

# **Rechtswissenschaftliches**

## **Gutachten**

**zur Verfassungsmäßigkeit des § 61 des  
Regierungsentwurfs für ein Zweites Gesetz zur  
Änderung des Schulgesetzes für das Land  
Nordrhein-Westfalen**

erstellt im Auftrag des

**Nordrhein-Westfälischen Lehrerverbandes**

von

**Prof. Dr. iur. Matthias Pechstein**

Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

**April 2006**

## Gliederung

I. Vorbemerkung .....	4
II. Zur ersten Frage: Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz.....	5
1. Einführung .....	5
2. Die Vereinbarkeit der Schulleiterwahl mit dem Prinzip der repräsentativen Demokratie (Art. 20 Abs. 1 GG) .....	5
a) Das Erfordernis einer ununterbrochenen Kette der demokratischen Legitimation bei der Ausübung von Hoheitsgewalt.....	5
b) Mögliche Rechtfertigungen der Schulleiterwahl aufgrund der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung .....	9
3. Die Vereinbarkeit der Schulleiterwahl mit Art. 33 Abs. 5 GG.....	12
4. Zusammenfassung.....	16
III. Zur zweiten Frage: Künftige beamtenrechtliche Stellung des Schulleiters.....	18
1. Die einfachgesetzliche Lage .....	18
2. Verfassungsrechtliche Bewertung.....	19

a) Zur Bedeutung der Entscheidung des BVerfG betreffend die bremische Regelung über die Bestellung des Schulleiters auf Zeit (E 70, 243) .....	19
b) Verfassungsrechtliche Bewertung von beamtenrechtlichen Führungspositionen auf Zeit im rechtswissenschaftlichen Schrifttum.....	19
c) Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 26.10.2004.....	22
d) Schlußfolgerung für die verfassungsrechtliche Bewertung von § 61 Abs. 6 2.SchulRÄndGE i.V.m. § 25 b LBG-NW .....	23
e) Abweichende Beurteilung für den Fall der Realisierung der sog. „Föderalismusreform“? .....	24
IV. Schluß .....	25

## **I. Vorbemerkung**

Die Landesregierung des von einer CDU/FDP-Koalition regierten Landes Nordrhein-Westfalen hat am 28. März 2006 einen Regierungsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vorgelegt (Zweites Schulrechtsänderungsgesetz, 2.SchulRÄndGE). Dieser Gesetzentwurf soll am 1. August 2006 in Kraft treten.

Nach § 61 2.SchulRÄndGE sollen künftig die Schulleiter von der Schulkonferenz aus einer Liste von seiten der oberen Schulaufsichtsbehörde benannter Personen gewählt werden (Abs. 1 und 2). Hierzu ist die Zustimmung des Schulträgers einzuholen (Abs. 3). Die Ernennung erfolgt sodann durch die obere Schulaufsichtsbehörde (Abs. 4). Gemäß dem Verweis auf § 25b LBG-NW wird der Schulleiter in ein Beamtenverhältnis auf Zeit für fünf Jahre ernannt (Abs. 6). Eine Wiederwahl durch die Schulkonferenz ist zulässig. Voraussetzung der Ernennung ist, daß der Betreffende sich in einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit befindet. Die Rechte und Pflichten aus diesem Verhältnis ruhen für die Dauer des Zeitbeamtenverhältnisses. In dieses Lebenszeitbeamtenverhältnis kehrt der Betreffende auch zurück, falls er nicht wiederernannt wird (§ 25b Abs. 2 i.V.m. § 25a Abs. 3 LBG-NW). Mit Ablauf der zweiten Amtszeit – also nach zehn Jahren - soll dem Schulleiter das Amt auf Lebenszeit übertragen werden.

Der Nordrhein-Westfälische Lehrerverband hat den Unterzeichner gebeten, die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung zu begutachten. Zum einen ist die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz zu

begutachten, zum anderen die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Ernennung des Schulleiters auf Zeit.

## **II. Zur ersten Frage: Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz**

### **1. Einführung**

§ 61 2. SchulRÄndGE sieht in seinen Absätzen 1 – 4 ein gestuftes Verfahren zur Bestellung des Schulleiters vor. Danach wird zunächst die Stelle von der oberen Schulaufsichtsbehörde ausgeschrieben, geeignete Bewerber – möglichst mindestens zwei - werden der Schulkonferenz vorgeschlagen, die hieraus mit Mehrheit den Schulleiter wählt. Sofern dieser die Zustimmung des Schulträgers erhält, wird er von der oberen Schulaufsichtsbehörde ernannt. Im Falle der zweiten Zustimmungsverweigerung durch den Schulträger trifft die obere Schulaufsichtsbehörde die Auswahlentscheidung.

Diese Regelung wirft verfassungsrechtliche Fragen sowohl im Hinblick auf das Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 GG) als auch im Hinblick auf die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ (Art. 33 Abs. 5 GG) auf.

### **2. Die Vereinbarkeit der Schulleiterwahl mit dem Prinzip der repräsentativen Demokratie (Art. 20 Abs. 1 GG)**

*a) Das Erfordernis einer ununterbrochenen Kette der demokratischen Legitimation bei der Ausübung von Hoheitsgewalt*

Die konstitutive Mitwirkung eines Gremiums wie der Schulkonferenz an der Bestellung eines Behördenleiters – des Schulleiters – ist geeignet, die demokratische

Legitimation der Ausübung von staatlicher Hoheitsgewalt in Frage zu stellen. Zunächst ist unbestreitbar, daß ein Schulleiter staatliche Hoheitsgewalt ausübt. Dies betrifft zum einen die Ausübung der Befugnisse als Dienstvorgesetzter gegenüber den Lehrern, die ihm ebenfalls durch den Gesetzentwurf (§ 59 Abs. 6 2.SchulRÄndGE) eingeräumt werden sollen. Zum anderen betrifft es die Fülle der Befugnisse, die ihm gegenüber Eltern und Schülern zukommen.

Die Ausübung dieser staatlichen Hoheitsgewalt bedarf – wie die jeder staatlichen Hoheitsgewalt unter dem Grundgesetz – der demokratischen Legitimation, die nur durch Wahlen seitens des Staatsvolks – bzw. auf Landesebene durch das Landesvolk – vermittelt werden kann. Diese durch Wahlen seitens des jeweiligen Souveräns vermittelte demokratische Legitimation muß bei der Ausübung jeder staatlichen Hoheitsgewalt wirksam werden und bleiben (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“). Bildlich gesprochen bedeutet dies, daß die demokratische Legitimation vom Staatsvolk nach oben zunächst in das gewählte Parlament und über die parlamentarische Abhängigkeit der Regierung zur Spitze der Exekutivgewalt vermittelt wird. Innerhalb der hierarchisch aufgebauten staatlichen Organisation kann die demokratische Legitimation dann aber nur von oben nach unten weitergegeben werden. Andere, gewissermaßen von außen auf die Ausübung der Staatsgewalt konstitutiv einwirkende Kräfte sind daher geeignet, diese demokratische Legitimation zu unterbrechen und damit die Ausübung von Staatsgewalt zu delegitimieren.

Das Demokratieprinzip gebietet somit, daß der für das Schulwesen verantwortliche Minister gegenüber dem Parlament für das, was in der Schule geschieht, einsteht. Dies kann er wiederum nur, wenn er überhaupt in der Lage ist, die Entscheidungen in

der Schule über dienstliche Weisungen, Genehmigungsvorbehalte und Beanstandungsrechte zu beeinflussen und dafür Verantwortung zu tragen. Dies betrifft auch die Auswahl der Behördenleiter, die wiederum die Ausübung der ihnen übertragenen Befugnisse nur nach oben hin verantworten müssen.

Diesen Gesichtspunkt hat das BVerfG betont, als es - obwohl in anderem als schulischem Zusammenhang - ausführte, daß für die Erfüllung eines Amtsauftrags „die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert“ sein muß.

BVerfGE 93, 37 (70 ff.); vgl. hierzu auch Heckel/Avenarius, Schulrechtskunde, 7. Aufl., 2000, S. 113 f.

Aus diesem Grunde hat das BVerfG in der angeführten Entscheidung zum schleswig-holsteinischen Personalvertretungsgesetz die Einflußnahme von Personalvertretungen auf die Ausübung von Hoheitsgewalt abgelehnt. Das Gericht führte insoweit aus, daß dem Erfordernis demokratischer Legitimation der Staatsgewalt nur genügt sei, wenn sich die Bestellung der Amtsträger auf das Staatsvolk zurückführen lasse und das Handeln der personell legitimierten Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfahre. Uneingeschränkte personelle Legitimation besitze ein Amtsträger dann, wenn er sein Amt über eine ununterbrochene Legitimationskette auf das Volk oder das Parlament zurückführen könne. Als Ausübung von Staatsgewalt, die demokratischer Legitimation bedürfe, stelle sich alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter dar.

Lediglich dort, wo die Verfassung selbst in gewissem Umfang Autonomie für bestimmte Körperschaften vorsieht, kommen hieraus abgeleitete zusätzliche

Legitimationsstränge zum Tragen. Dies betrifft insbesondere die Kommunen, denen Art. 28 Abs. 2 GG einen besonderen Status und bestimmte Selbstverwaltungsrechte einräumt. Es betrifft auch in gewissem Umfang die Universitäten, die sich auf die in Art. 5 Abs. 3 GG verankerte Freiheit von Forschung und Lehre berufen können. Ähnliches gilt für die Rundfunkanstalten mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 GG. Für den Bereich der Schule sieht das Grundgesetz dagegen auch nicht ansatzweise einen Autonomiestatus vor, es stellt im Gegenteil in Art. 7 Abs. 1 GG das gesamte Schulwesen unter staatliche Aufsicht. Dies bedeutet u.a., daß ohne Änderung des Art. 7 Abs. 1 GG keine anderen Legitimationsstränge für die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt in Schulen als derjenige der demokratischen Legitimation durch das Staats-/Landesvolk Geltung beanspruchen kann.

Die Einschaltung von Gremien wie der Schulkonferenz, deren Besetzung sich zwar auf Wahlvorgänge gründet, wobei die Wählenden jedoch nicht das Staats- oder Landesvolk, sondern nur eine mehr oder weniger beliebige Personengruppe repräsentieren und deshalb keine demokratische Legitimation vermitteln können, ist somit geeignet, diese unverzichtbare demokratische Legitimation der Staatsgewalt zu unterbrechen. Unter der Geltung des Grundgesetzes vermag nicht jede nach dem Mehrheitsprinzip entscheidende Personengruppe – und sei dies auch gesetzlich vorgegeben – demokratische Legitimation für die Ausübung von Hoheitsgewalt zu spenden. Diese Vorstellung hat mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes nichts zu tun, demzufolge insoweit nur das (jeweilige) Volk als Ganzes Quelle der demokratischen Legitimation von Staatsgewalt sein kann. Die hinter der Regelung des § 61 2.SchulRÄndGE evtl. stehende rechtspolitische Vorstellung einer Steigerung der demokratischen Legitimation der Schulleiter durch Wahl seitens der

Schulkonferenz kann somit nicht nur ihr Ziel nicht erreichen, in verfassungsrechtlich unakzeptabler Weise zerstört sie die einzige demokratische Legitimation, die Schulleitern zukommen kann und muß.

*b) Mögliche Rechtfertigungen der Schulleiterwahl aufgrund der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung*

Gegen den Vorwurf der Verletzung des Demokratieprinzips durch die Schulleiterwahl seitens der Schulkonferenz ließe sich nun einwenden, daß zum einen die obere Schulaufsichtsbehörde mit den Befugnissen der Auswahl der für die Wahl in Betracht kommenden geeigneten Bewerber (§61 Abs. 1 2.SchulRÄndGE) und dem Ernennungsrecht (§61 Abs. 4 2.SchulRÄndGE) einen hinreichenden Einfluß behält. Diese Befugnisse vermögen allerdings den Vorwurf der Verletzung des Demokratieprinzips durch Verlust des Letztentscheidungsrechts über die Auswahl der Schulleiter nicht auszuräumen. Zunächst ist hinsichtlich des Ernennungsrechts darauf hinzuweisen, daß die obere Schulaufsichtsbehörde im Falle der Zustimmung durch den Schulträger keinen Ermessensspielraum mehr besitzen soll, sondern an die Vorentscheidungen der Schulkonferenz und des Schulträgers gebunden ist. Eine eigene Auswahlentscheidung soll ihr lediglich für den ersichtlich als Ausnahme erhofften Fall der wiederholten Zustimmungsverweigerung durch den Schulträger zukommen. Für den gewünschten Regelfall ist das Ernennungsrecht daher rein formaler Natur.

Auch die Auswahlbefugnis der oberen Schulaufsichtsbehörde hinsichtlich der für die Wahl vorzuschlagenden Bewerber ändert an dem obigen Befund nichts. Zwar hat die obere Schulaufsichtsbehörde dabei einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Einschätzung der Qualifikation der Bewerber. Dieser Beurteilungsspielraum ist

jedoch durch eine Vielzahl von gesetzlichen Vorgaben – schulisches Anforderungsprofil nach § 61 Abs. 1 Satz 2, 2. Hs. 2.SchulRÄndGE, § 7 LBG und § 61 Abs. 5 2.SchulRÄndGE – stark eingeschränkt. Die hiernach als geeignet erscheinenden Bewerber muß die obere Schulaufsichtsbehörde der Schulkonferenz vorschlagen. Damit begibt sie sich der Letztentscheidungsbefugnis – ansonsten wäre die Wahl auch sinnlos. Genau dieser Verlust des Letztentscheidungsrechts führt jedoch zum Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes.

Möglicherweise ließe sich gegen diesen Verlust des Letztentscheidungsrechts über die Auswahl des Schulleiters als Verletzung des Demokratieprinzips anführen, daß der in dieser Weise bestellte Schulleiter im Vollzug seiner Aufgaben dauerhaft in die staatliche Weisungshierarchie eingebunden ist und somit jedenfalls bei der Erledigung seiner Aufgaben den Anforderungen des Demokratieprinzips genügt. Der einmalige Akt der Bestellung des Schulleiters unter Mitwirkung nicht demokratisch legitimer Kräfte wirke sich also nicht auf die weitere Aufgabenerfüllung aus; insoweit blieben die staatlichen Ingerenzmöglichkeiten und damit die parlamentarische Verantwortlichkeit des zuständigen Ministers unberührt.

Diese Argumentation ist jedoch vor dem Hintergrund der noch unter II. eigens zu behandelnden Problematik der Bestellung des Schulleiters auf Zeit mit Wiederwahlmöglichkeit (§61 Abs. 6 2.SchulRÄndGE) nicht tragfähig. Ein Schulleiter, der auf seine Wiederwahl durch die Schulkonferenz bedacht sein muß – sofern dies nicht ausnahmsweise aus Altersgründen ausscheidet – wird bei seiner Amtsführung regelmäßig auf diese Wiederwahl Rücksicht nehmen. Erfolgt diese Wiederwahl nämlich nicht, droht ihm die unattraktive Rückkehr in sein niedriger eingestuftes Lebenszeitamt mit der allein daraus folgenden Besoldung und

Versorgung. Dies bringt ihn unweigerlich in Konfliktsituationen, bei denen absehbar ist, daß die Nutzung von Entscheidungsspielräumen – ob gegenüber Lehrern (deren Dienstvorgesetzter er auch noch ist, § 59 Abs. 5 2.SchulRÄndGE), Eltern oder Schülern – oftmals stärker von der Absicht, die eigene Wiederwahl nicht zu gefährden, als von der Sachorientierung geprägt sein dürfte. Der Schulleiter wird daher in eine gesetzlich gewollte, auf Wiederwahl abzielende Verantwortung „nach unten“ eingebunden, die seiner Verantwortung „nach oben“ klar zuwiderlaufen kann. Mit der Herstellung dieses Abhängigkeitsverhältnisses wird die Entscheidungskraft des Schulleiters systematisch untergraben. Gerade im Hinblick auf das im Gesetzentwurf verfolgte Modell einer „eigenverantwortlichen Schule“

zu den verfassungsrechtlichen Grenzen von Schulautonomie vgl. aber Pechstein, Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine Reform der Schulaufsicht in Nordrhein-Westfalen, Philologen-Verband Nordrhein-Westfalen, 2004, S. 13 ff.

kann aber ein in seiner Entscheidungskraft durch das Gesetz geschwächter Schulleiter keine leitende Funktion erfüllen. § 59 Abs. 2 2.SchulRÄndGE verlangt jedoch genau dies von ihm.

Im Hinblick auf das Demokratieprinzip bedeutet diese gesetzliche Nötigung des Schulleiters zu sachwidrigen Rücksichtnahmen „nach unten“, daß die in der staatlichen Verwaltung notwendige exklusive Verantwortung des Amtsträgers „nach oben“ – die der allein möglichen demokratischen Legitimation „von oben“ korrespondiert - kraft Gesetzes korrumpiert wird. Dies stellt einen eindeutigen Verstoß gegen das Demokratieprinzip dar.

Im Ergebnis ebenso Böhmer/Pfeifer, Zur Wahl des Schulleiters und zu seiner Bestellung auf Zeit, ZBR 1975, S. 37 ff. (39).

Eine Sonderstellung des Schulleiters gegenüber anderen Behördenleitern in gleicher Besoldungsstufe (A 16), die evtl. eine hiervon abweichende Beurteilung nahelegen würde, ist nicht ersichtlich.

Es steht vielmehr zu vermuten, daß hinter der Rechtsfigur des von Schulkonferenz auf Zeit zu wählenden Schulleiters – die Bestellung auf Lebenszeit ist erst nach der zweiten Amtszeit von fünf Jahren als Regelfall vorgesehen – der verfassungsrechtlich unzulässige Versuch einer Entverantwortung der Landesregierung und der Schulträger von in der Öffentlichkeit viel kritisierten Unzulänglichkeiten des Schulbetriebs steht. Der an seiner Wiederwahl evtl. scheiternde Schulleiter hat dabei die undankbare Rolle des Sündenbocks zu übernehmen, obwohl die entscheidenden Fragen der Qualität des Schulunterrichts primär mit der von ihm nur marginal beeinflussbaren personellen und sachlichen Ausstattung der Schule zusammenhängen, also von Land und Schulträger gemeinsam zu verantworten sind. Die in der Schulkonferenz vertretenen Personengruppen – Lehrer, Eltern, Schüler – werden durch die Zuweisung von Verantwortung für die Schulleiterwahl in Mithaft für die schulischen Zustände genommen; ihren berechtigten Ausstattungsanforderungen an die Landesregierung und die Schulträger wird so die Spitze gebrochen. Der Befugniszuwachs für die Schulkonferenz erweist sich somit als Danaergeschenk.

### **3. Die Vereinbarkeit der Schulleiterwahl mit Art. 33 Abs. 5 GG**

Das BVerfG hat zu den von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ ausdrücklich auch das Prinzip gerechnet, daß über Personalangelegenheiten des Beamten in der Regel allein die ihm vorgesetzten

Dienstbehörden, die in einem hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnis stehen, entscheiden.

BVerfGE 8, 268 (287)

Zu diesen Personalangelegenheiten gehört als initialer Akt unbestreitbar auch die Ernennung und die ihr vorangehende Auswahlentscheidung. Dieser Grundsatz erfüllt im Gesamtzusammenhang des Art. 33 Abs. 5 GG eine zwingende Funktion: Das nach Art. 33 Abs. 4 GG durch den Ernennungsakt begründete Dienst-, Treue- und Fürsorgeverhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn hat einen exklusiv bilateral und gesetzlich geprägten Charakter. In diesem bilateralen Rechtsverhältnis stehen dem Dienstherrn eine Reihe von Befugnissen zu, die er zwar zur Ausübung auf bestimmte Vorgesetztenebenen delegieren kann und muß. Die Vergabe derartiger Gestaltungsbefugnisse an Personen oder Einrichtungen, die nicht in der Vorgesetztenhierarchie stehen, sondern als nicht aus dem Beamtenverhältnis mitverpflichtete Dritte anzusehen sind, ist dagegen mit diesem bilateralen Charakter der Rechtsbeziehung gemäß Art. 33 Abs. 5 GG nicht zu vereinbaren.

BVerfGE 9, 268 (286 f.)

Auch für die Ernennung des Beamten und die vorgelagerte Auswahlentscheidung kann grundsätzlich nichts anderes gelten, da auch hier die Einstellungsbehörde nach Art. 33 Abs. 2 GG strenge rechtliche Bedingungen der Auswahl beachten muß. Im Hinblick auf die Notwendigkeit, in Konkurrentenrechtsstreitigkeiten die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewerbern anhand rechtlicher Maßstäbe zu rechtfertigen, ist die Einschaltung eines frei entscheidenden – überdies demokratisch nicht legitimierten (vgl. o. 2.) – Gremiums nicht zu rechtfertigen. Hiermit gibt der Dienstherr die Entscheidungsgewalt über die Auswahl unter

mehreren Bewerbern aus der Hand und wird an Fremdentscheidungen gebunden, die er im Hinblick auf die gebotene Beachtung der rechtlich relevanten Auswahlkriterien nicht steuern kann.

Die obere Schulaufsichtsbehörde kann auf der Grundlage des § 61 2.SchulRÄndGE dementsprechend gezwungen sein, Ernennungen vorzunehmen, die absehbar einer gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung anhand der verfassungsrechtlichen (Art. 33 Abs. 2 GG) und gesetzlichen Maßstäbe (§ 61 Abs. 5 2.SchulRÄndGE) nicht standhalten. Dieses Problem wird auch nicht dadurch umgangen, daß die obere Schulaufsichtsbehörde nach § 61 Abs. 1 Satz 2.SchulRÄndGE aus den Bewerbungen nur die „geeigneten“ Personen benennt, die sodann zur Wahl stehen. Auch im Hinblick auf grundsätzlich geeignete Bewerber hat die Rechtsprechung eine Fülle von zu beachtenden Kriterien für die Rechtmäßigkeit von Auswahlentscheidungen aufgestellt, deren Beachtung im Verfahren der Wahl durch die Schulkonferenz nicht sicherzustellen ist. Bei Beförderungsentscheidungen spielen insbesondere die vorliegenden dienstlichen Beurteilungen eine Rolle, deren fachlich angemessene Würdigung durch die Schulkonferenz aufgrund ihrer Zusammensetzung ebensowenig zu erwarten ist, wie die Beachtung der sonstigen an der Bestenauslese orientierten Kriterien. Eine gesetzliche Bindung der Schulkonferenz an diese Kriterien ist auch nicht vorgesehen.

Vgl. hierzu u.a. Carl, Dienstpostenausschreibung und Bewerberauswahl im öffentlichen Dienst, ZBR 2004, S. 343 ff. (345 f.).

Auswahlentscheidungen in dem von § 61 2.SchulRÄndGE vorgesehenen Verfahren wären daher mit einem hohen Risiko bei Konkurrentenklagen behaftet. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf den mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbaren

Regelausschluß der Lehrer der betroffenen Schule nach § 61 Abs. 1 Satz 3 2.SchulRÄndGE von der Benennbarkeit als Kandidat für die Schulleiterwahl. Die Zugehörigkeit zu der betreffenden Schule läßt sich eindeutig nicht als gesetzlich typisierbarer Eignungs- oder Befähigungsmangel ansehen. Vielmehr gilt insoweit der gesetzlich nicht einschränkbare spezielle Gleichheitssatz des Art. 33 Abs. 2 GG auf gleichen Zugang jedes Deutschen zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.

Der Grundsatz der exklusiven Bilateralität bei der Auswahl- und Ernennungsentscheidung und der daraus folgende Ausschluß von Wahlgremien wird allerdings traditionell bei den sog. „kommunalen Wahlbeamten“ durchbrochen. Die Zulässigkeit dieses Instituts hat jedoch zum einen die funktional einschlägige demokratische Legitimation der zuständigen kommunalen Wahlgremien zur Voraussetzung, zum anderen handelt es sich dabei um derart „politiknahe“ Stellen, daß hierfür – ähnlich wie für die sog. „politischen Beamten“ auf Bundes- und Landesebene - bestimmte Sonderregelungen gelten.

Für die in § 61 2.SchulRÄndGE vorgesehene Regelung der Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz läßt sich hieraus jedoch keine Rechtfertigung ableiten. Zum einen fehlt der Schulkonferenz jede demokratische Legitimation (vgl. o. 2.), zum anderen handelt es sich bei Schulleitern (A 16) nicht um politisch besonders herausgehobene Beamte, die gewissermaßen eine Scharnierfunktion zwischen politischer Führung und administrativem Apparat darstellen. Schulleiter sind vielmehr lediglich Behördenleiter im regulären Verwaltungsbereich. Eine zulässige Einschränkung des auch für die Auswahlentscheidung und die Ernennung geltenden Grundsatzes der exklusiven Bilateralität des Beamtenverhältnisses ist somit nicht

gegeben. Die Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz verstößt somit auch gegen Art. 33 Abs. 5 GG. Der Vorbehalt des formalen Ernennungsrechts in § 61 Abs. 4 2.SchulRÄndGE für die obere Schulaufsichtsbehörde ist unzulänglich. Auch Art. 33 Abs. 2 GG ist durch die gesetzliche Regelung verletzt. Ein bloßes Empfehlungsrecht der Schulkonferenz hinsichtlich der Schulleiterbestellung bei Aufrechterhaltung der materiellen Auswahlbefugnis der oberen Schulaufsichtsbehörde wäre dagegen verfassungsrechtlich unbedenklich.

#### **4. Zusammenfassung**

Als Zusammenfassung läßt sich ein Zitat von Hufen anführen:

„Die staatliche Schule ist ungeachtet aller Unterschiede in der Organisationsform demnach keine ausgegliederte Verwaltungs- oder Selbstverwaltungseinheit, sondern sie bleibt in den allgemeinen Staatsaufbau eingegliederte Form hoheitlichen Handelns des Staates. In diesem Rahmen bedürfen alle Handlungen mit Entscheidungscharakter demokratischer Legitimation, d.h., sie müssen sich auf durch das Volk ausgeübte demokratische Gewalt zurückführen lassen. Sozialstaatlich und grundrechtlich motivierte Mitentscheidungen der Betroffenen sind zwar möglich, sie sind aber nicht geboten und nur dann verfassungsgemäß, wenn sie entweder nur entscheidungsvorbereitenden Charakter tragen oder sich letztlich doch auf das Parlament und die verantwortliche Regierung zurückführen lassen (Gebot der ununterbrochenen Legitimationskette). Nicht von den verantwortlichen Stellen ernannte Gremienmitglieder wie Personalräte, aber auch Eltern- und Schülervetreter im Schulbereich, sind in diesem Sinne nicht demokratisch legitimiert. Daran ändert sich auch nichts durch den Vorgang schulinterner Wahlen. Schulaufsicht, Kompetenzen des Schulleiters usw. haben also nicht nur Bedeutung im Hinblick auf Art. 7 GG; sie sind auch ‚Glieder in der Legitimationskette‘ und als solche grundsätzlich unersetzbar.“

Hufen, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen schulischer Selbstgestaltung, FS J.P. Vogel, 1998, S. 51 ff. (57).

„Da der Schulleiter in diesem Konzept der ‚staatlich verantworteten schulischen Selbstgestaltung‘ eine besondere Bedeutung hat, muß er durch die Regeln der Schulverfassung in die Lage versetzt werden, diese Verantwortung auch wirklich durchzusetzen. Dies gilt nicht nur im Verhältnis zu den an der Schule tätigen Lehrkräften, sondern auch gegenüber den Selbstgestaltungsgremien der Schule. Es gilt besonders dann, wenn die Träger der pädagogischen Verantwortung, also die Lehrer, in der Schulkonferenz überstimmt wurden oder wenn es um Fragen von grundrechtlicher Bedeutung geht.

Auch muß deutlich sein, daß nur ein von der Schulkonferenz unabhängiger Schulleiter in der Lage ist, den unabdingbaren Rahmen schulischer Selbstgestaltung zu setzen. Jede auch nur vorübergehende Abhängigkeit von den Gremien, etwa durch (Mit-)Entscheidung bei der Schulleiterwahl oder bei der ‚Verlängerung‘ von befristeten Leitungspositionen gefährdet diese Unabhängigkeit. Man kann es auch generell formulieren: Schulleiterwahl, Führungspositionen auf Zeit und ähnlich (verfassungsrechtlich höchst bedenkliche) Vorstellungen, sind umso problematischer, je mehr eine schulische Selbstgestaltung eine unabhängige Position des Schulleiters bei der Durchsetzung staatlicher Verantwortung verlangt. Gerade dann muß der Schulleiter stark und gegenüber der ‚Basis‘ unabhängig sein, und der Schule kann kein Kooptationsrecht im Hinblick auf die Schulleitung zugestanden werden. Eindeutig verfassungswidrig ist es insbesondere, wenn eine Schulkonferenz sogar die staatliche Schulbehörde mit ihrem ‚Vorschlag‘ für die Besetzung von Leitungspositionen binden und damit einen möglichst ‚gefügigen‘ Schulleiter ggf. sogar gegen den staatlichen Dienstherrn durchsetzen kann – sei es auch nur befristet.“

Hufen, a.a.O., S. 66 f.

Das Diktum der Verfassungswidrigkeit der Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz ist somit unvermeidlich.

### III. Zur zweiten Frage: Künftige beamtenrechtliche Stellung des Schulleiters

#### 1. Die einfachgesetzliche Lage

Die beamtenrechtliche Stellung des Schulleiters auf der Grundlage des 2.SchulRÄndGE ergibt sich aus dessen § 61 Abs. 6 i.V.m. § 25b LBG-NW. Danach werden bestimmte Leitungspositionen an Beamte, die sich bereits in einem Lebenszeitbeamtenverhältnis befinden, auf Zeit vergeben. Dabei kann nach einer ersten Amtszeit von fünf Jahren eine erneute Übertragung auf weitere fünf Jahre erfolgen, worauf jedoch kein Anspruch besteht. Nach der zweiten Amtszeit soll das Amt auf Lebenszeit übertragen werden. Dies ist nach der ersten Amtszeit ausgeschlossen. Die Pflichten aus dem Lebenszeitbeamtenverhältnis ruhen während der Dauer des Zeitbeamtenverhältnisses. Kommt es zu keiner zweiten Amtszeit – wofür keine Begründung gegeben werden muß -, so wird das Lebenszeitbeamtenverhältnis fortgesetzt. Aus ihm folgen alle weiteren besoldungs- und versorgungsrechtlichen Ansprüche.

Diese landesrechtliche Regelung realisiert die von § 12b BRRG eingeräumte Gestaltungsmöglichkeit. § 12b BRRG wurde im Jahre 1997 auf Betreiben des Bundesrates und gegen den Widerstand der Bundesregierung

vgl. Lecheler, Leitungsfunktionen auf Zeit – Eine verfassungswidrige Institution, ZBR 1998, S. 331 ff. (333).

in das BRRG aufgenommen. Mit § 12b BRRG wurde versucht, unter Beachtung der Entscheidung des BVerfG zu § 52 Bremisches Schulverwaltungsgesetz

BVerfGE 70, 243

Spitzenpositionen auf Zeit zu vergeben. Eine Entscheidung des BVerfG zu § 12b BRRG liegt bislang nicht vor.

## **2. Verfassungsrechtliche Bewertung**

### *a) Zur Bedeutung der Entscheidung des BVerfG betreffend die bremische Regelung über die Bestellung des Schulleiters auf Zeit (E 70, 243)*

In der Entscheidung E 70, 243 hat das BVerfG die bremische Regelung über die Bestellung des Schulleiters auf Zeit als mit Bundesrecht unvereinbar verworfen. Bei dieser landesrechtlichen Regelung wurde allerdings nicht das statusrechtliche Amt, sondern es wurden nur die Aufgaben des Schulleiters auf Zeit übertragen, so daß es zu einem dauerhaften Auseinanderfallen von Amt und Funktion kam. Dies hat das BVerfG als Verstoß gegen § 18 BBesG angesehen. Dabei hat es aber angedeutet (a.a.O., S. 265), daß die Vergabe eines Amtes auf Zeit, auch aus einem bestehenden und dem Grunde nach fortbestehenden Lebenszeitbeamtenverhältnis heraus, erfolgen könne. Auch insoweit hat das BVerfG jedoch nur auf das einfache Recht verwiesen. Eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit dieser Frage hat das BVerfG dagegen auch nicht ansatzweise vorgenommen. Aus diesem Grunde ist dieser Entscheidung für die vorliegende Problematik nichts zu entnehmen – auch keine verfassungsrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung für § 12b BRRG und die darauf gestützten landesrechtlichen Regelungen.

### *b) Verfassungsrechtliche Bewertung von beamtenrechtlichen Führungspositionen auf Zeit im rechtswissenschaftlichen Schrifttum*

Die Regelung des § 12b BRRG wurde im Schrifttum nahezu einhellig als verfassungswidrig angesehen – für die ausfüllenden Landesregelungen gilt

demgemäß das Gleiche. Diese Diskussion soll hier nicht im einzelnen nachgezeichnet werden, die wichtigsten Argumente seien jedoch kurz wiederholt. Gerügt wurde insbesondere die Aushöhlung des Lebenszeitamtes und die Beeinträchtigung der Eigenverantwortlichkeit des Beamten als Grundlage der sachorientierten Aufgabenerfüllung. Der Beamte werde so dem noch ungehemmteren Zugriff der politischen Ämterpatronage ausgeliefert.

So Battis, Berufsbeamtentum und Leistungsprinzip, ZBR 1996, S. 193 ff. (197).

Hingewiesen wurde darauf, daß eine Begründung für die Regelung des § 12b BRRG im Gesetzgebungsverfahren nicht gegeben wurde und daß alle denkbaren Begründungsansätze im Ergebnis nicht greifen.

Vgl. Leisner, Leistungsämter auf Zeit, ZBR 1996, S. 289 ff. (292); dazu auch Lecheler, Leitungsfunktionen auf Zeit – Eine verfassungswidrige Institution, ZBR 1998, S. 331 ff. (335 f.).

Dem Argument, Fehlbeurteilungen auf diese Weise korrigieren zu können, wurde entgegengehalten, daß es sich bei den Bewerbern für Spitzenpositionen um bereits vielfach und gut beurteilte Beamte handle, bei denen die Gefahr der Fehlbeurteilung sehr gering sei.

Leisner, Leistungsämter auf Zeit, ZBR 1996, S. 289 ff. (293).

Auch die Zulässigkeit einer Wahl des betreffenden Beamten – wie bei den kommunalen Wahlbeamten – als sachlicher Grund für die Einführung eines entsprechenden Führungsamtes auf Zeit scheidet jedenfalls im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit einer Wahl des Schulleiters durch die Schulkonferenz (vgl. o. I.) aus.

So auch schon Böhmer/Pfeifer, Zur Wahl des Schulleiters und seiner Bestellung auf Zeit, ZBR 1975, S. 37 ff. (42 f.).

Mit Blick auf Art. 33 Abs. 5 GG ist besonders bedeutsam, daß im Rahmen der regulären Laufbahnen das Lebenszeitprinzip auch das Beförderungsamte erfaßt. Sonderregelungen kann es insoweit nur außerhalb des normalen Laufbahnrechts (A-Besoldung) etwa im Bereich spezifisch politisch geprägter Ämter (kommunaler Wahlbeamter) oder der Universitäten geben.

Studenroth, Zeitlich begrenzte Ernennungen im Beamtenrecht, ZBR 1997, S. 212 ff. (218).

Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit dem von Art. 33 Abs. 5 GG ebenfalls geschützten Laufbahnprinzip: Solange ein Amt einer Laufbahn zugeordnet bleibt – was in Nordrhein-Westfalen bezüglich der Schulleiter (A 16) der Fall ist – muß dieses Amt auch auf Lebenszeit vergeben werden. Andernfalls wird das Prinzip der Ämterstabilität verletzt.

Lecheler, Leitungsfunktionen auf Zeit – Eine verfassungswidrige Institution, ZBR 1998, S. 331 ff. (343).

Soweit vereinzelt die Besetzung von Spitzenämtern auf Zeit als verfassungsrechtlich zulässig angesehen wurde, wurde als Sicherung gegen die Verstärkung des politischen Einflusses gefordert, daß die Amtsperioden so festgelegt werden, daß eine Überschneidung mit den Wahlperioden vermieden wird.

Böhm, Besetzung von Spitzenpositionen auf Zeit, DÖV 1996, S. 403 ff. (409).

Abgesehen davon, daß dies im Hinblick auf mögliche irreguläre Beendigungen der Legislaturperioden nicht sichergestellt werden kann, sieht weder § 12b BRRG noch § 25b LBG-NW eine entsprechende Sicherungsklausel vor.

Es bleibt somit festzuhalten, daß die Regelung des § 12b BRRG – und damit notgedrungen auch landesrechtliche Ausfüllungsbestimmungen wie § 25b LBG-NW – in der Rechtswissenschaft als eindeutig verfassungswidrig angesehen werden. Summer hat zu Recht die Befürchtung geäußert, daß man derart „einen politischen Beamten zum Nulltarif“ schaffen wollte.

Summer, Die Spitzenposition auf Zeit im Beamtenrecht – verfassungskonforme Fortentwicklung oder grundgesetzwidriger Systemeinbruch, DÖV 1986, S. 713 ff. (715).

*c) Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 26.10.2004*

Auch wenn bislang zu der bundesrahmenrechtlichen Regelung des § 12b BRRG keine verfassungsgerichtliche Entscheidung vorliegt, so hat doch der BayVerfGH mit seiner Entscheidung vom 26.10.2004 zu der bayerischen Ausfüllungsregelung (Art. 32a BayBG) Stellung genommen.

BayVerfGH, Entscheidung vom 26.10.2004, ZBR 2005, S. 32 ff.

Auch wenn diese Entscheidung nur das bayerische Landesrecht betrifft, lassen sich aus ihr gleichwohl wichtige Hinweise für die verfassungsrechtliche Beurteilung auch der Regelung in Nordrhein-Westfalen gewinnen.

Der BayVerfGH hat Art. 32a BayBG als Verstoß gegen Art. 95 Abs. 1 Satz 2 der Bayerischen Verfassung angesehen, der trotz anderer Wortwahl in gleicher Weise wie Art. 33 Abs. 5 GG – der BayVerfGH betont dabei ausdrücklich die Deckungsgleichheit der Gewährleistungsgehalte – die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ schützt.

Mit seiner Entscheidung hat der BayVerfGH sämtliche oben angeführten Bedenken der rechtswissenschaftlichen Literatur gegenüber § 12b BRRG bestätigt und alle Rechtfertigungsversuche der bayerischen Landesregierung für die streitgegenständliche Regelung zurückgewiesen. Insbesondere hat er das Argument, auf diese Weise sollten zusätzliche Leistungsanreize geschaffen werden, verworfen. Das Wiederernennungsbedürfnis für eine zweite Amtszeit berge die Gefahr einer nicht am Allgemeinwohl orientierten Amtsführung in sich, weshalb der Leistungsanreiz ambivalent sei, so daß hieraus keine Rechtfertigung für den Eingriff in das Lebenszeitprinzip abgeleitet werden könne.

BayVerfGH, Entscheidung vom 26.10.2004, ZBR 2005, S. 34 f.

Die Vergabe von Führungspositionen auf Zeit – wie in Nordrhein-Westfalen zweimal fünf Jahre – hat der BayVerfGH insgesamt als nicht gerechtfertigten Eingriff in das Lebenszeitprinzip eingestuft. Eine beliebige Ausdehnung der Rechtsfigur des Beamten auf Zeit könne es im Lichte der Bedeutung des Lebenszeitprinzips nicht geben. Dabei hat das Gericht ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die u.U. nur geringe Zahl der betroffenen Ämter bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung keine Rolle spielen könne.

*d) Schlußfolgerung für die verfassungsrechtliche Bewertung von § 61 Abs. 6 2.SchulRÄndGE i.V.m. § 25 b LBG-NW*

Die für die Bestellung der Schulleiter in Nordrhein-Westfalen getroffene Regelung stimmt inhaltlich in allen beurteilungserheblichen Aspekten mit der vom BayVerfGH verworfenen Regelung des Art. 32a BayBG überein. Da der BayVerfGH auch ausdrücklich auf die Identität der Gewährleistungsgehalte des Art. 33 Abs. 5 GG und

der von ihm als Prüfungsmaßstab herangezogenen Bestimmung des Art. 95 Abs. 1 Satz 2 BV hingewiesen hat und an seiner Beurteilung der Bedeutung des Lebenszeitprinzips im Lichte der einschlägigen Judikatur des BVerfG zu Art. 33 Abs. 5 GG nichts zu kritisieren ist, steht einer Übertragung dieser Bewertung auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen nichts im Wege. Dies gilt umso mehr, als der BayVerfGH mit seiner Entscheidung die nahezu einhellige Auffassung der rechtswissenschaftlichen Literatur bestätigt hat. Da auch keine spezifisch landesrechtlichen Besonderheiten der nordrhein-westfälischen Regelung ersichtlich sind, die eine abweichende Beurteilung nahelegen könnten, muß insoweit von einem Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG ausgegangen werden.

*e) Abweichende Beurteilung für den Fall der Realisierung der sog. „Föderalismusreform“?*

Eine andere Beurteilung ist auch nicht für den Fall geboten, daß im Rahmen der sog. Föderalismusreform eine Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG in dem Sinne erfolgt, daß das Beamtenrecht „fortzuentwickeln“ ist. Fortzuentwickeln sind danach nämlich nicht die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ selbst – zu denen das Lebenszeitprinzip zählt – , sondern nur das darauf beruhende Beamtenrecht. Eine weitergehende Einschränkungsmöglichkeit dieser Grundsätze ist hiermit also nicht verbunden. Auch die beabsichtigte Rückübertragung der besoldungs- und versorgungsrechtlichen Kompetenzen auf die Bundesländer und der Wegfall der beamtenrechtlichen Rahmenkompetenz des Bundes nach Art. 75 GG – allerdings bei Einführung einer konkurrierenden Bundeskompetenz für die Statusrechte der Beamten der Länder und Kommunen – ändert an dieser Beurteilung nichts. Die von

Art. 33 Abs. 5 GG auch in seiner ergänzten Fassung garantierten hergebrachten Grundsätze sind für den Landesgesetzgeber gleichwohl uneingeschränkt verbindlich.

#### **IV. Schluß**

Die in Nordrhein-Westfalen geplante Bestellung des Schulleiters auf Zeit, in Abhängigkeit von einer Wahl durch die Schulkonferenz stellt eine eindeutig verfassungswidrige Regelung dar. Hinsichtlich der Wahl durch die Schulkonferenz ist der Mangel der demokratischen Legitimation derselben und die aus der Mitwirkung der Schulkonferenz resultierende Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich einzig relevanten demokratischen Legitimation durch die Einstellungsbehörde zu beanstanden. Die Bestellung als Beamter auf Zeit gemäß der Regelung des § 25b LBG-NW stellt eine gemessen an Art. 33 Abs. 5 GG nicht zu rechtfertigende Verletzung des Lebenszeitprinzips dar.

(Prof. Dr. Matthias Pechstein)