

eine zweite Amtszeit, bestätigt der Dienstherr zweierlei: Seine Auswahl anhand der Kriterien des Leistungsgrundsatzes sowie die Bewährung des Beamten in der ersten Amtszeit. Damit haben Dienstherrn ihr Ernennungsermessen fehlerfrei ausgeübt. Sie dürfen es nunmehr nicht als Folge der Nichtigkeit der Norm und gerade keiner andersartigen Leistungsentwicklung infrage stellen. Eine Besetzung auf Probe (§ 25 a LBG) oder die probeweise Übertragung des höherwertigen Dienstpostens für eine Erprobungszeit (§ 10 IV LVO NRW) kommen wegen der bei Beamten in der zweiten Amtszeit seit langem verstrichenen Höchstzeiten ohnehin ebensowenig als Alternativen in Betracht wie das Belassen in der Führungsfunktion auf Zeit aus Fürsorgegründen.

### 3. Sonderproblem

Schließlich wartet noch ein Sonderproblem darauf, geklärt zu werden. Das zuständige Organ des Dienstherrn (z. B. die kommunale Vertretungskörperschaft) hatte eine Ämtervergabe auf Zeit beschlossen, die Ernennungsurkunde zum Beamten auf Zeit ist diesem jedoch noch nicht ausgehändigt worden. Wegen der Nichtigkeit von § 25 b LBG darf die Urkunde nicht mehr übergeben werden. Indessen wirkt hier die anhand der Grundsätze des Art. 33 II GG erfolgte Entscheidung fort. Regelmäßig darf man keine erneute Auslese mehr treffen, sofern sich nicht die Eignungsgrundlage, beispielsweise durch eine überraschend aufgetretene schwere Krankheit, zwischenzeitlich gravierend verändert hat. Damit besteht noch kein Anspruch des Beamten, ihm die Führungsfunktion im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übertragen. Das Ermessen des Dienstherrn reduziert sich

nicht auf Null, weil andere Ergebnisse rechtsfehlerfrei denkbar sind. Ein Dienstherr übte sein Ermessen korrekt aus, wenn er sich auf die geänderte Rechtslage einstellte und prüfte, ob anstelle der nicht mehr zulässigen Vergabe auf Zeit als Minus eine solche auf Probe (§ 25 a LBG) erfolgen sollte. Dienstherrn verwirklichten verfassungskonform den ursprünglich beabsichtigten Sinn und Zweck einer zeitlich begrenzten Besetzung von Leitungsfunktionen. Sie könnten Beamte in einem neuen herausgehobenen Amt über eine längere Zeit – höchstens für zwei Jahre – besser leistungsmäßig einschätzen und daraus die richtigen statusrechtlichen Konsequenzen ziehen. Außerdem wäre mit dem gleichen Ziel eine probeweise Übertragung des höherwertigen Dienstpostens für eine Erprobungszeit (§ 10 IV LVO NRW) denkbar und rechtlich zulässig.

### IV. Fazit

Karlsruhe locuta, causa finita? Ja, aber nur in Nordrhein-Westfalen und nicht in ganz Deutschland. Dienstherrn in den Bundesländern Brandenburg, Bremen, Hessen, Sachsen und Schleswig-Holstein können dank der dort weiterhin gültigen Bestimmungen auch in Zukunft Führungspositionen auf Zeit besetzen. Die Gesetzgeber sollten allerdings ihre Normen ändern und Führungspositionen im Beamtenverhältnis auf Zeit für eine Amtszeit von höchstens fünf Jahren zur statusrechtlichen Sicherheit unentziehbar fest vergeben, verbunden mit einem Anspruch auf Übertragung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit bei anhand des Leistungsprinzips (Art. 33 II GG) ermittelter Bewährung. Dies könnte Modellcharakter für weitere Bundesländer haben, die unendliche Geschichte sich also doch fortsetzen.

## Das Ende eines „Reformprojektes“ Die Vergabe von Führungsämtern auf Zeit ist verfassungswidrig

Von PD Dr. Klaus Joachim Grigoleit, Berlin/Dortmund

*Die Vergabe von Führungsämtern unter Berufung in befristete Beamtenverhältnisse stellt seit mehreren Jahrzehnten das wohl umstrittenste „Reformprojekt“ der Dienstrechtsreform dar. Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung vom 28. Mai 2008 dieses Reformprojekt im Ergebnis zurecht beendet und damit nach der Teilzeitentscheidung ein weiteres wichtiges Signal für die anstehende dienstrechtliche Umsetzung der Föderalismusreform gesetzt. Die Entscheidung weist aber sowohl im Hinblick auf die dogmatische Konzeption als auch in der argumentativen Auseinandersetzung Defizite auf und wird deshalb die Auseinandersetzung um die Reformfähigkeit des Beamtentums und ihre Grenzen kaum befrieden können.*

<sup>1</sup> BVerfGE 70, 251/266 ff.

<sup>2</sup> Vgl. aber auch bereits *Battis*, ZBR 1982, 37/40; zur Diskussion bis 1996 ausführlich *Günther*, ZBR 1996, 65 m. zahlr. N.

<sup>3</sup> So der Titel des Beitrags von *Günther*, a.a.O. (Fn. 2).

<sup>4</sup> Vgl. etwa *Battis*, ZBR 1996, 193/197 f.; *Isensee*, ZBR 1998, 295/309; *Summer*, ZBR 1999, 181/186 f.; *ders.*, ZBR 2002, 109/113; *Bochmann*, ZBR 2004, 405/411 f.; zur entgegengesetzten Position

### I. Einführung

Es bedurfte nach der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1985 zum Bremischen Schulgesetz<sup>1</sup> eigentlich keiner besonderen juristischen Hellsichtigkeit, um das Reformprojekt „Spitzenämter auf Zeit“ für erledigt zu erklären.<sup>2</sup> Deshalb erscheint es aus der Rückschau geradezu befremdlich, dass *Günther* noch 1996 eine „unendliche Geschichte“ zu beklagen hatte.<sup>3</sup> Obwohl eine stabile herrschende Meinung immer wieder und unter Verweis auf die verfassungsgerichtliche Entscheidung die Verfassungswidrigkeit dieses personalpolitischen Instrumentes betonte,<sup>4</sup> war der Gesetzgeber von seiner Idee nicht abzubringen. Nachdem der Bundesgesetzgeber als einen der Kernpunkte<sup>5</sup> des Dienstrechtsreformgesetzes<sup>6</sup> das Instrument auf Druck der Länder mit gewissen Einschränkungen freigegeben hatte (§ 12 b BRRG), machten insgesamt elf Länder von der Vergabe von Führungspositionen auf Zeit Gebrauch. Der Bundesgesetzgeber folgte dem zwar selbst nicht. Sowohl das Reformgesetz als auch der jetzige Entwurf zum Dienstrechtsneuordnungsgesetz sieht für Beamte des Bundes nur

das Probe-, nicht aber das Zeitbeamtenverhältnis in Leitungspositionen vor.<sup>7</sup> Andererseits aber gibt der Bundesgesetzgeber mit dem aktuellen Entwurf des Beamtenstatusgesetzes (§ 4 Nr. 2b BeamStG-E) das Zeitbeamtenverhältnis scheinbar ohne die bisherigen Restriktionen zur Regelung durch die Länder frei.<sup>8</sup>

Diese vollständige Freigabe war umso bedenklicher, als der BayVerfGH schon 2004 die entsprechende Vorschrift des Bayerischen Landesbeamtengesetzes beanstandet hatte.<sup>9</sup> Nicht zuletzt aufgrund dieser Entscheidung hatte die Reformgesetzgebung insoweit ihren Zenit wohl bereits überschritten. Mehrere Länder hoben ihre Regelungen zur Führungsposition auf Zeit wieder auf. Teilweise wegen verfassungsrechtlicher Bedenken, überwiegend allerdings, weil sich die Regelungen in der Praxis nicht bewährt hatten.

## II. Die Entscheidung des BVerfG

Die endlose Diskussion um die Führungsämter auf Zeit dürfte nun – aller Wahrscheinlichkeit nach – endgültig vorbei sein. Mit seiner Entscheidung vom 28. Mai 2008<sup>10</sup> hat das BVerfG das Zeitbeamtenverhältnis in Führungsämtern nach dem Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Es schloss sich damit der Rechtsansicht des BVerwG an, das § 25 b LBG NW zur Entscheidung im konkreten Normenkontrollverfahren vorgelegt hatte.

1. Die beanstandete Regelung sah vor, dass Führungsämter für insgesamt zehn Jahre, die auf zwei Amtszeiten verteilt waren, nur auf Zeit vergeben werden. Nach der ersten Amtszeit war die Vergabe des Amtes auf Lebenszeit ausgeschlossen, nach Ablauf der zweiten Amtszeit sollte das Amt auf Lebenszeit übertragen werden, ein Anspruch auf Amtsübertragung war jedoch nicht vorgesehen. Führungsämter im Sinne der Vorschrift waren im unmittelbaren Landesdienst die Ämter ab B 4, Ämter der Behördenleiter in der Besoldungsordnung B und Schulleiterpositionen ab A 16.

Der Entscheidung lagen Verpflichtungsklagen betroffener Beamter auf Übertragung ihrer Leitungsämter auf Lebenszeit zugrunde. Das BVerwG hatte mit Beschluss vom 27. September 2007<sup>11</sup> die Norm als entscheidungserheblich vorgelegt, weil es der Auffassung war, dass im Falle der Unwirksamkeit des § 25 b LBG NW die Klagen Erfolg haben müssten. Anders als im Falle der (hessischen) Regelung zur antragslosen Teilzeit<sup>12</sup> schied für das Gericht eine verfassungskonforme Auslegung unter Verweis auf den „klaren Wortlaut“ des Gesetzes aus.

2. Das BVerfG prüft die beanstandete Vorschrift an dem Lebenszeitprinzip als hergebrachtem Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG).<sup>13</sup> Dabei bestätigt es seine bisherige Rechtsprechung, derzufolge das Lebenszeitprinzip zu den nicht nur zu berücksichtigenden, sondern zu beachtenden, wesensprägenden Grundsätzen des Berufsbeamtentums gehöre. Dies ergebe sich aus der neutralisierenden Funktion des Berufsbeamtentums gegenüber den das Staatsleben beherrschenden politischen Kräften.<sup>14</sup> Damit der einzelne Beamte seine Amtsführung ausschließlich an Recht und Gesetz orientieren könne, sei das Lebenszeitprinzip als Grundlage seiner persönlichen Unabhängigkeit unabdingbar.

Wie sich die strenge Beachtungspflicht von der im Übrigen aus Art. 33 Abs. 5 GG sich ergebenden Berücksichtigungs-

pflcht unterscheidet, bleibt dabei – wie schon in der Entscheidung zur Zwangsteilzeit<sup>15</sup> – weitgehend offen.<sup>16</sup> Die Beachtungspflicht gelte nur für „den Kerngehalt der beamtenrechtlichen Grundsätze“, die dem Gesetzgeber den „Weg zu tiefgreifenden strukturellen Änderungen“ versperre. Daraus ist zu entnehmen, dass sich die Beachtungspflicht nicht auf einzelne hergebrachte Grundsätze insgesamt, sondern auf Kerne aller oder einzelner Grundsätze bezieht. Dann aber ist die Prämisse des Gerichts, derzufolge das Lebenszeitprinzip insgesamt zu den zu beachtenden Grundsätzen zählt, nicht zutreffend.

Gerade im Falle des Lebenszeitprinzips ist die Beachtungspflicht schon insoweit schwer eingrenzbar, weil das Beamtenrecht seit jeher mit den Zeitbeamtenverhältnissen (insbesondere kommunaler Wahlbeamter) und den sogenannten politischen Beamten auch verfassungsgerichtlich anerkannte Ausnahmen kennt. Daraus folgert das BVerfG, dass das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit die verfassungsrechtliche Regel zu bilden habe, die Ausnahmen nur in Bereichen zulasse, in denen „die besondere Sachgesetzlichkeit und die Natur der wahrgenommenen Aufgaben eine Begründung von Beamtenverhältnissen auf Zeit erfordern“. Die Ausnahme müsse „geeignet und erforderlich sein, um den besonderen Sachgesetzlichkeiten Rechnung zu tragen“.

Ob jenseits der „tatbestandlichen“ Ausnahmen vom Lebenszeitprinzip die Beachtungspflicht Abweichungen erlaubt und wie deren Verhältnis zu den Ausnahmen zu bestimmen wäre, bleibt unklar. Einerseits stellt das Gericht den Obersatz auf, die angegriffene Norm sei mit Art. 33 Abs. 5 GG nicht vereinbar, weil sie „das Lebenszeitprinzip in seinem Kernbereich verletzt“. Andererseits stellt das Gericht nachfolgend in einem gleichrangigen Obersatz fest, dass „eine

insbesondere Böhm, DÖV 1996, 403 sowie Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 6. Aufl. 2007, Rdnr. 63; Slowik/Wagner, ZBR 2002, 409/415 f.; einschränkend auch Ziemke, DÖV 1997, 605/611 f.; aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung: VG Münster, Urt. v. 16.3.2004, 4 K 3158/02; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 24.8.2005, 1 K 3053/02; OVG Münster, Urt. v. 13.9.2006, 6 A 1710/04 und 6 A 4501/03; offen gelassen durch OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2006, 5 ME 254/06.

<sup>5</sup> Schnellenbach, ZBR 1998, 223; Bochmann, ZBR 2004, 205/211.

<sup>6</sup> Gesetz zur Reform des öffentlichen Dienstrechts (Reformgesetz) vom 24.2.1997 (BGBl. I, 322).

<sup>7</sup> Zu der zwischenzeitlich abweichenden Haltung in einem – Entwurf gebliebenen – „Führungskräftegesetz“ ausführlich Lorse, ZBR 2002, 162.

<sup>8</sup> Kritisch dazu Battis/Grigoleit, ZBR 2008, 1; der BeamStG-E folgt insoweit dem Ansatz der als § 19 Abs. 6 BRRG vorgesehenen Regelung des StruktRefG-E 2005, vgl. dazu Battis, ZBR 2005, 325/327.

<sup>9</sup> BayVerfGH, ZBR 2005, 32 (m. Anm. Bochmann, S. 126).

<sup>10</sup> 2 BvL 11/07.

<sup>11</sup> 2 C 21/06 u.a., NVwZ 2008, 318.

<sup>12</sup> BVerwGE 82, 196.

<sup>13</sup> Andere, von der Vergabe von Führungsämtern auf Zeit ebenfalls betroffene Grundsätze, insbesondere etwa das Laufbahnprinzip (vgl. etwa Leisner, ZBR 1996, 289/290 f.), bleiben unberücksichtigt.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 7, 155/162 f.; BVerfGE 9, 268/286; BVerfGE 70, 251/258, 267; zur Zeitgemäßheit dieser Funktionsbeschreibung zuletzt Höfling/Burkiczak, DÖV 2007, 328/330.

<sup>15</sup> Beschl. v. 19.9.2007, 2 BvF 3/02, ZBR 2007, 381; dazu auch die Anm. von Summer, ZBR 2008, 158, 196.

<sup>16</sup> Vgl. dazu und im Folgenden auch die Kritik in der abweichenden Meinung des Richters Gerhardt in der Teilzeitentscheidung (Fn. 15).