebenso wird ein Verstoß gegen § 26 Abs. 2 ThürLaufbG bejaht, weil nicht geprüft worden war, ob andere geeignete Laufbahnbewerber zur Verfügung standen. Schließlich nimmt der Rechnungshof einen Verstoß gegen § 26 Abs. 4 ThürLaufbG an, da weder ein (formalisiertes) Verfahren zur Feststellung der Befähigung durch die Landesregierung (vgl. § 50 Abs. 5 ThürLaufbG) installiert noch durchgeführt wurde. Eine Prüfung durch die personalführende Stelle ersetzt keine eigenständige Entscheidung der Landesregierung.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> Dazu oben § 4 I. 2.

Darüber hinaus stellt der Rechnungshof einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG fest. Er moniert, dass nicht einmal die Mindestvoraussetzungen zur Ernennung als Staatssekretärin vorgelegen haben, weil keine Eignung erkennbar ist und allein auf die politische Ausrichtung abgestellt wurde.

Schließlich erfährt das höhere Einstellungsamt eine Rüge. Grundsätzlich hätte eine Einstellung im Eingangsamt nach § 28 Abs. 1 ThürLaufbG erfolgen müssen, da die Voraussetzungen für die Ausnahmeregelung nach § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG nicht greifen. Die Landesregierung hat gegen § 28 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 ThürLaufbG verstoßen, weil sie eine dem Amt des Staatssekretärs gleichwertige Tätigkeit oder alternativ besondere persönliche und fachliche Befähigungen durch förderliche Zusatzqualifikationen weder geprüft noch festgestellt hat. Zudem ist zu beachten, dass Frau D im Beamtenverhältnis auf Probe eingestellt wurde. Dort ist nach § 35 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 ThürLaufbG keine Ausnahme möglich, sodass bereits eine Einstellung im ersten Beförderungsamte nach § 28 Abs. 2 ThürLaufbG nicht zu begründen war.

Darüber hinaus ist sowohl gegen § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG (fiktiver Werdegang) verstoßen als auch die Mindestfrist von 6 Jahren nach § 35 Abs. 4 S. 2 ThürLaufbG nicht eingehalten worden. Da die Laufbahnbefähigung laut Feststellungsbescheid seit 30. Januar 2018 bestand, hätte eine fiktive Beförderungsmöglichkeit erst zum 30. Januar 2024 bestanden. Die tatsächliche Ernennung für das B9-Amt am 30. Januar 2018 kam also 6 Jahre zu früh. Im Übrigen wird gerügt, dass keine Ermessensausübung erfolgte.

### c) Untreuestrafrechtliche Würdigung

Da die Verantwortlichen für die Einstellung der Staatssekretäre vermögensbetreuungspflichtig gegenüber dem Freistaat Thüringen sind, bedarf vor allem die Untreue-tauglichkeit der gerügten außerstrafrechtlichen Pflichtverletzungen der Prüfung. Diese – in Betracht kommt eine Missbrauchsuntreue – wird man angesichts der Quantität und Qualität der außerstrafrechtlichen Pflichtverletzungen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung eindeutig bejahen müssen. Im Fall von D sind mehrere Gesetzesvorschriften bewusst missachtet (§ 26 Abs. 2, § 26 Abs. 4 i.V.m. § 50 Abs. 5 ThürLaufbG, Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG, § 35 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 ThürLaufbG) bzw. nicht ausgefüllt worden (§ 26 Abs. 1, § 28 Abs. 2 Nrn. 1, 2 ThürLaufbG). Diese außerstrafrechtlichen Pflichten sind auch allesamt auf die Einstellung und damit qualifikationsbezogen, womit sie zumindest mittelbar dem Schutz des Vermögens des Freistaats Thüringen dienen.<sup>139</sup>

Dabei kann dahinstehen, ob schon einzelne Pflichtverletzungen für sich als gravierend im Sinne des § 266 StGB gewertet werden dürfen. Dafür spräche etwa bei den bewussten Gesetzesmissachtungen, insbesondere der Verletzung der verfassungsrechtlich gebotenen Bestenauslese<sup>140</sup>, manches. Auf jeden Fall begründet aber die Summe der Pflichtverletzungen im Fall D eine gravierende untreue-taugliche Pflichtverletzung.<sup>141</sup> Deshalb ist es im Ergebnis unerheblich, wenn man zur Ausnahmeregelung des § 35 Abs. 5 ThürLaufbG z.B. unter

---

<sup>139</sup> Zu diesem Kriterium oben § 3 I. 1 und I. 2. b.

<sup>140</sup> Vgl. dazu oben § 3 I. 2. b und auch unten zum Fall E.

<sup>141</sup> Vgl. oben § 3 I. 2.

Rekurs auf das Schweigen in der Gesetzesbegründung einer anderen Interpretation als derjenigen des Rechnungshofs<sup>142</sup> folgen und bereits eine außerstrafrechtliche Pflichtverletzung verneinen wollte.

War die Einstellung im Fall D rechtswidrig, so ist dem Freistaat Thüringen ein entsprechender Vermögensschaden in Höhe der gezahlten Besoldung entstanden.<sup>143</sup> Eine Kompensation durch die geleisteten Dienste kommt nicht in Betracht.<sup>144</sup> Damit ist im Fall D der Anfangsverdacht der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB gegeben.

## 2. Fall E<sup>145</sup>

### a) Werdegang

Nach dem Studium der Politikwissenschaften erwarb E einen Abschluss als Master in „Außenpolitik und Internationale Beziehung“. Im Anschluss an Tätigkeiten u.a. als wissenschaftliche Mitarbeiterin in Wahlkreisbüros von Bundes- und Landtagsabgeordneten arbeitete sie vom 26.01.2015 bis zum 25.01.2018 hauptberuflich als persönliche Referentin und Büroleiterin im höheren Dienst.

Am 4. März 2020 wurde E mit 32 Jahren unter Anerkennung und Feststellung der Laufbahnbefähigung für den höheren wirtschafts-, gesellschafts- und sozialwissenschaftlichen Dienst unter Zulassung von Ausnahmen nach §§ 50 Abs. 5, 28 Abs. 3 ThürLaufbG unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zur Staatssekretärin mit B9-Besoldung ernannt. Zum 7. März 2023 erfolgte trotz der mittlerweile einsetzenden öffentlichen Kritik die Lebenszeitverbeamtung.

---

<sup>142</sup> Dazu § 4 I. 4.

<sup>143</sup> § 3 II. 3.

<sup>144</sup> § 3 II. 4.

<sup>145</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), Anlage zu Teil II – Prüfung der Einzelfälle, S. 8 f.



## b) Pflichtverletzungen

Der Thüringer Rechnungshof äußert zur Laufbahnbefähigung keine Beanstandungen. Dagegen kritisiert er den Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 GG im Fall E ungewöhnlich scharf: E ist mit 32 Jahren zur Staatssekretärin ernannt worden, obwohl die Mindestvoraussetzungen für die Einstellung im ersten Beförderungsamte nicht vorlagen. Es sei „nicht vorstellbar, dass keine besser geeignete Person“ gewonnen werden konnte.<sup>146</sup>

Auch die Einstellung in einem höheren Amte wird gerügt. Grundsätzlich hätte nur im Eingangsamte eingestellt werden dürfen (§ 28 Abs. 1 ThürLaufbG), weil die Voraussetzungen der Ausnahmeregelungen nach § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG nicht eingreifen. So ist namentlich gegen § 28 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 ThürLaufbG verstoßen worden, weil eine dem Amte des Staatssekretärs gleichwertige Tätigkeit oder alternativ besondere persönliche und fachliche Befähigungen durch förderliche Zusatzqualifikationen weder geprüft noch festgestellt wurden.<sup>147</sup> Zudem ist wie im Fall D § 35 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 ThürLaufbG missachtet worden. E war im Beamtenverhältnis auf Probe eingestellt mit der Folge eines ausnahmslosen Beförderungsverbots, sodass bereits eine Einstellung im ersten Beförderungsamte nach § 28 Abs. 2 ThürLaufbG nicht zu begründen war. Ebenso wie im Fall D wird bei E ein Verstoß gegen § 28 Abs. 2, 3 ThürLaufbG (fiktiver Werdegang) moniert. So stand für den individuellen fiktiven Werdegang zur Erreichung des höheren Amtes nur eine Zeit von ca. 2 Jahren und einem Monat zur Verfügung, was bei einer 32-jährigen Bewerberin nicht verwundert. Die Mindestfrist von 6 Jahren nach § 35

---

<sup>146</sup> ThürRechnungshof (Fn. 70), Anlage zu Teil II – Prüfung der Einzelfälle, S. 9.

<sup>147</sup> Nicht anrechenbar waren Zeiten, die Voraussetzung für den Erwerb der Laufbahnbefähigung waren, § 28 Abs. 2 S. 3 ThürLaufbG.

Abs. 4 S. 2 ThürLaufbG ist nicht eingehalten worden. Da die Laufbahnbefähigung laut Feststellungsbescheid erst seit dem 26. Januar 2018 bestand, wäre eine fiktive Beförderungsmöglichkeit zum 28. Januar 2024 in Betracht gekommen. Die tatsächliche Ernennung zum B9-Amt am 4. März 2020 erfolgte also fast 4 Jahre zu früh. Schließlich fand wiederum keine Ermessensausübung statt.

### c) Untreuestrafrechtliche Würdigung

Auch im Fall E reichen die festgestellten außerstrafrechtlichen Pflichtverletzungen, um eindeutig eine untreuetaugliche gravierende Pflichtverletzung anzunehmen. Hier ergibt sich die gravierende Pflichtverletzung allerdings bereits aus der Schwere der Verletzung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Bestenauslese bei einer im Ernennungszeitpunkt 32-jährigen Bewerberin. Das belegt der Gewichtsvergleich mit dem Oberbürgermeister-Fall. Dort hat für den BGH schon die Zubilligung überhöhter Erfahrungsstufen den Weg zur – letztlich auf Basis einer Gesamtbetrachtung aller Begleitumstände erfolgten – Annahme einer gravierenden Pflichtverletzung eröffnet.<sup>148</sup> Hinzu tritt im Fall E die bewusste Missachtung von Gesetzesvorschriften wie des Beförderungsverbots in der Probezeit, welche die Gravität der Pflichtverletzung erhöht. Auch im Fall E kann daher im Ergebnis offenbleiben, ob man zur Ausnahmeregelung des § 35 Abs. 5 ThürLaufbG eine andere Interpretation als der Rechnungshof<sup>149</sup> vertritt und insoweit eine außerstrafrechtliche Pflichtverletzung verneint.

Zum eingetretenen Vermögensschaden und der Unzulässigkeit einer Kompensation gilt Entsprechendes wie im Fall D. Auch im Fall E ist

---

<sup>148</sup> Vgl. oben § 3 I. 2. a.

<sup>149</sup> Dazu § 4 I. 4.

damit der Anfangsverdacht der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB begründet.

### **III. Zwischenergebnis**

In den zwei untersuchten Fällen D und E lassen sich die objektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen des Untreuetatbestands feststellen. Mit je unterschiedlicher Begründung können in beiden Fällen eindeutig gravierende Pflichtverletzungen im Sinne der Untreuejudikatur sowie kausale Vermögensschäden bejaht werden. Die Einstellungspraxis der Landesregierung zu den Staatssekretären ab 2015 ist daher in den untersuchten Fällen einem Anfangsverdacht der strafbaren Untreue gemäß § 266 StGB ausgesetzt.

## **§ 5 Die Stellenbesetzungspraxis von Mitarbeitern in den Leitungsbereichen oberster Thüringer Behörden**

Die Stellenbesetzungspraxis von Mitarbeitern in den Leitungsbereichen oberster Thüringer Landesbehörden wird im Folgenden in der gleichen Weise wie die Einstellungspraxis bei den Staatssekretären geprüft. Zunächst werden öffentlich-rechtliche Vorfragen der Einstellung behandelt. Anschließend erfolgt anhand ausgewählter Einzelfälle eine untreuestrafrechtliche Würdigung.

### **I. Öffentlich-rechtliche Vorfragen der Einstellung**

Hinsichtlich der Stellenbesetzung im Leitungsbereich sind vor allem vier öffentlich-rechtliche Vorfragen erheblich: Wiederum die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG, die Eingruppierung nach Tarifvertrag des Öffentlichen Dienstes der Länder (TV-L), die Stufenzuordnung nach § 16 TV-L sowie die Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Hinblick auf (unterlassene) Befristungsentscheidungen.

#### **1. Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) und Stellenausschreibung bzw. Tätigkeitsprofile**

Der Grundsatz der Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 GG gilt für alle öffentliche Stellen, also nicht nur für Beamtenstellen, sondern auch für Angestellte im öffentlichen Dienst. Neben objektiven Zwecken wie Leistungsprinzip sowie Professionalität, rechtlicher Integrität, Effizienz und Wirtschaftlichkeit des öffentlichen Dienstes<sup>150</sup> verfolgt Art. 33 Abs. 2 GG auch eine subjektive Zielsetzung. Danach verbürgt der Leistungsgrundsatz das grundrechtsgleiche Recht, dass je-

---

<sup>150</sup> Dazu bereits oben § 4 I. 3.

der Bewerber einen Anspruch darauf hat, bei der Vergabe eines öffentlichen Amtes nur aus Gründen unberücksichtigt zu bleiben, die im Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GG stehen (sog. Bewerberverfahrensanspruch).<sup>151</sup>

Für Beamte wurde der Grundsatz gesetzlich ausgeformt: So sind nach § 3 Abs. 1 ThürLaufbG die Bewerber durch öffentliche Stellenausschreibungen zu ermitteln. Eine Ausnahme gilt gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ThürLaufbG für die Stellen der Büroleiter und persönlichen Referenten der Leiter der obersten Landesbehörden (also der Minister) sowie für die Stellen der Leiter für Presse- und Öffentlichkeitsarbeit. Die Ausnahmeregelung entbindet jedoch nicht, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, von der Pflicht zur Beachtung des Leistungsgrundsatzes.<sup>152</sup> Die Prüfung des Rechnungshofs beanstandet einen sehr fehleranfälligen Umgang mit der Ausnahmeregelung, weil das sogenannte „Vertrauenserfordernis“ rechtswidrig die anderen Eignungs- und Leistungsmerkmale – nahezu vollständig – überlagert und damit ein Einfallstor für Ämterpatronage ist.<sup>153</sup> Der Rechnungshof empfiehlt daher gegen den Protest der Landesregierung die Abschaffung von § 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ThürLaufbG.<sup>154</sup>

Für Angestellte ergibt sich das Einstellungsverfahren direkt aus Art. 33 Abs. 2 GG: Sowohl das Prinzip der Bestenauslese als auch der Bewerberverfahrensanspruch lassen sich nur dann verwirklichen, wenn sich bei Einstellungen alle grundsätzlich in Betracht kommen-

---

<sup>151</sup> BVerwG NJW 2011, 695, 696 Rn. 21 m.w.N.

<sup>152</sup> LT-Drs. 5/7543, S. 186; dazu auch oben § 4 I. 3.

<sup>153</sup> Vgl. zur parallelen Problematik bei den Staatssekretären oben § 4 I. 3.

<sup>154</sup> *Mitteilung des Thüringer Rechnungshofs über die Prüfung „Stellenbesetzung in den Leitungsbereichen der obersten Landesbehörden, Teil I“ (Leitungsbereiche) vom 10. März 2023*, S. 11 f., 75; ThürRechnungshof, Sonderbericht (Fn. 1), S. 19.

den Kandidaten bewerben können und von der Einstellungsmöglichkeit Kenntnis haben. Dies kann in der Regel nur durch eine Ausschreibung geregelt werden. Der Thüringer Rechnungshof plädiert daher für die Einführung einer gesetzlichen Normierung einer allgemeinen Ausschreibungspflicht auch für Angestellte.<sup>155</sup>

Ob aus Art. 33 Abs. 2 GG eine Pflicht zur Ausschreibung abgeleitet werden kann, ist strittig, liegt nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Vorschrift („gleicher Zugang“ und Bestenauslese-Prinzip) aber nahe.<sup>156</sup> Der Rechnungshof nimmt an, dass sich aus dem Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip die grundsätzliche Verpflichtung zur Ausschreibung ableiten lässt.<sup>157</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht neigt dieser Auffassung zu, wenn es die konkrete Stellenausschreibung als verfahrensmäßige Absicherung des aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerberverfahrensanspruchs ansieht und zu dessen Durchsetzung eine angemessene Gestaltung des Auswahlverfahrens ableitet.<sup>158</sup> Die Landesregierung beruft sich demgegenüber darauf, dass es keine verfassungsrechtliche Pflicht zur Ausschreibung gebe und die Regelungen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ThürLaufbG zu berücksichtigen seien, die Ausnahmen von der Pflicht zur Ausschreibung normieren.

Um der Pflicht zur Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG gerecht zu werden, ist es weiterhin erforderlich, Anforderungsprofile<sup>159</sup> und Auswählerwägungen niederzulegen und die Gründe für die Auswahlent-

---

<sup>155</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 76; ThürRechnungshof, Sonderbericht (Fn. 1), S. 19.

<sup>156</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154) S. 50.

<sup>157</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 50.

<sup>158</sup> BVerfG NVwZ 2012, 366, 367 Rn. 21; BVerfG NVwZ 2015, 523, 524 Rn. 12.

<sup>159</sup> Hierzu BVerfG NVwZ 2013, 1603, 1604 Rn. 16; BVerfG NVwZ 2015, 523, 524 Rn. 11.

scheidung zu dokumentieren. Denn nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Erwägungen wird der Bewerber bei Akteneinsicht in die Lage versetzt, sachgerecht darüber zu entscheiden, ob die Entscheidung seinen Bewerbungsverfahrensanspruch berührt oder nicht.<sup>160</sup>

Wenn das Anforderungsprofil die Vertrauenswürdigkeit eines Bewerbers zum wesentlichen Kriterium erhebt, wird hierdurch entgegen der Kriterientrias des Art. 33 Abs. 2 GG das Bewerberfeld gesteuert und eingengt. Denn die Vertrauenswürdigkeit als charakterliche Eignung des Bewerbers bildet lediglich einen Unterfall seiner persönlichen Eignung und damit neben Befähigung und fachlicher Leistung nur eines der relevanten Kriterien ab. Da das politische Vertrauen Defizite an Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung nicht kompensieren kann<sup>161</sup>, führen entsprechende Fehler im Anforderungsprofil grundsätzlich auch zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, das nicht mehr auf dem Leistungsgrundsatz beruht. Deshalb verstößt eine entsprechende Einstellung gegen Art. 33 Abs. 2 GG.<sup>162</sup> Bei Weiterbeschäftigungsansprüchen gilt der Grundsatz der Bestenauslese fort.<sup>163</sup>

Schließlich verletzt eine Einstellungsentscheidung allein aufgrund der politischen Ausrichtung ebenfalls den Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG sowie das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.<sup>164</sup> Denn die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei oder entsprechende politische Überzeugungen bezeichnen grundsätzlich keine tauglichen Eignungskriterien.<sup>165</sup>

---

<sup>160</sup> BVerfG NVwZ 2012, 366, 367.

<sup>161</sup> BVerwG BeckRS 2007, 25247, Rn. 45.

<sup>162</sup> BVerfG NVwZ 2008, 194, 195.

<sup>163</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 60 f.

<sup>164</sup> BVerfG v. 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641 (1647).

<sup>165</sup> *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 102; *Bickenbach*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Art. 33 Rn. 66.

## 2. Eingruppierung nach TV-L und Stellenbeschreibungen

Die Grundsätze der Eingruppierung sind geregelt in §§ 12, 13 TV-L i.V.m. der Entgeltordnung. Wesentliche Elemente sind die Tarifautomatik, wonach die Eingruppierung die zwingende rechtliche Folge der Tätigkeit unabhängig von der Rechtsauffassung des Arbeitgebers<sup>166</sup> ist, und die Bildung von Arbeitsvorgängen, d.h. Arbeitsleistungen, die zu einem bei natürlicher Betrachtung abgrenzbaren Arbeitsergebnis führen.<sup>167</sup> Der Grundsatz der Tarifautomatik bedingt, dass Gehälter in ihrer Höhe nicht begründet sind, sofern keine Stellen- bzw. Tätigkeitsbeschreibung und zugehörige Bewertungen erfolgen. Denn dann sind die tariflichen Voraussetzungen für die Eingruppierung nicht überprüfbar. Die fehlende Überprüfbarkeit der Höhe der gezahlten Gehälter verstößt gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.<sup>168</sup>

Da Stellenbeschreibungen im öffentlichen Dienst vor allem zur Ermittlung der Eingruppierung dienen, macht das Eingruppierungsrecht nach § 12 TV-L Stellenbeschreibungen erforderlich. Die Eingruppierung auf Basis der Stellenbeschreibung stellt den praktizierten Standard dar. Denn damit werden alle obliegenden Verpflichtungen erfüllt. Insbesondere lassen sich dann die maßgeblichen Informationen für das Anforderungsprofil nach Art. 33 Abs. 2 GG entnehmen.<sup>169</sup> Fehlende Stellenbeschreibungen sind insoweit problematisch, weil sie ein Hinweis auf mangelhafte Anforderungsprofile und damit auf eine

---

<sup>166</sup> *Bernheine*, in: Bredemeier/Neffke (Hrsg.), TVöD/TV-L, 6. Aufl. 2022, § 12 TV-L, Rn. 29.

<sup>167</sup> Vgl. Protokollnotiz Nr. 1 zu § 12 TV-L.

<sup>168</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 20, 22.

<sup>169</sup> *Steuernagel*, in: Rinck/Böhle/Pieper/Geyer (Hrsg.), BeckOK TV-L, 58. Edt. Stand 1.9.2022, § 12 TV-L Rn. 29.



mangelnde Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG sein können. Ferner enthält die Stellenbeschreibung die für die Ermittlung der tariflichen Tätigkeitsmerkmale erforderlichen Arbeitsvorgänge und den jeweiligen Zeitumfang. Dies ist erforderlich, um die Zugehörigkeit zu einer Entgeltgruppe nach § 12 Abs. 1 S. 4 TV-L bestimmen zu können. Schließlich fixiert die Stellenbeschreibung den Soll-Zustand der auf der Stelle zu erledigenden Arbeiten, der die Beurteilung ermöglicht, ob eine Berufserfahrung des Bewerbers „einschlägig“ i.S.v. § 16 Abs. 2 TV-L und eine Eingruppierung in Stufe 2 oder 3 möglich ist.<sup>170</sup>

In 30 überprüften Fällen konnte der Thüringer Rechnungshof die Eingruppierung aufgrund fehlender Stellen- bzw. Tätigkeitsbeschreibung nicht nachvollziehen. Zwar sind Stellenbeschreibungen nicht verpflichtend. Sie sind nach dem Rechnungshof aber notwendige Basis jeder tariflichen Eingruppierung.<sup>171</sup> Fehlende Stellen- und Tätigkeitsbeschreibungen bedingen daher, dass die Eingruppierungen inklusive der Höhe der gezahlten Vergütungen nicht nachvollziehbar werden. Die Landesregierung hat erklärt, die entsprechenden Tätigkeitsdarstellungen und die damit verbundenen Bewertungen nachzuholen<sup>172</sup>, was zum Teil geschehen ist.

Die Entgeltgruppen 13 TV-L aufwärts verlangen nach der Entgeltordnung eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulbildung und eine entsprechende Tätigkeit. Die Tätigkeit muss ein Wissen und Können erfordern, das der wissenschaftlichen Hochschulbildung entspricht, sie muss einen akademischen Zuschnitt haben. Dabei kommt es nicht auf irgendeine wissenschaftliche Hochschulbildung an, sondern auf die konkrete wissenschaftliche Hochschulbildung. Denn die

---

<sup>170</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 20, 22.

<sup>171</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 20 unter Verweis auf TV-L Jahrbuch der Länder 2021, S. 925.

<sup>172</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 9.

auszuübende Tätigkeit muss die Fähigkeit von einem einschlägig ausgebildeten Akademiker auf dem entsprechenden akademischen Fachgebiet voraussetzen.<sup>173</sup> In den meisten untersuchten Fällen erforderte die Tätigkeit eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulbildung der Rechtswissenschaft, der Politikwissenschaft oder einer artverwandten Fachrichtung.

Die Eingruppierung als sonstiger Beschäftigter erfordert gemäß der Anlage A TV-LE 13, dass der Beschäftigte aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und seiner Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausübt. Gleichwertige Fähigkeiten setzen eine ähnlich gründliche Beherrschung eines einem Hochschulstudium entsprechenden umfangreichen Wissensgebiets voraus. Zusätzlich ist – tariflich nicht definiert – Erfahrung erforderlich.

### **3. Stufenzuordnung nach § 16 TV-L**

Die Stufenzuordnung in einer Entgeltgruppe richtet sich nach § 16 TV-L. Sofern keine einschlägige Berufserfahrung vorliegt, erfolgt die Zuordnung zur Stufe 1 (§ 16 Abs. 2 S. 1 TV-L). Wenn einschlägige Berufserfahrung vorliegt, kann eine höhere Einstufung erfolgen (§ 16 Abs. 2 S. 2, 3 TV-L). Liegt lediglich eine förderliche Berufserfahrung vor, so kann dies für die Stufenzuordnung berücksichtigt werden, wenn Neueinstellungen zur Deckung des Personalbedarfs erfolgen (§ 16 Abs. 2 S. 4 TV-L). Jedenfalls sind das Vorhandensein einschlägiger oder förderlicher Berufserfahrung ebenso wie der Personalbedarf durch Dokumentation nachzuweisen.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 25 unter Verweis auf BAG NZA-RR 2017, 264, 267 (ursprünglich: BAG vom 14.09.2016 – AZ 4 AZR 964/13, Rn. 16, 19, juris).

<sup>174</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 77.

Eine Anerkennung förderlicher Zeiten i.S.v. § 16 Abs. 2 S. 4 TV-L ohne Erforderlichkeit zur Deckung des Personalbedarfs verstößt gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und kann gegebenenfalls als strafbare Untreue zu werten sein. § 17 Abs. 2 TV-L ermöglicht nach pflichtgemäßem Ermessen die Verkürzung der Stufenlaufzeit, wenn eine Leistung erheblich über dem Durchschnitt liegt.

#### **4. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bezüglich Befristungsentscheidungen**

Die Verweildauer von Bediensteten im Leitungsbereich steht häufig im Zusammenhang mit der Besetzung der Ämter von Ministern und Staatssekretären. Wechsel finden oft zum Beginn einer Legislaturperiode statt. Auf diesem Hintergrund liegt bei Neueinstellungen im Leitungsbereich die Prüfung einer Befristung nahe, da unbefristet Beschäftigte in der Regel nicht dauerhaft im Leitungsbereich verwendet werden und danach auf die Fachebene wechseln.

Die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebieten es daher, sowohl beim Anforderungsprofil als auch bei der Bestenauslese die in der Regel erheblich längere Anschlussverwendung auf der Fachebene zu berücksichtigen. Denn nicht benötigtes Personal soll weder angestellt noch weiterbeschäftigt werden.<sup>175</sup> Unbefristete Arbeitsverträge oder unberechtigte Entfristungen können insoweit Verstöße gegen Haushaltsrecht und damit untreuerelevante Pflichtverletzungen begründen.

---

<sup>175</sup> ThürRechnungshof (Fn. 154), S. 66.



[REDACTED]

**b) Pflichtverletzungen**

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

**c) Untreuestrafrechtliche Würdigung**

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

2. Fallnr. [REDACTED]

a) Werdegang

[REDACTED]

b) Pflichtverletzungen

[REDACTED]

- 
- [REDACTED]
  - [REDACTED]
  - [REDACTED]
  - [REDACTED]
  - [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

**c) Untreuestrafrechtliche Würdigung**

[REDACTED]

---

[REDACTED]



[REDACTED]

3. Fallnr. [REDACTED]

a) Werdegang

[REDACTED]

b) Pflichtverletzungen

[REDACTED]

[REDACTED]

---

[REDACTED]

[REDACTED]

**c) Untreuestrafrechtliche Würdigung**

[REDACTED]

**4. Fallnr. [REDACTED]**

**a) Werdegang**

[REDACTED]

---

[REDACTED]

**b) Pflichtverletzungen**

[REDACTED]

[REDACTED]

---

[REDACTED]

### c) Untreuestrafrechtliche Würdigung

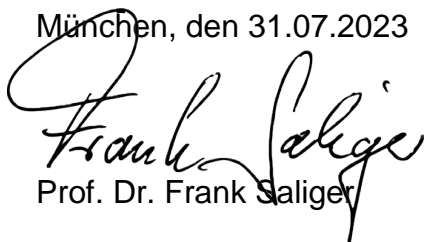
[REDACTED]

### III. Ergebnis

Hinsichtlich der Einstellung von Mitarbeitern in den Leitungsbereichen der obersten thüringischen Landesbehörden kann für die Fälle Nrn. [REDACTED] ebenfalls der Anfangsverdacht einer strafbaren Untreue festgestellt werden. In der Gesamtschau mit der untersuchten Einstellungspraxis zu den Staatssekretären sind die beanstandeten systematischen und gravierenden Rechtsverstöße mit Strafrechtsrelevanz geeignet, das Vertrauen der Bevölkerung in die Professionalität und rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes nicht nur im Freistaat Thüringen schwer zu erschüttern.

\*\*\*

München, den 31.07.2023

  
Prof. Dr. Frank Saliger

---

<sup>187</sup> Vgl. § 5 I. 1.