

Personalvertretung in eigenverantwortlichen Schulen

Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis

RECHTSGUTACHTEN



DGB

**Personalvertretung
in eigenverantwortlichen Schulen
unter Berücksichtigung der Föderalismusreform**

Rechtsgutachten

**im Auftrag des Hauptvorstandes der GEW,
des Landesverbandes Nordrhein-Westfalen der GEW
und des Deutschen Gewerkschaftsbundes**

**erstellt von
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis und
Priv.-Doz. Dr. Klaus Joachim Grigoleit**

Humboldt-Universität zu Berlin

August 2006

© NEUE DEUTSCHE SCHULE Verlagsgesellschaft mbH, Essen
Nünningstr. 11, 45141 Essen, 2006, www.nds-verlag.de

Die Mitbestimmung ist ein wesentliches Merkmal der sozialen Marktwirtschaft.

(Bundeskanzlerin Angela Merkel am 30.8.2006)

Die konservativ-liberale Landesregierung in NRW hat sich vorgenommen, mit dem neuen Schulgesetz „eines der modernsten Schulsysteme Europas“ zu schaffen. In ihrem Reformeifer hat sie jedoch offenkundig übersehen, dass moderne Schulsysteme - die PISA-Gewinner zeigen es - auch und gerade auf die Mitwirkung der Lehrerinnen und Lehrer setzen.

Mitbestimmung ist im Grundgesetz garantiert. Wie in allen anderen Bereichen des öffentlichen Dienstes nehmen Lehrkräfte ihr dort verbrieftes Recht auf Interessenvertretung und qualifizierte Mitbestimmung durch die von ihnen gewählten Personalräte wahr.

Gerade wenn Schulen eigenverantwortlicher und selbstständiger handeln sollen, muss qualifizierte Mitbestimmung in den Schulen durch gewählte Personalräte gewährleistet werden. Die Neuregelungen durch das Schulrechtsänderungsgesetz vom 27. Juni 2006 nähren jedoch den Verdacht, dass entgegen dem rechtsstaatlichen Gebot die Mitbestimmung der Lehrkräfte an den Schulen ausgehebelt werden soll.

Zumindest in seinen Regelungen zur Mitbestimmung durch Lehrerräte in der Schule verstößt das neue Schulgesetz NRW gegen das Grundgesetz wie auch gegen die Landesverfassung NRW.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass diese Verfassungsverstöße zur Nichtigkeit des Gesetzes insgesamt führen. Vor allem die Regelung der Mitbestimmung in den Schulen verlangt eine zeitnahe Nachbesserung.

Der Landtag NRW ist damit aufgefordert, das Schulgesetz alsbald erneut zu beraten. Die Schulen des Landes brauchen Rechtssicherheit, gerade wenn sie sich selbstständig entwickeln sollen. Um den Schulfrieden zu erhalten, ist schnelles Handeln geboten.

Wir setzen auf die Zusagen der Landesregierung und unseres Ministerpräsidenten, das Land gemeinsam mit den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu modernisieren. Deshalb fordern wir qualifizierte Mitbestimmung, auch in den Schulen des Landes.

Düsseldorf, den 22. September 2006

Guntram Schneider

Vorsitzender des DGB NRW

Andreas Meyer-Lauber

Vorsitzender der GEW NRW

Inhalt

A. Zusammenfassung	7
B. Sachverhalt und Fragestellung	10
I. Sachverhalt	10
II. Fragestellung	10
C. Rechtliche Würdigung	11
I. Die Gesetzesänderungen im Einzelnen	11
1. Schulische Eigenverantwortung	11
a) Neuregelung in § 3 SchulG	11
b) Neuregelung in § 59 SchulG	12
c) Zwischenergebnis	13
2. Dienstrechtliche Kompetenzen der Schulleitung	13
a) Neuregelung in § 59 Abs. 4	13
b) Neuregelung in § 59 Abs. 5	14
c) Neuregelung in § 59 Abs. 6	15
d) Zwischenergebnis	15
3. Mitwirkungsmechanismen	16
a) Neuregelung in § 59 Abs. 6 Satz 3	16
b) Die Generalnorm in § 69 Abs. 4	16
II. Rechtliche Bewertung	18
1. Das Projekt selbständige Schule im Allgemeinen	18
2. Die Übertragung von Dienstvorgesetztenfunktionen auf die Schulleiter	19
3. Die personalvertretungsrechtlichen Folgeregelungen	19
a) Die Schule als Dienststelle	20
b) Lehrerräte als Personalvertretungen	24
aa) Formelle Anforderungen des Rahmenrechts	24
bb) Verfahrensrechtliche Anforderungen der Personalratsbildung	25
cc) Der Lehrerrat als Sondervertretung	26
dd) Funktionale Defizite und Rechtsklarheit	27
c) Mitbestimmung nach Maßgabe des Ordnungsrechts	28
aa) Der personalvertretungsrechtliche Gesetzesvorbehalt	28
bb) Verstoß gegen den allgemeinen Gesetzesvorbehalt	30
cc) Bestimmtheit	33
dd) Das Einvernehmen mit dem zuständigen Landtagsausschuss	36
d) Die Bedeutung der Föderalismusreform	37
e) Folgen des Verfassungsverstoßes	41

A. Zusammenfassung

1. Das Rechtsgutachten beschäftigt sich mit der Schulgesetznovellierung durch das „2. Schulrechtsänderungsgesetz“ vom 27. Juni 2006. Überprüft wird insbesondere, ob die Novellierung mit den rechtlichen Vorgaben für die Organisation und die Befugnisse der Personalvertretung vereinbar ist.
2. Leitidee der Novelle ist die Verwirklichung der „eigenverantwortlichen Schule“. Dazu verdeutlicht das Änderungsgesetz im Wesentlichen bereits bestehende Elemente schulischer Eigenverantwortung und betont dabei die Verantwortung der Schulleitung. Dieser werden bereits durch Gesetz wichtige dienstrechtliche Befugnisse, insbesondere im Beurteilungswesen übertragen. Weitere Funktionen eines Dienstvorgesetzten sollen durch Verordnung übertragen werden (§ 59 Abs. 5).
3. Der Übergang personalrechtlicher Entscheidungskompetenzen wird auch personalvertretungsrechtlich nachvollzogen. Insbesondere sieht § 69 Abs. 4 vor, dass im Wege der Verordnung bestimmt werden soll, in welchen Fällen, mit welchen Kompetenzen und in welchen Verfahren der Lehrerrat an der Stelle des Personalrats zu beteiligen ist.
4. Das Projekt „selbständige Schule“ begegnet für sich genommen keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Da das Ministerium schon nach der allgemeinen Regelung in § 3 Abs. 3 LBG Dienstvorgesetztenfunktionen auf die Schulleitungen übertragen könnte, ist auch die diesbezügliche Regelung in § 59 Abs. 5 unbedenklich.
5. Der Landesgesetzgeber fühlte sich zwar bisher an den bundesgesetzlich in § 6 Abs. 1 BPersVG niedergelegten materiellen Dienststellenbegriff gebunden und erklärte deshalb die Schulen im Rahmen des Schulentwicklungsgesetzes zu personalratsfähigen Dienststellen, weil und soweit personalrechtliche Kompetenzen auf die Schulleitungen übergingen. Ebenso verfahren andere Landesgesetzgeber, zuletzt bei der Schulreform im Land Hamburg. Eine rechtliche Bindung an den materiellen Dienststellenbegriff besteht jedoch nicht.
6. Nicht der Dienststellenbegriff, wohl aber die Gewähr materieller Mitbestimmung begrenzt bisher rahmenrechtlich aus § 95 Abs. 1, 1. HS BPersVG den Spielraum des Landesgesetzgebers. Nach dem Grundsatz der „orts- und problemnahen Konfliktvermittlung“ hat der Landesgesetzgeber gegenüber substanziellen Entscheidungskompetenzen eine Mitbestimmung „vor Ort“ zu gewährleisten. Diesem Grundsatz kann prinzipiell auch durch die Beteiligung eines Lehrerrates vor Ort Rechnung getragen werden.
7. Der Lehrerrat erfüllt aber schon die formellen Anforderungen des bisherigen Rahmenrechts nicht. Er ist ein schulisches Mitwirkungsorgan

und keine Personalvertretung im Sinne der § 95 Abs. 1, 1. HS, § 104 Abs. 1 Satz 1 BPersVG. Der Lehrerrat wird nicht unmittelbarer nach den Grundsätzen der Verhältniswahl (§ 98 BPersVG), sondern von einem anderen Schulorgan, nämlich der Lehrerkonferenz, und damit „mittelbar“ gewählt. Das Gesetz verstößt deshalb gegen die rahmenrechtliche Pflicht zur flächendeckenden Bildung von Personalvertretungen.

8. Selbst wenn man die Beteiligung des Lehrerrates an Stelle des Personalrates als Einrichtung einer „Sondervertretung“ grundsätzlich für zulässig halten sollte, verfehlt das Gesetz die Anforderungen, die an die Einrichtung solcher „Sondervertretungen“ zu stellen sind. Insoweit zeigen die bundes- und landesrechtlichen Vorschriften über Richteräte, dass hierfür detaillierte gesetzliche Regelungen erforderlich sind, die sich an das Personalvertretungsrecht anlehnen und insbesondere auch das Verhältnis der Sondervertretung zu den „allgemeinen“ Personalvertretungen in einem Verfahren der „gemeinsamen Beteiligung“ regeln.
9. Durch die vorgesehene Übertragung von Mitbestimmungsrechten auf die Lehrerräte drohen erhebliche Defizite in der Funktionalität der Personalvertretung. Die Neuregelung nährt den Verdacht, dass entgegen dem rechtsstaatlichen Gebot inhaltlicher Rechtsklarheit das Organisationsrecht dazu benutzt wird, die Effektivität der Mitbestimmung an den Schulen auszuhebeln.
10. Die Ermächtigung in § 69 Abs. 4 verstößt gegen den personalvertretungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt. Der dem Personalvertretungsrecht zugrunde liegende Interessenantagonismus verbietet es, die Regelung wesentlicher personalvertretungsrechtlicher Fragen, insbesondere Kompetenzen und Beteiligungsverfahren der Regelung durch die Exekutive als konfliktbeteiligter Partei zu überlassen. Der rechtsstaatlich erforderliche Distanzschutz verlangt vielmehr nach einer neutralen Regelung durch den Gesetzgeber. Zudem stellt die rahmenrechtliche Regelung des Bundes einen Regelungsauftrag an den Landesgesetzgeber dar (75 Abs. 3 GG), der durch Parlamentsgesetz zu erfüllen ist. Der Landesgesetzgeber selbst muss deshalb alle Regelungen erlassen, die zur Ausfüllung des bundesgesetzlichen Rahmens erforderlich sind. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn das Landesrecht von den allgemeinen Rahmenbestimmungen aufgrund der Ausnahmeregelungen in § 95 Abs. 1, 2. HS BPersVG abweichen will.
11. Die Regelung des § 69 Abs. 4 verstößt auch gegen den allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Die Regelungen über die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst gestalten grundrechtlich insbesondere in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG geschützte Lebensbereiche. Nach der Wesentlichkeitstheorie

- bedarf deshalb die landesrechtliche Entscheidung darüber, ob und in welcher Weise von den Vorgaben des bisherigen Rahmenrechts nach § 95 Abs. 1, 2. HS BPersVG abgewichen werden soll, einer parlamentsgesetzlichen Regelung.
12. Die Ermächtigung in § 69 Abs. 4 verstößt gegen den institutionellen Gesetzesvorbehalt. Danach müssen gerade solche Regelungen, die im innerstaatlichen Organisationsbereich verfassungsgeschützte Kompetenzen und Interessen ausbalancieren, in ihrem „Für und Wider vor den Augen der Öffentlichkeit diskutiert und vom Parlament verantwortet“ werden.
 13. Die Ermächtigung in § 69 Abs. 4 verstößt gegen den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 70 Satz 2 LV, dessen Anforderungen umso strenger zu handhaben sind, je grundrechtsrelevanter die Auswirkungen für die von der Verordnung potenziell Betroffenen sind. Es ist nicht vorhersehbar, ob und welche Zuständigkeiten auf den Lehrerrat übertragen werden, aus der Novellierung ergibt sich kein Programm für die exekutive Regelung. Vielmehr bleibt es in das freie Belieben des Ordnungsgebers gestellt, Mitwirkungsrechte an innerschulischen Entscheidungen ganz, zum Teil oder überhaupt nicht auf den Lehrerrat zu übertragen.
 14. Das in § 69 Abs. 4 vorgesehene Einvernehmen mit dem zuständigen Landtagsausschuss reicht als „parlamentarische Beteiligung“ an exekutiver Rechtssetzung nicht aus. Das vom Prinzip demokratischer Repräsentation geforderte öffentliche Verfahren parlamentarischer Gesetzgebung kann durch eine schlichte Zustimmungspflicht eines Parlamentsausschusses nicht ersetzt werden.
 15. Die festgestellten Verstöße gegen das Bundesrahmenrecht werden durch die Kompetenzänderungen aufgrund der Föderalismusreform nicht tangiert. Zwar geht die Gesetzgebungskompetenz für das Personalvertretungsrecht auf die Länder über. Das nach Art. 125 a GG fortgeltende Rahmenrecht entfaltet keine Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber. Die bereits erlassene Schulgesetznovelle ist jedoch wegen Verstoßes gegen Rahmenrecht kompetenzwidrig und nichtig und kann durch die Kompetenzänderung nicht rückwirkend geheilt werden. Allenfalls könnte der Gesetzgeber unter Beachtung der dargestellten Maßgaben und unter Nutzung seiner Ersetzungsbefugnis aus Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG das Schulrechtsänderungsgesetz erneut erlassen.
 16. Es ist nicht auszuschließen, dass die festgestellten Verfassungsverstöße zur Nichtigkeit des Schulrechtsänderungsgesetzes insgesamt führen könnten. Zumindest verlangt die Nichtigkeit des § 69 Abs. 4 eine zeitnahe Nachbesserung des Gesetzgebers. Bis dahin sollten die mitbestimmungsrelevanten Kompetenzen der Schulleitungen ausgesetzt werden.

B. Sachverhalt und Fragestellung

I. Sachverhalt

In seiner Regierungserklärung vom 13. Juli 2005 kündigte Ministerpräsident Rüttgers eine grundlegende Schulreform an. Diese Ankündigung sollte durch den Entwurf der Landesregierung für ein Zweites Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen („2. Schulrechtsänderungsgesetz“) vom 28. März 2006

LT-Drs. 14/1572.

umgesetzt werden.

Neben verschiedenen pädagogischen Zielsetzungen (individuelle Förderung der Schüler, obligatorische Sprachtests, Absenkung des Einschulungsalters, Verbindlichkeit des Grundschulgutachtens, Dokumentation des Sozialverhaltens von Schülern etc.) verfolgt der Gesetzentwurf vor allem schul- bzw. verwaltungsorganisatorische Ziele. Dazu gehört insbesondere die Ausweitung der Eigenverantwortlichkeit der Schule, die Wahl der Schulleiterinnen und Schulleiter durch die Schulkonferenz, die Hervorhebung ihrer Leitungsaufgaben und die Reform der schulischen Mitwirkungsgremien.

Der Gesetzentwurf ist nach Änderungen im parlamentarischen Verfahren zum Schuljahresbeginn am 1. August 2006 in Kraft getreten.

2. Schulrechtsänderungsgesetz vom 27. Juni 2006 (GV. NRW. S. 278.)

II. Fragestellung

Mit der Ausweitung schulischer Eigenverantwortlichkeit und der Konzentration auch dienstrechtlicher Befugnisse bei einem gewählten Schulleiter wird ein weit reichender Eingriff in verwaltungsorganisatorische Strukturen vollzogen. Dieser Eingriff wirkt insbesondere im Zusammenhang mit der Reform der schulischen Mitwirkungsorgane auch personalvertretungsrechtliche Fragen auf. Im Hinblick darauf soll überprüft werden, ob das Schulgesetz in der Fassung durch das 2. Schulrechtsänderungsgesetz mit den rechtlichen Vorgaben für die Organisation und die Befugnisse der Personalvertretung vereinbar ist.

C. Rechtliche Würdigung

I. Die Gesetzesänderungen im Einzelnen

I. Schulische Eigenverantwortung

Die „Leitidee der eigenverantwortlichen Schule“ soll nach dem Änderungsgesetzentwurf insbesondere in §§ 3 und 59¹ hervorgehoben und durch die Erprobungsklausel in § 25 ergänzt werden.

LT-Drs. 14/1572, S. 76

a) Neuregelung in § 3 SchulG

In der Überschrift zu § 3 wird der Terminus der „(s)chulischen Selbständigkeit“ durch den der Eigenverantwortung ergänzt, neben der „Qualitätssicherung“ wird die „Qualitätsentwicklung“ eingeführt.

Beide Änderungen greifen die Terminologie der bereits zuvor bestehenden Regelung auf. In § 3 Abs. 1 Satz 1 war auch bisher schon die Eigenverantwortung der Schule bei der Gestaltung von Unterricht, Erziehung und Schulleben vorgesehen. § 3 Abs. 3 sieht unverändert vor, dass Schule und Schulaufsicht zur „Entwicklung und Sicherung der Qualität schulischer Arbeit“ verpflichtet sind. Insofern verdeutlicht die Änderung der Überschrift eher den Regelungsbestand als dass sie auf neue Akzente hinweist.

Neu eingefügt wurde mit § 3 Abs. 1 Satz 3 die Pflicht der Schulaufsichtsbehörden zur Beratung und Unterstützung der Schulen „in ihrer Selbständigkeit und Eigenverantwortung“. Auch insoweit liegt keine Neuregelung vor, weil Gleiches bereits bisher nach § 88 Abs. 5 galt.

Ähnliches gilt für die Ergänzung des § 3 Abs. 2 Satz 2, wonach die Schulen ihren Erfolg nicht mehr nur anhand des Schulprogramms evaluieren, sondern gegebenenfalls auch Verbesserungsmaßnahmen planen und in einer festgelegten Reihenfolge durchführen. Da die Schule auch bisher zur „kontinuierlichen Entwicklung und Sicherung der Qualität“ verpflichtet war (§ 3 Abs. 3 Satz 1), ergeben sich aus der Ergänzung keine inhaltlich neuen mit Pflichten.

¹ §§ ohne Gesetzesangabe verweisen auf Vorschriften des Schulgesetzes.

b) *Neuregelung in § 59 SchulG*

In § 59 ist die Position der Schulleiterinnen und Schulleiter geregelt. Zahlreiche Veränderungen dieser Norm sollen nach der Gesetzesbegründung Gestaltungsspielräume erweitern, klare Verantwortlichkeiten gestalten und angemessene Unterstützung sichern, um der „entscheidenden Schlüsselrolle“ der Schulleitung bei der Umsetzung der Konzeption einer „eigenverantwortlichen Schule“ Rechnung zu tragen.

LT-Drs. 14/1572, S. 96

Die Verantwortung der Schulleitung im Rahmen der Konzeption ist zunächst in § 59 Abs. 2 neu gefasst. Danach sorgt die Schulleitung „für die Qualitätsentwicklung und Qualitätssicherung“ (§ 59 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3). Diese Pflicht schließt an die bereits zuvor bestehende und beibehaltene Verantwortung der Schulleitung für die „Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags der Schule“ (§ 59 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2) an.

Weitere, speziellere Ausprägungen dieser Verantwortung finden sich nun in § 59 Abs. 2 Nr. 4 und 5. Nach Nr. 4 wirkt die Schulleitung auf eine ungekürzte Unterrichtserteilung hin. Die Entwurfsbegründung weist diese Aufgabe als „wesentliche Pflicht“ aus, die deshalb ausdrücklich in das Gesetz übernommen wurde, während sie vorher nur in § 18 Abs. 5 der Allgemeinen Dienstordnung (ADO) als Erlassregelung enthalten war.

LT-Drs. 14/1572, S. 96

Schon daraus ergibt sich, dass eine rechtsinhaltliche Veränderung insoweit nicht beabsichtigt war.

Nach Nr. 5 ist die Schulleitung dafür verantwortlich, dass alle Vorbereitungen zum Unterrichtsbeginn des neuen Schuljahres abgeschlossen sind. Da der Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule (Nr. 2) insbesondere durch die Unterrichtserteilung erfüllt wird und da der Unterricht selbstverständlich vorzubereiten ist, ergibt sich auch diese Verantwortung der Schulleitung aus § 59 Abs. 2 Nr. 2. Ein eigenständiger Regelungsbereich wird durch diese Neuregelung also nicht erfasst.

Wie sich die Verantwortung nach Abs. 2 Nr. 2 und 3 von der unveränderten Aufgabe der Schulleitung zur Schulentwicklung nach § 59 Abs. 3 unterscheidet, ist unklar. Letztere wird mit den anderen (unveränderten) Aufgaben der Schulleitung aus § 59 Abs. 3 nun als „Leitungsaufgabe“ bezeichnet. Dass damit keine inhaltliche Änderung verbunden ist, ergibt sich aus der Begründung zum Gesetzentwurf, derzufolge es sich insoweit nur um eine redaktionelle Änderung handelt.

LT-Drs. 14/1572, S. 96

§ 59 Abs. 7 und § 59 Abs. 9 Satz 2 enthalten neue Berichtspflichten der Schulleitung gegenüber der Schulkonferenz im Hinblick auf die Unterrichtsversorgung an der Schule (Abs. 7) und auf die Mittelverwendung (Abs. 9 Satz 2). Nur für die Berichtspflicht aus Abs. 9 enthält der Gesetzentwurf eine Begründung, in der die Neuregelung als notwendige Ergänzung zur (unveränderten) Mittelbewirtschaftung durch die Schulleitung bezeichnet wird.

LT-Drs. 14/1572, S. 97

Wesentliche Änderungen der Neuregelung in § 59 betreffen die dienstrechtlichen Aufgaben der Schulleitung gegenüber den an der Schule tätigen Lehrern. Diese werden in § 59 Abs. 5 ausdrücklich „zur Stärkung der Selbstverwaltung und Eigenverantwortung der Schulen“ übertragen. Diese Neuregelungen werden nachfolgend gesondert erläutert.

c) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Neuregelung schulischer Eigenverantwortung durch das Änderungsgesetz abgesehen von neuen dienstrechtlichen Kompetenzen der Schulleitungen sich darauf beschränkt, das bereits geltende Recht verdeutlichend zu konkretisieren. Im Mittelpunkt steht dabei nicht die Schule als „Selbstverwaltungskörper“, sondern die Betonung der Verantwortung der Schulleitung.

2. Dienstrechtliche Kompetenzen der Schulleitung

Wie bereits angesprochen ergeben sich aus dem gesetzgeberischen Konzept der eigenverantwortlichen Schule Rechtsänderungen im Bereich der dienstrechtlichen Kompetenzverteilung.

Bisher war der Schulleiter bzw. die Schulleiterin Vorgesetzte aller an der Schule beschäftigten Personen und konnte diesen insoweit Weisungen erteilen (§ 59 Abs. 2 Satz 3 – a. F. = § 59 Abs. 2 Satz 2 – n. F.). Zu ihren bzw. seinen Aufgaben gehörte auch bisher schon die „Personalführung und Personalentwicklung“ (§ 59 Abs. 3). Im Rahmen der übertragenen Zuständigkeiten wirkte der Schulleiter bzw. die Schulleiterin auch bisher in Personalangelegenheiten mit und traf selbst Personalentscheidungen (§ 59 Abs. 4 a. F. = § 59 Abs. 4 Satz 1 – n. F.).

Diese Vorschriften werden nun durch § 59 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 und Abs. 6 Satz 2 ergänzt.

a) Neuregelung in § 59 Abs. 4

Der Schulleiter bzw. die Schulleiterin erstellt nach § 59 Abs. 4 Satz 2 in katalogmäßig aufgeführten Fällen die dienstlichen Beurteilungen für die Lehr-

kräfte. Von besonderem Gewicht sind insoweit die Fälle Nr. 1 und 2, die die Beurteilung vor der Anstellung (Nr. 1) bzw. vor der ersten Beförderung betreffen.

Der Begründung nach soll dadurch die Stellung der Schulleitungen gestärkt werden, der Aufgabenbeschreibung in § 59 Abs. 3 („Personalführung und Personalentwicklung“) besser entsprochen und die Schulaufsicht zugunsten ihrer Kernaufgaben entlastet werden.

LT-Drs. 14/1572, S. 96

b) Neuregelung in § 59 Abs. 5

In § 59 Abs. 5 wird die Selbstverwaltung und Eigenverantwortung der Schule ausdrücklich mit den dienstrechtlichen Kompetenzen der Schulleiterin bzw. des Schulleiters in Verbindung gesetzt: „Zur Stärkung der Selbstverwaltung und Eigenverantwortung der Schulen werden den Schulleiterinnen und Schulleitern Aufgaben der oder des Dienstvorgesetzten übertragen.“ Die Übertragung „der Dienstvorgesetztenfunktionen“ erfolgt nach der Begründung wie bisher nach näherer Bestimmung durch Gesetz oder Rechtsverordnung des Schulministeriums.

LT-Drs. 14/1572, S. 97

Nach dieser Begründung erscheint unklar, welche Bedeutung der Regelung zukommt. Nach der bisherigen Rechtslage waren einzelne Aufgaben der Dienstvorgesetzten durch die mehrfach geänderte Verordnung über beamtenrechtliche Zuständigkeiten im Geschäftsbereich des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 17. April 1994, zuletzt geändert durch VO vom 7.11.2005

SGV.NRW.2030

auf die Schulleiterinnen und Schulleiter übertragen worden. Sehr viel weiter gingen die Übertragungen aufgrund der Verordnung zur Durchführung des Modellvorhabens „Selbständige Schule“ (VOSS) vom 12. April 2002. § 4 Abs. 1 VOSS sieht einen Katalog von Zuständigkeiten vor, der unmittelbar auf die Schulleitung übertragen wird. Dieser wird durch den in § 4 Abs. 2 VOSS enthaltenen Katalog ergänzt, der im Rahmen der Kooperationsvereinbarungen übertragbare Kompetenzen aufzählt. Die Verordnung beruhte auf dem Gesetz zur Weiterentwicklung von Schulen (Schulentwicklungsgesetz) vom 27.11.2001. Danach sollten solche Abweichungen zur Erprobung von neuen Modellen durch Verordnung ermöglicht werden. Die Abweichungen durften nur befristet und nur für ausgewählte Schulen gelten. Sie unterlagen zudem der Zustimmung der zuständigen Landtagsausschüsse (Art. 1 Abs. 1, 5 SchulentwicklungsgG).

Nach dem Wortlaut des § 59 Abs. 5 Satz 1 liegt es zunächst nahe, von einer schulgesetzlichen Übertragung von Dienstvorgesetztenaufgaben auszugehen („werden ... übertragen“). Da das Gesetz selbst aber keinen Katalog übertragener Funktionen enthält, müssten davon die Dienstvorgesetztenfunktionen insgesamt betroffen sein. Dagegen spricht, dass die Vorschrift nur allgemein von „Aufgaben der oder des Dienstvorgesetzten“ spricht, also weder den bestimmten Artikel verwendet, noch die Schulleiterinnen und Schulleiter zu Dienstvorgesetzten erklärt.

Aus der Begründung ergibt sich weiter, dass der Gesetzgeber nicht von einer „automatischen“ Aufgabenübertragung ausging. Diese Vorstellung kommt auch in § 59 Abs. 5 Satz 2 zum Ausdruck („Soweit diese Aufgaben durch Gesetz oder Rechtsverordnung übertragen worden sind...“).

Insgesamt wird deshalb davon auszugehen sein, dass § 59 Abs. 5 Satz 1 selbst keine Dienstvorgesetztenfunktionen überträgt, sondern nur der bisherigen Praxis der anderweitigen gesetzlichen oder verordnungsmäßigen Übertragung Ausdruck verleihen soll.

Allerdings ist nach der gesetzlichen Formulierung ein verbindlicher Auftrag gewollt. Nicht das Ob der Übertragung, sondern nur deren Umfang und das Wie werden späterer gesetzlicher oder behördlicher Anordnung überlassen.

c) Neuregelung in § 59 Abs. 6

§ 59 Abs. 6 normiert die bisher in Abs. 5 Satz 1 geregelten Angelegenheiten der Lehrerfortbildung. Die Regelung wurde durch § 59 Abs. 6 Satz 2 ergänzt, wonach die Schulleiterin bzw. der Schulleiter – unter Beteiligung des Lehrerrates (§ 59 Abs. 6 Satz 3) – auch die Teilnehmer von Fortbildungsveranstaltungen auswählt. Da auch diese Auswahl zu den „Angelegenheiten der Fortbildung“ gezählt werden kann, ist eine inhaltliche Neuregelung der Kompetenz der Schulleitung damit nicht verbunden. Die Rechtsänderung bezieht sich vielmehr auf die Abweichung vom Mitbestimmungsstatbestand nach § 72 Abs. 4 Nr. 17 LPersVG NW, ist also im Zusammenhang der Mitwirkungsmechanismen zu thematisieren.

d) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist danach festzustellen, dass das Änderungsgesetz bei den dienstrechtlichen Befugnissen gegenüber der bisherigen Rechtslage nur im Hinblick auf die dienstliche Beurteilung der Lehrer eine inhaltliche Veränderung bewirkt. Im Übrigen bleibt es im Hinblick auf die dienstrechtlich zentrale und für das gesetzgeberische Anliegen einer Stärkung schulischer Selbstverwaltung hervorgehobene Übertragung von Aufgaben des Dienstvorgesetzten bei einer gesetzlichen Richtungsentscheidung, die der spezialgesetzlichen oder behördlichen Umsetzung bedarf.

3. Mitwirkungsmechanismen

Soweit Entscheidungskompetenzen durch oder infolge der Neuregelung von den Aufsichtsbehörden auf die Schule übertragen werden, ist dies auch personalvertretungsrechtlich nachzuvollziehen. Auch dazu finden sich Regelungen im Schulrechtsänderungsgesetz.

a) Neuregelung in § 59 Abs. 6 Satz 3

Die bereits erwähnte Kompetenz der Schulleitung zur Auswahl von Teilnehmern an Fortbildungsveranstaltungen (§ 59 Abs. 6 Satz 2) unterliegt nach § 59 Abs. 6 Satz 3 der Beteiligung des Lehrerrates, für die auf § 69 Abs. 2 verwiesen wird. Nach § 69 Abs. 2 berät der Lehrerrat die Schulleitung und ist von ihr zu unterrichten und anzuhören. Ein Mitbestimmungsrecht, wie es sich für die Auswahlentscheidung aus § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 17 PersVG NW ergibt, ist also schulrechtlich nicht vorgesehen. Der Gesetzgeber unterschreitet damit für die Schule das aus dem Landespersonalvertretungsgesetz sich ergebende Mitbestimmungsniveau.

b) Die Generalnorm in § 69 Abs. 4

Die personalvertretungsrechtliche Generalnorm findet sich in § 69 Abs. 4. Dort wird das Ministerium ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des für Schule zuständigen Landtagsausschusses im Einvernehmen mit dem Innenministerium weitere Angelegenheiten zu bestimmen, bei denen der Lehrerrat an die Stelle des Personalrates tritt, und hierfür die Rechtsstellung, die Aufgaben und die Befugnisse des Lehrerrates und das Beteiligungsverfahren zu regeln.

Die Begründung zu dieser Vorschrift ist unklar.

Nach ihr soll der Lehrerrat, soweit den Schulleiterinnen und Schulleitern Aufgaben eines Dienstvorgesetzten übertragen werden und diese Aufgaben nach dem Landespersonalvertretungsgesetz beteiligungspflichtig sind, „in diesem Rahmen mit der Wahrnehmung der personalvertretungsrechtlichen Aufgaben beauftragt werden können“, was der Regelung im Rahmen des Modellvorhabens „Selbstständige Schule“ entspreche. Inhaltlich richte sich die Beteiligung nach dem Landespersonalvertretungsgesetz. Davon weiche nun die Regelung in § 59 Abs. 6 Satz 3 mit der abschließenden Entscheidung der Schulleitung in Fortbildungsangelegenheiten ab. Darüber hinaus solle durch § 69 Abs. 4 das Ministerium ermächtigt werden, in weiteren Fällen im Wege der Rechtsverordnung vergleichbare Regelungen zu treffen. Die Beteiligung des Innenministeriums diene dabei der grundsätzlichen Gleichbehandlung aller Beschäftigten.

Das Zustimmungserfordernis des Landtagsausschusses wurde erst im parlamentarischen Verfahren eingefügt.

Unklar ist zunächst in welchem „Rahmen“ die Lehrerräte mit der Wahrnehmung personalvertretungsrechtlicher Zustände betraut werden sollen. Am ehesten noch bezieht sich die Formulierung auf den Bereich zu übertragender Dienstvorgesetztenbefugnisse.

Bei der Ermächtigung zu „vergleichbaren“ Regelungen bleibt dunkel, ob diese mit den Inhalten des Personalvertretungsgesetzes oder mit der von diesen abweichenden Neuregelung in § 59 Abs. 6 Satz 3 vergleichbar sein sollen. Nach dem Zusammenhang wird man die Vergleichbarkeit auf die unmittelbar vorangehend angesprochene Neuregelung in § 59 Abs. 6 Satz 3 beziehen müssen. Dann würde aber die nachfolgend aus Gleichheitsgesichtspunkten begründete Beteiligung des Innenministeriums konterkariert.

Entgegen dem in der Begründung vermittelten Eindruck entspricht die Neuregelung nicht der Rechtslage im Rahmen des bisherigen Modellvorhabens. Gesetzliche Grundlage des Modellvorhabens war das Schulentwicklungsgesetz. Nach dessen Art. 1 Abs. 2 Satz 1 wurden die Schulen, soweit Schulleiterinnen oder Schulleiter Aufgaben des Dienstvorgesetzten übertragen worden sind, zu Dienststellen im Sinne des Personalvertretungsgesetzes (§ 1 Abs. 2 PersVG). Dies soll nach der Begründung des Schulrechtsänderungsgesetzes nun gerade nicht mehr gelten.

So ausdrücklich: LT-Drs. 14/1572, S. 97.

Konsequenterweise sah das Schulentwicklungsgesetz in Art. 1 Abs. 2 Satz 2 vor, dass der Lehrerrat in die Rechtsposition des Personalrates einrückt und für seine Beteiligungsrechte das Personalvertretungsrecht entsprechend gilt (Art. 1 Abs. 2 Satz 6 SchulEG). Dadurch sollte ausdrücklich eine „qualifizierte Mitbestimmung gewährleistet“ sein (Art. 1 Abs. 2 Satz 7 SchulEG). Anders als durch die Neuregelung in § 69 Abs. 4 war also das Mitbestimmungsniveau gesetzlich festgelegt und „nur“ das Mitbestimmungsorgan gegenüber dem PersVG verändert worden. Der Verordnung „Selbständige Schule“ – VOSS kam deshalb, soweit sie die Zuständigkeit des Lehrerrates regelte (§ 5 Abs. 1 Satz 1 VOSS), nur konkretisierende, keine konstitutive Funktion zu.

Dies soll nach der Neuregelung des Schulgesetzes, durch die auch die genannten Vorschriften des SchulEG und der VOSS aufgehoben werden (Art. 6 Abs. 1 d. 2. SchulÄG), offensichtlich verändert werden: Das Niveau der Mitbestimmung wird nach der Neuregelung nicht mehr durch den Gesetzgeber bestimmt, sondern bleibt der Exekutive überlassen; die bisher vorgesehene Analogie zum allgemeinen Personalvertretungsrecht wird im Gesetz eben nicht mehr betont, sondern vermieden.

II. Rechtliche Bewertung

Die rechtliche Bewertung der dargestellten Rechtsänderungen hat zu berücksichtigen, dass sich durch die „Föderalismusreform“

Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I, S. 2034

der dem Landesgesetzgeber gesetzte Rechtsrahmen wesentlich verändert hat. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass das Schulrechtsänderungsgesetz bereits vor der Föderalismusreform erlassen wurde. Im Folgenden wird deshalb bei der Prüfung zunächst das zum Erlasszeitpunkt geltende Verfassungsrecht zugrundegelegt und erst am Ende überprüft, welche Folgen sich aus der Föderalismusreform für die rechtliche Bewertung ergeben.

I. Das Projekt selbständige Schule im Allgemeinen

Soweit das Projekt „selbständige Schule“ in seinem Kern auf die Verlagerung von hoheitlichen Zuständigkeiten von der staatlichen Schulaufsichtsbehörde auf die staatliche Organisationseinheit Schule abzielt, begegnet es keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Insoweit handelt es sich um verwaltungsorganisatorische Maßnahmen, bei denen Gesetzgeber und Exekutive ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht.

Spezielle Maßgaben für die Schulorganisation enthalten die Art. 7 ff. VerfNW, etwa mit der Gewährleistung einer umfassenden staatlichen Schulaufsicht (Art. 8 III 2 VerfNW) oder einer Mitwirkung der Eltern an der Gestaltung des Schulwesens (Art. 10 Abs. 2 VerfNW). Dass diese Vorschriften durch das Projekt selbständige Schule verletzt sein könnten, ist nicht erkennbar.

Die wichtigste allgemeine Vorgabe für die Verwaltungsorganisation ergibt sich aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG). Danach muss das gesamte staatliche Handeln einen hinreichend engen Legitimationszusammenhang mit dem durch Wahlen bekundeten Volkswillen aufweisen.

Vgl. Sachs, in: Ders. (Hg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 20 RN 35.

Dieser Zusammenhang wird regelmäßig dadurch hergestellt, dass das Handeln einzelner Amtsträger an das parlamentarisch legitimierte Gesetz gebunden ist und der einzelne Amtsträger seine Hoheitsbefugnisse zumindest mittelbar von dem parlamentarisch verantwortlichen Minister ableitet und dessen Weisungen unterliegt. Dies setzt der Schaffung echter Autonomie im exekutiven Bereich zwar enge Grenzen. Die demokratische Legitimation steht aber der Anerkennung auch weiter Ermessensspielräume nicht entgegen, solange das Gesetz hinreichend definierte Zielvorgaben macht und die Ermessensausübung unter ministerieller Aufsicht steht. Beides ist vorliegend

auch dann gewahrt, wenn die „Erstverantwortung“ für schulische Entscheidungen von den Aufsichtsbehörden auf schulische Organe übergeht, soweit diese weiter der effektiven Aufsicht unterliegen.

Inwieweit daneben das Erfordernis persönlicher demokratischer Legitimation dem vorliegend vom Gesetzgeber eingeführten Wahlverfahren für Schulleiterinnen und Schulleitern entgegensteht, war bereits Gegenstand gutachtlicher Befassung und soll hier ausgeklammert bleiben.

Vgl. dazu jetzt Pechstein, ZBR 2006, Heft 5.

2. Die Übertragung von Dienstvorgesetztenfunktionen auf die Schulleiter

Genauso wenig ist erkennbar, dass rechtliche Bedenken dagegen bestehen, den Schulleiterinnen und Schulleitern Aufgaben eines Dienstvorgesetzten gegenüber den Lehrkräften „ihrer“ Schule zu übertragen.

Dienstvorgesetzter ist, wer für die beamtenrechtlichen Entscheidungen über die persönlichen Angelegenheiten der ihm nachgeordneten Beamten zuständig ist (§ 3 Abs. 2 BBG, § 3 Abs. 4 Satz 1 LBG NW). Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LBG NW ist für Landesbeamte regelmäßig die oberste Dienstbehörde Dienstvorgesetzter, soweit durch Gesetz oder Verordnung nichts anderes bestimmt ist. Auch einzelne Entscheidungskompetenzen des Dienstvorgesetzten können durch Rechtsverordnung der obersten Dienstbehörde auf eine andere Stelle übertragen werden (§ 3 Abs. 3 LBG NW).

Ob die Übertragung an weitere Voraussetzungen gebunden ist, erscheint nicht zweifelsfrei. Überwiegend wird angenommen, dass wegen des Vorbehaltes aus Art. 33 Abs. 4 GG zum Dienstvorgesetzten regelmäßig nur ein Beamter gemacht werden kann und dass dieser zugleich Vorgesetzter des Beamten sein muss, dessen Dienstvorgesetzter er ist.

Beide Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Schulleiterinnen bzw. Schulleiter sind (regelmäßig) Beamte und nach dem Schulgesetz (§ 59 Abs. 2 Satz 2) Vorgesetzte (§ 3 Abs. 5 LBG NW) der Lehrer an der Schule.

Das Ministerium als oberste Dienstbehörde kann deshalb schon nach § 3 Abs. 3 LBG NW Dienstvorgesetztenfunktionen auf die Schulleiterinnen und Schulleiter übertragen. Erst recht können solche Funktionen durch Gesetz übertragen werden. Die diesbezüglichen Regelungen in § 59 Abs. 5 sind deshalb unbedenklich.

3. Die personalvertretungsrechtlichen Folgeregelungen

Wie dargestellt, ziehen die Kompetenzverschiebungen von den Aufsichtsbehörden zu den Schulleitungen personalvertretungsrechtliche Konsequenzen

nach sich. Der Übergang von Dienstvorgesetztenbefugnissen auf die Schulleitungen wirft zunächst die Frage auf, ob dadurch die Schulen zu Dienststellen werden, bei denen Personalräte zu bilden wären (a).

Nach dem Konzept des Gesetzgebers sollen die Lehrerräte innerschulische Träger der Mitbestimmung werden. Insoweit erscheint zweifelhaft, ob damit höherrangige Vorgaben des Personalvertretungsrechts erfüllt werden (b). Insbesondere aber stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber die Entscheidung über Zuständigkeiten, Niveau und Verfahren von Mitbestimmungsregelungen exekutivischer Regelung überlassen darf (c). Schließlich ist zu beachten, dass sich durch die nun verabschiedete Föderalismusreform wegen des Wegfalls der dienstrechtlichen Rahmenkompetenz aus Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG der bundesrechtliche Rahmen des Personalvertretungsrechts ändert (d).

a) *Die Schule als Dienststelle*

aa) Das Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder knüpft für die Bildung von Personalvertretungen an den Begriff der Dienststelle an. Während einige Landesgesetze die Dienststellen, bei denen Personalvertretungen gebildet werden, katalogmäßig aufzählen, beschränken sich das BPersVG (§ 6 Abs. 1), aber auch die meisten Landesgesetze, darunter auch das PersVG NW (§ 1 Abs. 2), auf mehr oder minder abstrakte oder generalklauselartige Formulierungen.

bb) In § 1 Abs. 2 PersVG NW sind neben anderen Verwaltungseinheiten auch die Schulen als Dienststellen ausdrücklich benannt. Die Vorschrift soll allerdings nur insoweit gelten, als in Kapitel 10 des PersVG NW nichts anderes geregelt ist. Dort bestimmt § 91 Abs. 1, dass für Lehrer im Landesdienst die Schulen nicht Dienststellen im Sinne des Gesetzes sind.

Weil unklar bleibt, welche Bedeutung der Aufzählung von Schulen in § 1 Abs. 2 PersVG NW angesichts der Sonderregelung in § 91 Abs. 1 PersVG NW zukommt, erscheint die gesetzliche Systematik zumindest nicht ganz glücklich. Im Ergebnis ist aber zweifelsfrei angeordnet, dass die Schulen für Lehrer nicht als Dienststellen im Sinne des Personalvertretungsrechts gelten sollen. Das Land Nordrhein-Westfalen gehört damit zu der Minderheit von Ländern, in denen die Schulen grundsätzlich nicht Dienststellen 1. Stufe sind.

Vgl. etwa die Aufzählung bei Avenarius/Heckel, Schulrechtskunde, 7. Aufl. 2000, S. 333.

cc) Von dieser Entscheidung ist der Gesetzgeber mit dem Schulentwicklungsgesetz jedoch abgewichen. Nach Art. 1 Abs. 2 Satz 1 SchuLEG wurden die Schulen Dienststellen, soweit den Schulleitungen im Rahmen des Modellvorhabens Dienstvorgesetztenfunktionen übertragen wurden.

Grundlage dieser Vorschrift war die Überlegung, dass mit den Dienstvorgesetztenfunktionen selbständige Regelungskompetenzen im personellen Bereich auf die Schulorgane übertragen wurden. Damit erfüllte die Schule den vom BVerwG auf der Grundlage des § 6 BPersVG herausgearbeiteten materiellen Dienststellenbegriff. Dienststellen sind danach organisatorische Einheiten, die einen selbständigen Aufgabenbereich haben und die innerhalb einer Verwaltungsorganisation verselbständigt sind.

BVerwG, U.v. 10.03.1982, PersV 83, 65

Für die Verselbständigung soll es darauf ankommen, dass dem Leiter der Einrichtung eine selbständige Regelungskompetenz im sachlichen und insbesondere im personellen Bereich zukommt.

BVerwG, U.v. 13.08.1986, ZBR 1987, 54; U.v. 14.07.1987,

BVerwGE 87, 34;

BVerwG, ZfPR 2001, 167 m. Anm. Ilbertz (170); vgl. dazu auch Ilbertz/Widmaier,

BPersVG, 10. Aufl. 2004, § 6 RN 4; für Bayern etwa Ballerstedt/Schleicher/Faber, BayerPersVG, Stand: 01.04.2006, Art. 6 RN 6.

Offenbar fühlte sich der Gesetzgeber des SchulEG diesem materiellen Dienststellenbegriff verpflichtet. Da gerade die Verselbständigung personeller Entscheidungskompetenzen einen Kerngehalt des Modellvorhabens „Selbständige Schule“ ausmachte, revidierte der Gesetzgeber deshalb insofern die Einordnung nach dem PersVG NW.

Genauso verfuhr jüngst auch der Hamburgische Gesetzgeber: Durch das Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Schulgesetzes und des Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes vom 17. Mai 2006

GVBl I, 243

wurde auch hier ein Modell der eigenverantwortlichen Schule eingeführt. Auch hier war dieses Modell mit dem Übergang personalrechtlicher Befugnisse auf die Schulleitungen verbunden. Der Gesetzgeber bekannte sich zum materiellen personalvertretungsrechtlichen Dienststellenbegriff

vgl. etwa Stellungnahme des Senats in Bürgerschafts-Drs. 18/3780, S. 181

und erklärte die Schulen uneingeschränkt zu Dienststellen, an denen nach dem Landespersonalvertretungsgesetz Personalräte einzurichten sind (§ 6 Abs. 1 HmbgPersVG).

dd) Der Nordrhein-Westfälische Landesgesetzgeber streift demgegenüber die Verpflichtung auf einen materiellen Dienststellenbegriff nun offenbar ab. Ausdrücklich hält die Begründung zum SchulÄG fest, dass die Schule,

auch soweit der Schulleitung Dienstvorgesetztenfunktionen übertragen werden, nicht Dienststelle im Sinne des Personalvertretungsgesetzes werde.

LT-Drs. 14/1572, S. 97.

Dies ist angesichts der dargestellten ausdrücklichen Regelung in § 91 PersVG NW zutreffend, weil durch die Festlegung im PersVG jedenfalls ein „automatischer“ Rückgriff auf den materiellen Dienststellenbegriff ausscheidet.

Vgl. OVG Lüneburg, PersV 1988, 452.

Zu prüfen bleibt jedoch, ob der Landesgesetzgeber bei der Regelung des Dienststellenbegriffs frei ist oder sich an dem materiellen Dienststellenbegriff orientieren muss.

ee) Gemäß § 95 Abs. 1, 1. HS BPersVG werden in den Verwaltungen und Betrieben der Länder Personalvertretungen gebildet. Die Rahmenvorschrift greift die Formulierung in § 1 BPersVG auf. Sie soll – wie § 1 BPersVG in seinem Anwendungsbereich – sicherstellen, dass keine personalvertretungsfreien Räume entstehen.

Altwater/Hamer/Ohnesorg/Peiseler, BPersVG, 5. Aufl. 2004, § 95 RN 1.

Wie die Länder in ihren Verwaltungsbereichen diese rahmengesetzliche Vorgabe erfüllen, bleibt grundsätzlich ihnen überlassen. Rahmenrechtlich ist nach § 95 Abs. 1, 1. HS BPersVG erforderlich, dass im gesamten Bereich der Landesverwaltung eine den rahmenrechtlichen Vorgaben entsprechende Personalvertretung vorgesehen wird. Bei welchen Einrichtungen diese angesiedelt werden, ist zunächst eine organisatorische Frage der Landesverwaltung. Dementsprechend ist ein Dienststellenbegriff rahmenrechtlich nicht vorgegeben.

Ilbertz/Widmaier, BPersVG, 10. Aufl. 2004, § 95 RN 7; Altwater u. a., BPersVG, § 95 RN 7.

ff) Nicht der Dienststellenbegriff selbst, sondern die Gewähr materieller Mitbestimmung begrenzt also rahmenrechtlich aus § 95 Abs. 1, 1. HS BPersVG den Spielraum des Landesgesetzgebers. Wenn gleichwohl „die Abgrenzungen aus § 6“ BPersVG auch im Landesrecht für „verwertbar“ erklärt werden

Ilbertz/Widmaier, a. a. O.

so bezieht sich dies auf die Auslegung landesrechtlicher Regelungen. Auch für die durch Auslegung des Landesrechts zu entscheidende Frage, ob im Einzelfall eine Dienststelle anzunehmen ist oder nicht, kann also die Rechtsprechung des BVerwG zu § 6 BPersVG herangezogen werden. Dies besagt

aber nichts für den hier vorliegenden Fall, dass das Landesrecht wegen ausdrücklicher Regelung einen Auslegungsspielraum nicht hergibt.

gg) Allerdings kann die organisationsrechtliche Seite Auswirkungen auf das materielle Niveau der Personalvertretung haben.

In seiner Entscheidung zum SächsPersVG stellte der Sächsische Verfassungsgerichtshof

*SächsVerfGH, U. v. 22. 02.2001, Vf. 51-II-99; ZBR 2002, 37;
PersV 2001, 198; PersR 2001, 367, dazu Rinken,
PersR 2001, 355; Kersten, ZBR 2002, 28.*

den Grundsatz der „orts- und problemnahen Konfliktvermittlung“ auf. Danach ist gegenüber substanziellen Entscheidungskompetenzen eine Mitbestimmung „vor Ort“ erforderlich.

Die Entscheidung betraf eine Regelung, des SächsPersVG, derzufolge die Schulen nicht als Dienststellen anerkannt waren und die auch eine Verselbständigung von Schulen als Dienststellenteile untersagte (§§ 67 Abs. 1 SächsPersVG 1998), obwohl den Schulleitungen wesentliche dienstrechtliche Befugnisse zustanden.

Entscheidungsmaßstab des Gerichts war das „Grundrecht auf Mitbestimmung“ aus Art. 26 SächsVerf. Daraus leitete der Verfassungsgerichtshof auch den zitierten Rechtsgrundsatz ab. Eine entsprechende Verfassungsnorm fehlt zwar in Nordrhein-Westfalen. Andererseits hat jedoch der SächsVerfGH Grund und Grenzen der Mitbestimmung eben nicht aus diesem Grundrecht der Personalvertretungen hergeleitet, sondern im Grundrecht auf Persönlichkeitsentfaltung und im Sozialstaatsprinzip verortet, was eine Übertragbarkeit ermöglichen würde.

Vgl. dazu Kersten, ZBR 2002, 28/33 ff.

Inwieweit die Maßstäbe dieser Entscheidung auf die vorliegenden Regelungen übertragen werden können, mag hier offen bleiben.

Denn im entscheidenden Unterschied zur sächsischen Regelung sieht der Gesetzgeber vorliegend einen speziellen Mitbestimmungsmechanismus „vor Ort“ vor. Die Regelung in § 69 Abs. 4 dient gerade dazu, die Mitbestimmung vom im Übrigen zuständigen, ortsfernen Personalrat auf den Lehrerrat vor Ort zu übertragen. Damit ist dem Grundsatz „orts- und problemnaher Konfliktvermittlung“ Rechnung getragen.

Ob der Lehrerrat ein taugliches Mitbestimmungsgremium darstellt und ob die gesetzliche Regelung ausreichende Bestimmungen enthält, steht nicht mehr im Zusammenhang mit der Dienststellenfrage.

b) Lehrerräte als Personalvertretungen

Der Lehrerrat ist zunächst als schulisches Mitwirkungsorgan mit Beratungs- und Vermittlungsaufgaben und einem Anhörungsrecht (§ 69 Abs. 2) konzipiert. Die Generalnorm in § 69 Abs. 4, wie die Bestimmung über die Mitwirkung bei der Fortbildung in § 59 Abs. 6 sieht nun vor, dass der Lehrerrat als Mitbestimmungsgremium der Lehrer an die Stelle des Personalrats tritt. Dagegen bestehen bereits im Ausgangspunkt durchgreifende Bedenken.

aa) Formelle Anforderungen des Rahmenrechts

- (1) § 95 Abs. 1, 1. HS BPersVG bestimmt, dass in der öffentlichen Verwaltung der Länder flächendeckende „Personalvertretungen“ gebildet werden. Mit dem Begriff der Personalvertretungen knüpft der Bundesgesetzgeber an die Bestimmung in § 1 BPersVG an, die diesen Begriff einführt. Personalvertretungen ist dort der Oberbegriff für Personalräte und Gesamtpersonalrat.

Ilbertz/Widmaier, BPersVG, § 1 RN 17.

Gemäß § 95 Abs. 1, 2. HS können die Länder für Beschäftigte in Bildungseinrichtungen und damit insbesondere für Lehrer „besondere Regelungen“ vorsehen. Dabei haben sie jedoch § 104 BPersVG zu beachten. Auch in § 104 Abs. 1 Satz 1 BPersVG knüpft aber der Bundesgesetzgeber ebenfalls an den Begriff der Personalvertretungen an.

- (2) Der Lehrerrat nach § 69 ist aber eben kein Personalrat. Dabei mag offen bleiben, ob und inwieweit ein rahmenrechtlicher Personalratsbegriff zugrunde zu legen ist. Denn der Lehrerrat ist auch kein Personalrat im Sinne des Landesrechts. Personalräte werden nach Landesrecht nur bei „Dienststellen“ oder verselbständigten Teildienststellen gebildet. Die Schule ist aber nach der von der Gesetzesbegründung bestätigten Rechtslage eben keine Dienststelle. Die Lehrerkonferenz wählt keinen Personalrat, sondern einen Lehrerrat (§ 69 Abs. 1 Satz 1). Der Lehrerrat ist in erster Linie ein schulisches Mitwirkungsorgan, keine autonome Interessenvertretung der Beschäftigten. Seine Sitzungen sind für die Mitglieder Dienstpflichtveranstaltungen. Der Lehrerrat amtiert folglich auch formal nicht als Personalrat, sondern tritt in den benannten oder zu benennenden Fällen an die Stelle des Personalrats (§ 69 Abs. 4).

Die gesetzliche Regelung zielt gerade darauf ab, die personalvertretungsrechtliche Konsequenz der Verselbständigung von Einrichtungen nicht zu ziehen, also eben kein Mitbestimmungsrecht eines Personalrats auf Schulebene vorzusehen. Insofern wäre es widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber im Hinblick auf seine rahmenrechtliche Pflicht aus § 95 Abs. 1, 1. HS BPersVG den Lehrerrat als Personalvertretung einstufen würde.

bb) Verfahrensrechtliche Anforderungen der Personalratsbildung

- (1) § 98 Abs. 1 BPersVG enthält rahmenrechtliche Vorgaben für die Wahl der Personalvertretungen. Diese sind in geheimer und unmittelbarer Wahl und bei Vorliegen mehrerer Wahlvorschläge nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu wählen. Von den Vorgaben aus § 98 BPersVG kann der Landesgesetzgeber nach § 95 Abs. 1, 2. HS BPersVG zwar durch besondere Regelungen grundsätzlich abweichen. Er bedarf dafür aber eines spezifischen sachlichen Grundes, der sich aus organisatorischen oder funktionalen Besonderheiten des geregelten Bereichs ergeben und die Abweichung inhaltlich rechtfertigen muss.

Altwater u. a., BPersVG, § 95 RN 8

- (2) Gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 wählt die Lehrerkonferenz den Lehrerrat in geheimer und unmittelbarer Wahl. Die Lehrerkonferenz ist ihrerseits ein Mitwirkungsorgan der Schule. Mitglieder der Lehrerkonferenz sind die Lehrerinnen und Lehrer sowie das pädagogische und sozialpädagogische Personal gemäß § 58. Den Vorsitz führt die Schulleiterin oder der Schulleiter (§ 68 Abs. 1). Der Lehrerrat wird also nicht unmittelbar von den Wahlberechtigten, sondern von einem Organ der Schule und damit in mittelbarer Wahl gewählt.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass alle Wahlberechtigten dem Wahlorgan angehören. Bereits aus der Tatsache, dass Schulleiterin oder Schulleiter neben den Wahlberechtigten Lehrern ebenfalls dem Organ Lehrerkonferenz angehören, ergibt sich, dass eine Identität zwischen Wählern und Organ eben nicht vorliegt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Schulleiterin bzw. Schulleiter bei der Wahl des Lehrerrates stimmberechtigt sind. Dass eine Vorschrift über den Ausschluss des Stimmrechts insoweit fehlt, zeigt aber deutlich, dass der Lehrerrat als Mitwirkungsorgan der Schule und eben nicht als Organ der Interessenvertretung der Beschäftigten gewählt wird.

Unabhängig davon soll die Unmittelbarkeit der Wahl sicherstellen, dass keine Instanz oder Institution zwischen der freien Willensentscheidung der Wähler und dem Wahlergebnis steht. Dieser Schutzzweck ist nicht nur dann beeinträchtigt, wenn die Kandidaten von einem zwischen sie und die Wähler tretenden Organ, etwa einem Wahlmännergremium, ausgewählt werden. Vielmehr schützt die Unmittelbarkeit die unverfälschte freie Wahlentscheidung selbst, indem sich diese unvermittelt im Wahlergebnis abzeichnet. Diese Schutzrichtung ist vorliegend schon deshalb beeinträchtigt, weil die Mitwirkung in der Lehrerkonferenz als einem schulischen Mitwirkungsorgan zu den Dienstpflichten der Lehrer gehört (§ 62 Abs. 6 Satz 2). Die Wahl durch die Lehrerkonferenz ist

deshalb nicht Ausdruck einer freien, individuellen Entscheidung, sondern Amtsausübung. Damit wird etwa die im freien Wahlrecht geschützte Möglichkeit verkürzt, an der Wahl trotz Wahlberechtigung nicht teilzunehmen.

cc) Der Lehrerrat als Sondervertretung

- (1) Unabhängig von den dargelegten Bedenken entspricht die Einrichtung des Lehrerrates als Mitbestimmungsorgan an Stelle des Personalrats nicht den Anforderungen, die an die Einrichtung solcher „Sondervertretungen“ zu stellen sind.

Eine Sondervertretung für eine Berufsgruppe ist aus dem Richterrecht bekannt. Dort wird die „Richtervertretung“ durch einen Richterrat gewährleistet (§§ 49 ff. DRiG, §§ 14 ff. LRiG NW). Die richterliche Sondervertretung liegt in dem besonderen Dienstrecht der Richter begründet. Ob für die Berufsgruppe der Lehrer eine entsprechende Differenzierung gerechtfertigt erscheint, mag bereits bezweifelt werden. Jedenfalls aber weisen die Regelungen über Richterräte im Bundes- und Landesrecht einen sehr viel höheren Detaillierungsgrad auf, als die Vorschriften des Schulgesetzes über den Lehrerrat und lehnen sich eng an das „allgemeine“ Personalvertretungsrecht an (§ 52 DRiG, § 14 LRiG). Insbesondere enthält das Landesrecht für die Wahl der Richterräte Vorgaben etwa über das aktive und passive Wahlrecht (§ 17 LRiG), die Verhältniswahl nach Wahlvorschlägen (§ 18 f. LRiG) und die Wahlvorbereitung durch einen Wahlvorstand (§ 18b LRiG), die auch die Mitwirkung der Berufsorganisationen regeln. Warum der Gesetzgeber meint, dass es dieser gesetzlichen Vorgaben für die Richterräte, nicht aber für die Lehrerräte bedarf, bleibt im Dunkeln. Angesichts der augenscheinlichen Parallelität wäre zumindest klärungsbedürftig gewesen, welche Unterschiede des geregelten Lebenssachverhaltes eine solche gesetzgeberische Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen sollen. Das Schulrechtsänderungsgesetz enthält aber auch in seiner Begründung keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber das von dieser Ungleichbehandlung ausgehende Differenzierungsproblem auch nur gesehen hätte.

- (2) Grundsätzlich klärungsbedürftig ist bei der Konstituierung von Sondervertretungen insbesondere aber auch deren Verhältnis zu den „allgemeinen“ Personalvertretungen. Sondervertretungen repräsentieren nur die Interessen der sie wählenden Berufsgruppe. Soweit das Personal der betroffenen Verwaltungseinheiten nicht nur aus dieser Berufsgruppe besteht, bedürfen die übrigen, von der Sondervertretung nicht repräsentierten Beschäftigten einer „allgemeinen“ Personalvertretung.

Da eine Vielzahl von Entscheidungen innerhalb einer Dienststelle Wirkungen über die in der Sondervertretung repräsentierte Berufsgruppe hinaus entfalten, muss die Mitwirkung der Beschäftigten in solchen Fällen koordiniert werden. Diese Verfahren einer „gemeinsamen Beteiligung“ von Sondervertretung und Personalvertretung bedürfen, wie § 53 DRiG, § 20 LRiG erweisen, der gesetzlichen Regelung. Insoweit wäre jedenfalls klärungsbedürftig, ob ein solches Regelungsbedürfnis im Schulbereich ausgeschlossen ist und entsprechende Koordinierungsvorschriften deshalb verzichtbar sind.

Daneben besteht Koordinierungsbedarf aber auch dann, wenn dienststellenübergreifende Verteilungsentscheidungen getroffen werden sollen. So kann etwa die Mitbestimmung bei der Zuteilung von Fortbildungsplätzen sinnvollerweise nicht erst innerhalb der Schule ansetzen, wenn es weniger Fortbildungsplätze als Schulen gibt. Auch in solchen Fällen ist für eine funktionierende Mitbestimmung unerlässlich, dass das Beteiligungsverfahren schulübergreifend organisiert und koordiniert wird.

dd) Funktionale Defizite und Rechtsklarheit

Die geltend gemachten Mängel der Regelungen stellen die Funktionsfähigkeit einer effektiven Mitbestimmung an den Schulen in Frage. Die scheinbar unreflektierte Vermengung von dienstlicher Mitwirkung in der Schule einerseits und Mitbestimmung andererseits, fehlende Organisationsnormen, nicht berücksichtigter Koordinierungsbedarf, offensichtliche aber nicht thematisierte Ungleichbehandlung verschiedener Beschäftigtengruppen nähren den Verdacht, dass der Landesgesetzgeber unter dem Deckmantel schulischer Eigenverantwortung darauf abzielt, eine funktionsfähige Mitbestimmung an den Schulen durch Maßnahmen der Verwaltungsorganisation auszuhebeln.

Ein solches Vorgehen widerspricht den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Rechtsklarheit. Diese verbieten es dem Gesetzgeber den von ihm angestrebten Regelungszweck zu verschleiern.

BVerfGE 17,306/318; Sachs, in: Sach (Hg.), GG, Art. 20 RN 125.

Solange die Landesrechtsordnung insbesondere durch das Landespersonalvertretungsrecht eine effektive Mitbestimmung der Beschäftigten im öffentlichen Dienst gewährleistet, braucht keine der davon betroffenen Beschäftigtengruppen damit rechnen, die damit verbundenen Partizipationsmöglichkeiten einzubüßen. Soll dieser Rechtsstatus wesentlich verändert werden, so muss der Gesetzgeber diese Regelungsabsicht im ändernden Gesetz klar zum Ausdruck bringen und damit für seinen Richtungswechsel den Normadressaten gegenüber die Verantwortung übernehmen.

Dies wurde im Schulrechtsänderungsgesetz nicht hinreichend berücksichtigt. Die Klarstellung, dass Schulen nicht zu Dienststellen werden sollen, reicht hierfür nicht aus. Erforderlich wäre vielmehr gewesen, dass die Einschränkungen des Personalvertretungsrecht in der Gesetzesbegründung thematisiert und die Abweichung vom LPersVG im Gesetzestext deutlich ausgewiesen wird. Dies hat der Gesetzgeber nicht zuletzt dadurch vermieden, dass er Mitbestimmungsniveau und Mitbestimmungsverfahren zur Regelung durch die Exekutive freigegeben hat. Dass damit die Schulen durch gesetzgeberische Entscheidung mehr oder weniger weitgehend vom Geltungsbereich des Personalvertretungsgesetzes ausgenommen werden, erschließt sich aus dem Gesetz nicht.

c) *Mitbestimmung nach Maßgabe des Verordnungsrechts*

Nach § 69 Abs. 4 bleibt es einer Verordnung des Ministeriums als Dienstherrn überlassen, darüber zu entscheiden, in welchen Fällen der Lehrerrat an die Stelle des Personalrats treten soll und hierfür Rechtsstellung, Aufgaben und Befugnisse des Lehrerrates sowie das Beteiligungsverfahren zu regeln.

Gegen diese Verordnungsermächtigung bestehen durchgreifende Bedenken im Hinblick auf den sich aus dem Rahmenrecht ergebenden speziellen Gesetzesvorbehalt für das Personalvertretungsrecht (aa), im Hinblick auf den allgemeinen Gesetzesvorbehalt (bb) und schließlich im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (cc). Diesen Bedenken trägt die nun vorgesehene Beteiligung eines Landtagsausschusses nicht ausreichend Rechnung (dd).

aa) Der personalvertretungsrechtliche Gesetzesvorbehalt

Der personalvertretungsrechtliche Gesetzesvorbehalt speist sich aus zwei Quellen. Zum einen ist er in dem Interessenantagonismus zwischen Dienstherrn einerseits und Beschäftigtenmitbestimmung andererseits angelegt (1). Zum anderen ergibt er sich aus Charakter und Inhalt der rahmenrechtlichen Vorgaben des BPersVG (2). Alle wesentlichen personalvertretungsrechtlichen Entscheidungen müssen deshalb vom Gesetzgeber selbst geregelt werden (3).

- (1) Das Personalvertretungsrecht regelt das Mitbestimmungsrecht der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung. Trotz der besonderen Funktionsbedingungen im Rahmen öffentlicher Verwaltung ist das Personalvertretungsrecht wesentlich von spezifischen Interessengegensätzen zwischen Dienstherrn bzw. Dienststellenleiter einerseits und Beschäftigten andererseits geprägt. Zwar haben die Beteiligten einerseits im Interesse der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, andererseits zum Wohl der Beschäftigten vertrauensvoll zusammenzuarbeiten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Mitbestimmungsrechte des Personalrats die Entscheidungsfreiheit der Arbeitgeberseite im Interesse der Beschäftigten ein-

schränkt.

Altvater u. a., BPersVG, § 2 RN 3 f.

Der insoweit dem Personalvertretungsrecht zugrunde liegende Interessenantagonismus soll durch hoheitliche Regelung in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Ein solcher Ausgleich kann aber von vornherein nur erwartet werden, wenn die Regelung nicht zur Disposition einer Konfliktpartei steht. Nur die Regelung durch einen nicht selbst in seinen Interessen berührten Dritten vermittelt den rechtsstaatlich gebotenen Distanzschutz, der den einseitigen hoheitlichen Anwendungsbefehl der Rechtsnorm gegenüber den betroffenen Normadressaten rechtfertigt.

Diesen Distanzschutz vermag im Konflikt zwischen Dienstherrn und Beschäftigten nur eine parlamentsgesetzliche Regelung zu bewirken. Das Rechtsstaatsgebot aus Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG verlangt deshalb, dass der Gesetzgeber die wesentlichen personalvertretungsrechtlichen Entscheidungen selbst trifft und nicht der Exekutive zur Regelung überlässt.

- (2) Ein spezifischer Gesetzesvorbehalt ergibt sich aber auch aus dem systematischen Zusammenhang des Rahmenrechts.

Allgemein gilt, dass die Ausübung der Rahmengesetzgebungskompetenz durch den Bund zugleich einen Regelungsauftrag an den Landesgesetzgeber darstellt. Diese Rechtsfolge war nach der alten Fassung des Art. 75 GG noch umstritten, sie wurde jedoch durch Grundgesetzänderung 1994 in Art. 75 Abs. 3 GG positiv fixiert.

Degenhart, in: Sachs (Hg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 75 RN 39.

Die Formulierung des Art. 75 Abs. 3 GG, nach der die Länder verpflichtet sind, „die erforderlichen Landesgesetze zu erlassen“, verdeutlicht, dass die Ausfüllungspflicht durch Parlamentsgesetz zu erfüllen ist.

Dieser rahmenrechtliche Gesetzesvorbehalt bedeutet zwar nicht, dass im Landespersonalvertretungsrecht keine Verordnungsermächtigungen enthalten sein dürfen. Der Landesgesetzgeber selbst muss aber jedenfalls alle diejenigen Regelungen erlassen, die zur Ausfüllung des bundesgesetzlichen Rahmens erforderlich sind.

Parlamentsgesetzlich muss deshalb nicht nur die flächendeckende Bildung von Personalvertretungen geregelt werden. Gerade soweit das Landesrecht von den allgemeinen Rahmenbestimmungen aufgrund der Ausnahmeregelungen in § 95 Abs. 1, 2. HS BPersVG abweichen will, bedarf es hierfür der besonderen gesetzlichen Regelung.

Ilbertz/Widmaier, BPersVG, 10. Aufl. 2004, § 95 RN 2, 8.

Diese besonderen Regelungen können entweder im Landespersonalvertretungsgesetz selbst enthalten sein, oder durch andere Landesgesetze getroffen werden.

Altwater u. a., BPersVG, 5. Aufl. 2004, § 95 RN 8.

Die Begründung der Zuständigkeit des Lehrrats anstelle einer Personalvertretung stellt eine Abweichung von den allgemeinen rahmenrechtlichen Bestimmungen dar. Wie dargelegt ist der Lehrerrat ein Mitwirkungsorgan der Schule und eben keine Personalvertretung. Indem das Landesrecht festlegt, dass in bestimmten, mitbestimmungspflichtigen Materien die Mitwirkung der Personalvertretung beseitigt und statt dessen eine Mitwirkung der Lehrerräte vorgesehen wird, weicht es von der allgemeinen rahmenrechtlichen Pflicht aus § 95 Abs. 1, 1. HS BPersVG ab und macht von der Ausnahmenvorschrift in § 95 Abs. 1, 2. HS BPersVG Gebrauch.

Diese Entscheidung darf nach dem rahmenrechtlichen Gesetzesvorbehalt nicht dem Ordnungsgeber überlassen bleiben.

bb) Verstoß gegen den allgemeinen Gesetzesvorbehalt

Die Regelung des § 69 Abs. 4 verstößt auch gegen den allgemeinen, sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Gesetzesvorbehalt (1). Sie verstößt sowohl gegen den grundrechtlich begründeten Gesetzesvorbehalt (2) wie gegen den institutionellen Gesetzesvorbehalt (3).

- (1) Der Vorbehalt des Gesetzes ergibt sich aus dem Rechtsstaats- und Demokratiegebot des Grundgesetzes. Er ist vom Landesgesetzgeber nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 1. Abs. 1 Satz 1, 2 LV NW zu beachten.

VerfGH NW, U. v. 09.02.1999, I I/98, Abs. 34

Zwar kennt die Rechtsordnung des Grundgesetzes keinen „Totalvorbehalt“ des Gesetzes. In der Rechtsprechung des BVerfG ist aber seit langem anerkannt, dass alle „wesentlichen“ Fragen vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst zu regeln sind.

st. Rspr. seit BVerfGE 40, 237/249

- (2) Klassischer Anwendungsbereich der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes ist die Regelung von Eingriffen in „Freiheit und Eigentum“.

zuletzt: BVerfG, 2 BvR 1673/04, U. v. 31.05.2006 (Jugendstrafrecht), Abs. 35.

Über diesen spezifisch freiheitsrechtlich begründeten Anwendungsbereich hinaus hat das BVerfG mit der „Wesentlichkeitstheorie“ den Vor-

behalt auf alle Regelungsmaterien erstreckt, die grundrechtlich geschützte Lebensbereiche berühren.

BVerfGE 40, 237/249; 47, 46/78; 98, 218/251 ff.; 101, 1/34 (st. Rspr.)

Die Regelungen über die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst gestalten grundrechtlich geschützte Lebensbereiche. Das Recht auf Mitbestimmung ist nicht nur Ausdruck des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) sondern auch Instrument zum Schutz und zur Verwirklichung der Grundrechte der Beschäftigten im Arbeitsleben

Vgl. BVerfGE 28, 314/323; 51, 43/58

Mitbestimmung im öffentlichen Dienst ist ihrer Natur nach institutionalisierte Interessenvertretung durch gewählte Beschäftigte. Sie dient der Kompensation des mit der Eingliederung in den Arbeitsprozess zwangsläufig verbundenen Verlusts von Selbstbestimmung des einzelnen Bediensteten und setzt an deren Stelle die kollektive Interessenwahrnehmung durch das Vertretungsorgan.

SächsVerfGH, Vf. 51 –II-99, U. v. 15.12.2000, Umdruck, S. 31.

Der kompensatorische Charakter der Mitbestimmung weist das Personalvertretungsrecht als Regelung eines grundrechtlich geschützten Lebensbereichs aus. Dabei mag hier offen bleiben, ob Schutzpflichten des Staates für die Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) oder für die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) oder die hergebrachten Grundsätze aus Art. 33 Abs. 5 GG der Beschäftigten die Mitbestimmung insgesamt oder einzelne Regelungen verfassungsrechtlich geboten erscheinen lassen.

Vgl. BVerfGE 91, 367

Denn gleichgültig ob der Gesetzgeber entsprechende Regelungen erlässt oder nicht erlässt, ist damit eine Entscheidung im grundrechtswesentlichen Bereich getroffen. Für die Grundrechtswesentlichkeit im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes kommt es also nicht darauf an, ob sich aus dem Verfassungsrecht bestimmte Regelungspflichten ergeben. Insofern verhält es sich hier nicht anders als etwa in dem Sachverhalt, der der grundlegenden Entscheidung des BVerfG zum Sexualkundeunterricht

BVerfGE 47, 46

zugrunde lag. Das BVerfG übernahm dort eben nicht die Auffassung der Kultusbürokratie, derzufolge sich aus dem Erziehungsauftrag der Schule eine rechtliche Pflicht zur Abhaltung von Sexualkundeunterricht ergeben sollte. Vielmehr entschied es, dem Staat sei es nur nicht verwehrt, Sexualerziehung als Bestandteil der Gesamterziehung zum Gegenstand

schulischen Unterrichts zu machen.

BVerfGE 47, 46/71 f.

Die Entscheidung über die Frage, ob und wie ein derartiges Erziehungsvorhaben in der Schule durchgeführt werden soll, betreffe jedoch in hohem Maße einen grundrechtsrelevanten Bereich und sei für die Ausübung der Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG von großem Gewicht. Es handele sich somit um eine wesentliche Entscheidung, die der Gesetzgeber selbst treffen müsse und die er nicht auf die Schulbehörde delegieren dürfe.

BVerfG, a. a. O., S. 82.

Übertragen auf den vorliegenden Sachverhalt ergibt sich daraus, dass die landesrechtliche Entscheidung darüber, ob und in welcher Weise von den Vorgaben des Rahmenrechts abgewichen werden soll, nach dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt einer parlamentsgesetzlichen Regelung bedarf.

Die rahmenrechtliche Pflicht zur flächendeckenden Interessenvertretung durch Personalvertretungen kennzeichnet das Niveau der Mitbestimmung, das der Bundesgesetzgeber grundsätzlich für unverzichtbar zum Schutz der betroffenen Grundrechte der Beschäftigten gehalten und deshalb den Länderregelungen verbindlich vorgegeben hat. Macht die Landesregelung von der Ausnahmebefugnis aus § 95 Abs. 1, 2. HS BPersVG Gebrauch und unterschreitet sie dadurch diesen Minimalstandard aus sachebietsspezifischen Gründen, so ist damit die Grundrechtsrelevanz solcher Regelungen evident.

- (3) Die Regelung in § 69 Abs. 4 verstößt auch gegen den institutionellen Gesetzesvorbehalt.

Neben den „grundrechtswesentlichen“ Entscheidungen erstreckt sich der Gesetzesvorbehalt unter der Regie der Wesentlichkeitstheorie auch auf wesentliche organisatorische Entscheidungen im staatlichen Binnenbereich.

Vgl. VerfGH NW, U. v. 09.02.1999, VerfGH 11198, JZ 1999, 1103, m. krit. Anm. Isensee (1113); hierzu und im Folgenden zuletzt: Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 RN 124 ff.

Zwar wird überwiegend angenommen, dass der aus dem Demokratieprinzip abgeleitete Vorbehalt parlamentarischer Gesetzgebung hier durch die „Organisationsgewalt der Regierung“ begrenzt ist.

Grundlegend: Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 84 ff.; kritisch demgegenüber Baer, Vermutungen

zu Kernbereichen der Regierung und Befugnissen des Parlaments,
Der Staat 40 (2001), S. 525.

Absoluten Schutz vor dem Zugriff des parlamentarischen Gesetzgebers verdient aber lediglich ein Kernbereich gubernativer Organisation

VerfGH NW, a. a. O.

Gerade dort, wo im innerstaatlichen Organisationsbereich Regelungen dazu dienen, verfassungsgeschützte Kompetenzen und Interessen auszubalancieren, ist der parlamentarische Gesetzgeber gefordert.

VerfGH NW, a. a. O.; BVerfGE 111, 191/217 f. – Notarkasse.

Die wesentlichen Entscheidungen müssen hier in ihrem „Für und Wider vor den Augen der Öffentlichkeit diskutiert und vom Parlament verantwortet“ werden.

VerfGH NW, a. a. O. (Abs. 65).

Bei der Ausgestaltung partizipativer Strukturen hat der Gesetzgeber institutionelle Vorkehrungen vorzusehen, damit die Beschlüsse so gefasst werden, dass nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.

BVerfGE 107, 59/93; BVerfGE 111, 191/217.

Die Organisation der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst gehört nicht zum Kernbereich der Regierung. Vielmehr dienen personalvertretungsrechtliche Strukturen gerade dazu, die Durchsetzungsmacht der hierarchisch organisierten Exekutive zum Schutz der Rechte der beteiligten Bediensteten zu beschränken. Antagonistische, verfassungsgeschützte Positionen sollen durch Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte der Personalvertretungen in einen schonenden Ausgleich gebracht werden. Dieser Interessenausgleich kann nicht der Exekutivgewalt selbst überlassen bleiben. Vielmehr hat der Gesetzgeber selbst hinreichend bestimmt, die Mitbestimmungsgremien und ihre Kompetenzen vorzusehen und Verfahren festzulegen, in denen der Interessenausgleich im Einzelfall realisiert werden soll.

Vgl. BVerfGE 111, 191/217.

Gegen diese Ausprägung des institutionellen Gesetzesvorbehaltes verstößt die Neuregelung, weil sie es der exekutiven Regelung überlässt zu bestimmen, wann, in welchen Verfahren und mit welchen Kompetenzen welche Organe den Interessenausgleich herbeiführen sollen.

cc) Bestimmtheit

- (1) Grundgesetz und Landesverfassung kennen keine originäre Verordnungs-kompetenz. Die Exekutive ist zur Rechtssetzung im Verordnungs-

wege vielmehr nur dann berechtigt, wenn sie hierfür durch den Gesetzgeber bevollmächtigt wurde. Zur Absicherung des nur derivativen Charakters der Verordnungskompetenz und zur Gewährleistung parlamentarischer Verantwortlichkeit sieht das Grundgesetz (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) und die Landesverfassung (Art. 70 Satz 2 LV) gleichlautend den Grundsatz der Bestimmtheit parlamentsgesetzlicher Ermächtigung vor. Danach muss das Gesetz „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung“ bestimmen. Dieser Bestimmtheitsanforderung genügt die Ermächtigung in § 69 Abs. 4 nicht.

- (2) In der Rechtsprechung des BVerfG wird nicht immer zwischen den einzelnen Merkmalen des Bestimmtheitsgrundsatzes unterschieden. Das Gericht ist der Auffassung, dass die Bestimmtheitsanforderungen nicht generalisierend, sondern nur von Fall zu Fall zu konkretisieren sind. An der nötigen Beschränkung fehle es aber jedenfalls dann, wenn die Ermächtigung so unbestimmt ist, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (sog. Vorhersehbarkeitsformel).

BVerfGE 1, 14/60, stRspr.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, RN 528.

Das Gesetz muss also „selbst schon etwas bedacht, etwas gewollt haben“ (sog. Selbstentscheidungsformel). Es muss dem Ordnungsgeber ein „Programm setzen, das durch die Verordnung erreicht werden soll“ (sog. Programmformel)

BVerfGE 19, 354/361 f.; 51, 251/265 f.; 80, 1/20; Lücke, in: Sachs (Hg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 80 RN 25 mwN.

In einigen neueren Entscheidungen prüft das BVerfG hingegen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung jeweils für sich.

Vgl. etwa BVerfG, B. v. 27.06.2002, 2 BvF 4/98 Abs. 79 ff.; B. v. 19.11.2002, 2 BvR 329/97, Abs. 72 ff.

Unter „Inhalt“ prüft das Gericht den Gegenstand der Ermächtigung, also welche Rechtsfolgen durch den Ordnungsgeber gesetzt werden können. Mit dem „Zweck“ muss der Gesetzgeber der Exekutive die Zielrichtung vorgeben, also die rechtlich geschützten Interessen benennen, deren Verfolgung die Ermächtigung zu dienen bestimmt ist. Mit dem Ausmaßkriterium soll der Gesetzgeber den Spielraum exekutiver Ermächtigung durch normative Vorgaben steuern und begrenzen.

Vgl. Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 1996, Art. 80 RN 20; Bauer, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 80 RN 32.

Den aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleiteten Bestimmtheitsanforderungen muss nicht notwendigerweise die Legislativermächtigung selbst genügen. Es reicht vielmehr aus, dass sie sich aus dem gesetzlichen Zusammenhang im Wege der Auslegung ermitteln lassen.

Vgl. etwa BVerfGE 8, 274/307; BVerfGE 80, 1120 f.; 91, 148/163 f. (st. Rspr.); Bryde, a. a. O., RN 22.

Ob die Ermächtigung den Bestimmtheitsanforderungen genügt, hängt letztlich auch von dem zu regelnden Lebenssachverhalt ab. Je vielgestaltiger die zu regelnde Lebenswirklichkeit ist, desto schutzwürdiger ist das Interesse an einer situationsbezogenen flexiblen exekutiven Regelungskompetenz, desto großzügiger kann mit den Bestimmtheitsanforderungen verfahren werden. Umgekehrt sind die Anforderungen umso strenger zu handhaben, je grundrechtsrelevanter die Auswirkungen für die von der Verordnung potenziell Betroffenen sind.

BVerfGE 58, 257/277 f.; 62, 203/210; Bauer, a.a.O., RN 35; Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 80 RN 34.

- (3) Nach der Verordnungsermächtigung in § 69 Abs. 4 ist nicht vorhersehbar, welche Kompetenzen dem Lehrerrat übertragen und dementsprechend dem Personalrat entzogen werden. Ohne erkennbare Tendenz oder fallgruppenbezogene Einschränkungen hat der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber diese Übertragung anheimgestellt und damit eine eigene, parlamentarisch verantwortete Entscheidung eben nicht getroffen.

Auch bei Zugrundelegung der Programmformel bestehen gegen die Ermächtigung durchgreifende Bedenken. Aus dem Zusammenhang der Gesetzesnovellierung ergibt sich das Ziel, durch die Verlagerung von Kompetenzen auf den Schulleiter bzw. die Schulleiterin die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Schule auszubauen. Die Beteiligung des Personalrates als eines außerschulischen Gremiums führt in jedem Falle dazu, dass der Entscheidungsprozess über die Schule hinausgreift. Hätte der Gesetzgeber also nur die Zielsetzung der Selbständigkeit verfolgt, dann hätte es einer Ermächtigung nicht bedurft. Er hätte vielmehr angeordnet, dass an allen personalvertretungsrechtlich relevanten Entscheidungen, die von der Schulleitung getroffen werden, nicht der Personalrat, sondern der Lehrerrat zu beteiligen ist. Da er diese Entscheidung gerade nicht getroffen hat, muss die Kompetenzverteilung von anderen Kriterien abhängig gemacht werden. Solche Kriterien lassen sich aber weder aus der Ermächtigungsnorm selbst noch aus dem Zusammenhang der Gesetzesnovelle ablesen. Damit fehlt für die Ausübung der Ermächtigung jeder Ansatz für ein gesetzliches Programm.

- (4) Die Bedenken lassen sich auch in die Kategorien Inhalt, Zweck und Ausmaß übersetzen. Der Inhalt möglicher Regelungen ist nach der Ermächtigung hinreichend klar. Der Verordnungsgeber kann Kompetenzen des Personalrates auf den Lehrerrat übertragen. Als Zweck der Ermächtigung steht wiederum nur das allgemeine Ziel der Novellierung, die Stärkung schulischer Selbständigkeit zur Verfügung. Dass sich daraus keine Anhaltspunkte für eine differenzierende Ausgestaltung der Kompetenzabgrenzung im Verordnungsweg ergeben, ist bereits dargelegt worden. Insbesondere aber fehlt es an jeder Regelung zum Ausmaß der Ermächtigung. Es ist nicht erkennbar, welche normativen Vorgaben das Gesetz zur Verfügung stellt, um den Spielraum des exekutiven Normsetzers zu begrenzen und inhaltlich zu steuern. Vielmehr bleibt es gleichermaßen in das Belieben des Verordnungsgebers gestellt, keine oder alle Mitwirkungsrechte an innerschulischen Entscheidungen auf den Lehrerrat zu übertragen.
- (5) Für die danach zu unbestimmte Ermächtigung gibt es aus dem geregelten Lebenssachverhalt keine Rechtfertigung. Die Mitwirkungskompetenzen an Entscheidungen der Schulleitung unterliegen keinem zeitlichen Wandel. Der Verordnungsgeber muss nicht auf sich verändernde soziale Umstände reagieren können. Die Mitwirkungsrechte sind abstrakt formuliert und von Entscheidungskompetenzen abhängig, die gesetzlich geregelt sind und damit nicht einem anders nicht steuerbaren sozialen Wandel unterliegen. Umgekehrt bietet die Grundrechtsrelevanz des geregelten Lebenssachverhaltes allen Anlass, den Gesetzgeber zu einer detaillierteren Ausgestaltung und damit zur Übernahme parlamentarischer Verantwortung zu verpflichten.
- (6) Die Ermächtigungsnorm ist deshalb auch wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 70 Satz 2 VerfNW, Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG unwirksam.

dd) Das Einvernehmen mit dem zuständigen Landtagsausschuss

Gegen die Bedenken im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt und die Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung lässt sich die in § 69 Abs. 4 vorgesehene Beteiligung des zuständigen Landtagsausschusses nicht mit Erfolg einwenden.

Die Zustimmung des Ausschusses macht aus der vorgesehenen Verordnung kein Parlamentsgesetz. Der Gesetzesvorbehalt wie der Bestimmtheitsgrundsatz speisen sich nicht nur aus dem Prinzip der Gewaltenteilung, sondern insbesondere auch aus dem Demokratieprinzip. In der parlamentarischen Demokratie wird das Prinzip der Volksherrschaft durch Repräsentation des Volkes durch die Volksvertretung hergestellt.

Diese Repräsentation speist sich nicht einmalig aus dem Wahlakt, sondern bedarf eines ständigen kommunikativen Prozesses, der insbesondere durch das öffentliche Verfahren des Parlaments hergestellt wird. Insbesondere das Gesetzgebungsverfahren ist in hohem Maße von der Herstellung öffentlicher Diskussion und Beteiligung geprägt. Diese vom Demokratieprinzip geforderte Verfahrensweise ist bei Beteiligung eines Parlamentsausschusses in keiner Weise gewährleistet. Insbesondere gewährleistet das Zustimmungrecht schon deshalb keinen parlamentsöffentlichen Willensbildungsprozess, weil die Ausgestaltung der Verordnung ausschließlich im exekutiven Bereich angesiedelt ist und nur das Endprodukt der Abstimmung durch den Ausschuss zugänglich gemacht wird, ohne dass damit inhaltlich-parlamentarische Gestaltungsbefugnisse verbunden wären.

d) *Die Bedeutung der Föderalismusreform*

aa) Mit der Grundgesetzänderung im Zuge der Föderalismusreform

Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I, S. 2034,

fällt die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 75 GG fort. Davon ist auch das Rahmendienstrecht, insbesondere das aus dem BPersVG sich ergebende Rahmenrecht betroffen.

An die Stelle des Rahmenrechts tritt einerseits eine neue konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Beamtenstatusrecht (Art. 74 Nr. 27 GG). Im Übrigen gehen die Gesetzgebungskompetenzen auf die Länder über. Ob das Personalvertretungsrecht zumindest in Grundzügen zu dem vom Bund in konkurrierender Zuständigkeit zu regelnden Statusrecht gehören soll, erscheint noch nicht vollständig geklärt. Der vorliegende Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtStG)

Stand: 2. August 2006

sieht jedenfalls keine personalvertretungsrechtlichen Regelungen vor. Sollte es dabei bleiben, so fällt das Personalvertretungsrecht in den Ländern zukünftig in die Gesetzgebungskompetenz der Länder.

bb) Daraus ergibt sich aber nicht automatisch, dass das ursprünglich kompetenzgemäß erlassene Bundespersonalvertretungsgesetz automatisch unwirksam wird, soweit es auf der Grundlage der Kompetenzneuordnung nicht mehr erlassen werden könnte. Vielmehr verfährt die Staatspraxis herkömmlicherweise so, dass das „kompetenzwidrig“ bestehende Recht wirksam bleibt, bis es durch eine Neuregelung des neuen Kompetenzträ-

gers abgelöst wird. Damit soll verhindert werden, dass ein Rechtsvakuum entsteht.

Stettner, in: Dreier, GG, Bd. 3, Art. 125a RN 3.

Andererseits wird der neue Kompetenzträger in die Lage versetzt, die Wirksamkeit des bisherigen Rechts durch Ersetzung zu beseitigen.

Langrock, in: Umbach/Clemens (Hg.), Grundgesetz, 2002, Art. 125 a, RN 2; Wolff, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), GG, Art. 125a, RN 13.

Diese Fortgeltungsanordnung war schon bisher in Art. 125 a GG enthalten. Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG wird durch die Föderalismusreform auf die neu hinzugekommenen Kompetenzänderungen erstreckt. Die hierfür notwendigen Textänderungen (Art. 125 a Abs. 1 GG spricht nicht mehr von „Änderung“, sondern von „Aufhebung des Art. 75 GG“) sollen nach der Gesetzesbegründung,

vgl. BT-Drs. 16/813, S. 20,

keinerlei inhaltliche Veränderung des Art. 125 a Abs. 1 GG bewirken, sondern die Vorschrift lediglich an die Grundgesetzänderungen anpassen.

Danach bleibt das auf der Grundlage des fortgefallenen Art. 75 GG erlassene Rahmenrecht wirksam. Es kann jedoch gemäß Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG durch Landesrecht ersetzt werden.

- cc) Die Bedeutung dieser Fortgeltungsanordnung ist im Fall des Rahmenrechts jedoch unklar. Soweit das Rahmenrecht sich seiner Natur entsprechend an den Landesgesetzgeber wendet, diesem also einen begrenzten Regelungsauftrag erteilt, liegt seine Wirksamkeit gerade in der Bindung des „beauftragten“ Landesgesetzgebers. Wenn dieser nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG aber die Rahmenregelungen durch Gesetz ersetzen kann, ist eine Bindung folglich nicht gegeben.

Degenhart, in: Sachs (Hg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 125 a, RN 4; Wolff, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 125 a RN 13.

Bindungswirkungen kann das fortgeltende Recht deshalb nur entfalten, soweit es nicht an den Gesetzgeber, sondern an andere Normadressaten gerichtet ist. Das fortgeltende Rahmenrecht des Bundes entfaltet also Bindungswirkungen bis zu einer landesgesetzlichen Neuregelung nur noch, soweit es ausnahmsweise (Art. 75 Abs. 2 GG) unmittelbar in den Ländern gilt.

- dd) Im Falle des Bundespersonalvertretungsgesetzes ergibt sich daraus, dass mit Inkrafttreten der Föderalismusreform nur noch die unmittelbar geltenden Regelungen in §§ 107-109, 112 BPersVG,

vgl. Altwater u.a., BPersVG, § 94 RN 2a,

Bindungswirkungen entfalten: Solange der Landesgesetzgeber von seinem Abweichungsrecht keinen Gebrauch macht, binden die unmittelbar geltenden Vorschriften die Entscheidungen der Exekutive. Die an den Landesgesetzgeber adressierten §§ 95 -106 BPersVG sollen zwar nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG vorläufig wirksam bleiben, entfalten aber keine Bindungswirkungen mehr.

- e) Für die vorliegende Fallgestaltung ist jedoch zu beachten, dass die Novellierung des Schulgesetzes bereits vor der Föderalismusreform in Kraft getreten war. Soweit die Novellierung nach den bisherigen Ausführungen gegen die Vorgaben des Rahmenrechts verstößt, ist es bereits wegen Kompetenzwidrigkeit nichtig. Die Kollisionsnorm in Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) kommt bereits tatbestandlich nicht zur Anwendung, weil es an kompetenzgemäß erlassenen, kollidierenden Rechtsvorschriften mangelt.

BVerfGE 36, 342/364; Huber, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2002, Art. 31 RN 8.

Ein einmal wegen Kompetenzwidrigkeit nichtiges Gesetz kann aber nicht durch eine entsprechende Kompetenzverschiebung „geheilt“ werden.

Vgl. BVerfGE 29, 111/17; 31, 141/144; Degenhart, in: Sachs (Hg.), GG, 3. Aufl. 2002, Art. 72 RN 30.

Im Allgemeinen setzt bereits der Begriff der Heilung voraus, dass der betroffene Rechtsakt rechtsfehlerhaft aber wirksam ist. So ordnet etwa § 45 Abs. 1 VwVfG an, dass Verwaltungsakte nur dann geheilt werden können, wenn der zu heilende Rechtsfehler nicht nach § 44 VwVfG zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führt. Die Planerhaltungsregelungen nach §§ 214 f. BauGB beschränken die „Beachtlichkeit“ von Rechtsfehlern für die Wirksamkeit. Beachtliche Rechtsfehler führen zur Nichtigkeit der Satzung. Eine Heilung ist in diesem Fall ausgeschlossen. Vielmehr bedarf es dann einer erneuten Inkraftsetzung nach Durchführung eines ergänzenden Verfahrens (§ 214 Abs. 4 BauGB), die dann aber die Rückwirkung der Satzung bestimmen kann.

Eine Abweichung von diesem Grundsatz gerade für anfänglich nichtige Gesetze ist ausgeschlossen. Das „Nichtigkeitsdogma“ verlangt für Legislativakte, anders als für Verwaltungsakte (§ 43 VwVfG), dass die Rechtswidrigkeit zum Schutz der Unverbrüchlichkeit der Verfassung und insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit zur Nichtigkeit führt.

Vgl. Otto, Nichtigkeitsdogma und Fehlerbehebung im Städtebaurecht, 2000, S. 17 ff. (m.w.N.).

Wenn aber schon bestandskraftfähige Rechtsakte, insbesondere der Verwaltungsakt, im Falle der Nichtigkeit endgültig seine Wirksamkeit verliert und der Gesetzgeber für städtebauliche Satzungen nach dem BauGB ausdrücklich planerhaltende Maßnahmen vorsieht, die auf der endgültigen Nichtigkeit rechtsfehlerhafter Rechtsnormen aufbauen, dann kann ein Kompetenzverstoß durch Parlamentsgesetz ohne ausdrückliche (verfassungs-)gesetzliche Anordnung nicht durch nachträgliche Maßnahmen „geheilt“ werden. Dabei ist insbesondere auch die besondere Funktion des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens zu beachten, die durch eine Heilungsmöglichkeit unterminiert würde.

Unabhängig davon widerspräche eine Heilung auch dem in Art. 125a Abs. 1 GG niedergelegten Fortgeltungsgrundsatz. Auch das Rahmenrecht bleibt danach bei Fortfall der Rahmengesetzgebungskompetenz grundsätzlich wirksam. Es entfaltet zwar – wie dargelegt – gegenüber dem Landesgesetzgeber keine Bindungswirkung mehr. Der Landesgesetzgeber kann die Wirksamkeit aber nur dadurch beenden, dass er das Rahmenrecht „ersetzt“. Diese Regelung impliziert eine Entscheidung, mit der der Landesgesetzgeber zum Ausdruck bringt, dass er von dem fortgeltenden Rahmenrecht abweichen will. Die dadurch bewirkte „Apellfunktion“ des fortgeltenden Rahmenrechts kann den Landesgesetzgeber etwa aus Gründen bundeseinheitlicher Regelung oder im Hinblick auf sein Vertrauen in die Sachkompetenz bundesgesetzlicher Regelungen dazu veranlassen, von einer Abweichung abzusehen.

Mit einem kompetenzwidrig erlassenen Gesetz hat aber der Landesgesetzgeber – seine Verfassungstreue vorausgesetzt – die Abweichung von bestehendem Rahmenrecht nicht erkannt. Ein Heilungsautomatismus würde dann die verbleibende Apellfunktion des fortgeltenden Rahmengesetzes verfehlen. Denn es erscheint keineswegs ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber, wenn er die (ursprüngliche) Rahmenrechtswidrigkeit erkannt hätte, an dem bundesgesetzlichen Rahmen – auch nach Änderung der Kompetenzordnung – festgehalten hätte.

- ff) Nach allem ergibt sich aus der Kompetenzänderung aufgrund der Föderalismusreform im Hinblick auf den begutachteten Sachverhalt Folgendes: Der Landesgesetzgeber ist in der Zukunft in den von der Verfassung gezogenen Grenzen frei darin, mit personalvertretungsrechtlichen Regelungen den Rahmen des BPersVG zu überschreiten. Dessen rahmenrechtliche Vorschriften entfalten ihm gegenüber keine Bindungswirkungen mehr. Vor der Föderalismusreform erlassenes Landesrecht, wie die Novellierung des Schulgesetzes, das den Rahmen des BPersVG überschreitet, ist und bleibt kompetenzrechtswidrig und deshalb nichtig. Der Landesgesetzgeber ist dann gezwungen, seine vom Rahmenrecht abwei-

chenden Vorstellungen unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in einem erneuten Gesetzgebungsverfahren umzusetzen und dadurch die Ersetzungswirkung nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG herbeizuführen.

e) *Folgen der Verfassungsverstöße*

- aa) Nach den Ausführungen des Gutachtens verstößt die Konzeption des Landesgesetzgebers, nach der es dem Ordnungsgeber überlassen bleibt, die Mitbestimmung an der eigenverantwortlichen Schule auf den Lehrerrat zu übertragen gegen verfassungsrechtliche Vorgaben. Jedenfalls die entsprechende Ermächtigung in § 69 Abs. 4 SchulG ist deshalb nichtig. Grundsätzlich führt jedoch die Nichtigkeit einzelner Bestimmungen eines Gesetzes nicht zur Nichtigkeit insgesamt. Anderes gilt dann, wenn die nichtige Vorschrift mit den übrigen Bestimmungen eine untrennbare Einheit bildet, die nur um den Preis von Sinnverlust, Rechtfertigungswegfall oder Verfälschung der gesetzgeberischen Intention in ihre Bestandteile zerlegt werden könnte

seit BVerfGE 8, 274/301 stRspr; vgl. BVerfGE 48, 127/177; 61, 149/206f.

In der Entscheidung vom 27. Juli 2004 zum 5. Hochschuländerungsgesetz

2 BvF 2/02

hat das BVerfG das Gesetz insgesamt für nichtig erklärt, weil bei einem einheitlichen gesetzgeberischen Reformkonzept dessen „Kernbestand“, die Einführung der Juniorprofessur, verfassungswidrig war. Nur die Gesamtnichtigkeit könne unter solchen Umständen vermeiden, dass das Gesetz mit einem vom Gesetzgeber nicht gewünschten Inhalt in Kraft trete.

- bb) Ob gleiches auch im vorliegenden Fall anzunehmen ist, erscheint zweifelhaft. Das Reformkonzept zielt nach Angaben des Gesetzgebers auf mehr Eigenverantwortlichkeit der Schule von den staatlichen Schulbehörden. Wie dargelegt ergeben sich daraus personalvertretungsrechtliche Folgefragen, deren verfassungskonforme Beantwortung dem Gesetzgeber nicht gelungen ist. Insoweit könnte argumentiert werden, dass zwischen dem Ziel der Selbständigkeit und den personalvertretungsrechtlichen Folgefragen ein unlösbarer Zusammenhang besteht. Denn die schulische Selbständigkeit insbesondere in dienstrechtlichen Angelegenheiten erfordert – wie dargelegt – die Organisation von „ortsnahe“ Mitbestimmung. Dieser Zusammenhang würde übergangen, wenn nur die Ermächtigung in § 69 Abs. 4 für nichtig erklärt, die dienstrechtliche Selbständigkeit der Schulen im vorgesehenen Umfang aber bestätigt würde.

Insofern besteht durchaus ein ernstzunehmendes Risiko, dass eine verfassungsgerichtliche Entscheidung das gesamte Änderungsgesetz für nichtig erklären würde.

Überwiegend wahrscheinlich ist dies jedoch nicht. Dem Zusammenhang könnte auch schon dadurch Rechnung getragen werden, dass die durch das Änderungsgesetz erweiterten dienstrechtlichen Kompetenzen der Schulleitung in ihrer Wirksamkeit ausgesetzt werden, bis dem Gesetzgeber eine verfassungskonforme Regelung ortsnaher Mitbestimmung gelungen ist. Angesichts der Bedeutung des Änderungsgesetzes insgesamt und der Tatsache, dass sich der Schulbetrieb bereits darauf eingerichtet hat, lässt sich aber auch vertreten, dass die Auflösung des Zusammenhangs für eine Übergangszeit, bis der Gesetzgeber die ortsnahe Mitbestimmung verfassungskonform nachgebessert hat, hinzunehmen ist. Allerdings ist zu erwarten, dass eine verfassungsgerichtliche Entscheidung in diesem Fall dem Gesetzgeber für die Nachbesserung eine nicht allzu lang bemessene Frist gesetzt werden würde.