

Aufklärung möglicherweise aufsichtsrelevanter Vorgänge und bei der Vorbereitung von Aufsichtsmaßnahmen unterstützen.⁶⁷

Überträgt man die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts zum niedersächsischen Stiftungsrat⁶⁸ auf die nordrhein-westfälische Rechtslage, kann auch diese im Hinblick auf Art. 33 Abs. 5 GG verfassungskonform ausgelegt werden. Danach ist das Ministerium im Hinblick auf Art. 33 Abs. 5 GG gem. § 76 Abs. 4 HG NRW nicht nur berechtigt sondern *verpflichtet*, sich über Angelegenheiten des Hochschulrats zu informieren und vor allem die diesem gem. § 33 Abs. 2 S. 3 HG NRW obliegende Funktion als oberste Dienstbehörde inhaltlich uneingeschränkt zu beaufsichtigen und zu steuern. So muss das Fachministerium den Hochschulrat bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben als oberste Dienstbehörde unterstützen und versuchen, möglicherweise vorhandene Defizite, die sich aus fehlender Sachkompetenz und zu geringer Tagungshäufigkeit ergeben, auszugleichen und nötigenfalls die erforderlichen Schritte veranlassen. Nur über diesen (Um-)Weg der an der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts orientierten verfassungskonformen Auslegung der Vorschriften kann der besonderen Bedeutung der obersten Dienstbehörde als „höchstem Organ des Dienstherrn“⁶⁹ hinreichend Rechnung getragen und die oben geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken entkräftet werden.

VI. Gesamtergebnis

Die veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen der Hochschulorganisation in Nordrhein-Westfalen machen es notwen-

dig, die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht weiterzuentwickeln und den Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur auch auf die rechtliche Gestaltung einer obersten Dienstbehörde anzuwenden. Es bestehen nach dem oben Gesagten erhebliche Bedenken, ob die geltende Regelung diesen Anforderungen gerecht wird.

Überträgt man indes die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen und legt man die Normen unter Berücksichtigung der dort erarbeiteten Grundsätze verfassungskonform aus, lässt sich die mangelbehaftete Gesetzeskonstruktion wohl rechtlich „retten“. Freilich bleibt ein fader Beigeschmack. Es mag zwar en vogue und populär sein, (neuen) Hochschulorganen ehemalige Kompetenzen des Ministeriums zu übertragen, um die vielfach propagierte „Freiheit in neuer Dimension“⁷⁰ vollständig und „in einem Guss“ durchzuhalten. Nichtsdestotrotz scheint die derzeitige rechtliche Konstruktion dieser neuen Freiheit der Hochschulen in NRW eher politisch als juristisch hinreichend zu Ende gedacht worden zu sein.

67) BVerwG (Fn. 66), 184 (192).

68) BVerwG (Fn. 66), 184 (192).

69) *Wichmann* (Fn. 6), S. 91.

70) So der ehemalige Wissenschaftsminister *Pinkwart*, in: *Hochschulen auf neuen Wegen*, 18 (19) abrufbar unter: <http://www.innovation.nrw.de/downloads/MagazinHochschulen.pdf>, zuletzt abgerufen am 7.10.2010.

Zum Anspruch einer Rektorin/eines Rektors auf amtsangemessene Beschäftigung im Falle von Schulschließungen

Dr. Matthias Niedzwicki*

Vierorts zwingt der demographische Wandel zu einschneidenden Veränderungen in der Schullandschaft. Soweit Rektorinnen und Rektoren infolge von Schulschließungen den Dienstposten einer Schulleiterin/eines Schulleiters verlieren, können sie auf rechtsgleiche, freie Schulleiterdienstposten zur Erfüllung ihres Anspruchs auf amtsangemessene Beschäftigung versetzt werden, ohne dass es der Ablegung einer sog. schulfachlichen Überprüfung bedarf, welche bereits Voraussetzung für die erdiente Beförderung war. Dies gilt grundsätzlich auch dann, sofern jenseits des Beamtenrechts gemäß dem Schulrecht der überwiegenden Mehrheit der Bundesländer ein vakanter Schulleiterdienstposten (mit Zustimmung der Schulkonferenz und/oder des Schulträgers) auszuschreiben ist. In einem solchen Stellenbesetzungsverfahren wird das Prinzip der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG um die Gewährleistung des Art. 33 Abs. 5 GG – Anerkennung des Beförderungserfolgs – ergänzt.

I. Einleitung

Soweit das Schüleraufkommen rückläufig ist, wird in den betroffenen Kommunen diskutiert, ob vor allem die Fortführung

einzügiger, kleinerer Grundschulen nach den einschlägigen Schulgesetzen noch möglich ist.¹ Falls diese Frage verneint wird, können die beamteten Lehrerinnen und Lehrer unstreitig zwecks rechtsgleicher Unterbringung an andere Schulen versetzt werden.² Der Beitrag geht der Frage nach, ob dies auch für Rektorinnen und Rektoren gilt, denn die Bestellung von Schulleiterinnen/Schulleitern ist jenseits des Beamtenrechts im Schulrecht der überwiegenden Mehrheit der Bundesländer besonders geregelt. Sodann stellt sich die weitergehende Frage, ob die Rektorinnen und Rektoren in einem Schulleitungsbestellungsverfahren für einen rechtsgleichen Schulleiterdienstposten an einer anderen Schule verpflichtet sind, sich einer sog. schulfachlichen Überprüfung zu unterziehen.

*) Der Beitrag stellt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers dar.

1) S. *Niedzwicki*, *KommJur* 2008, S. 245 ff.

2) Zur Versetzung nach dem neuen Beamtenrecht *Schönrock*, *ZBR* 2010, S. 222 ff.

II. Personalhoheit und Dienstpostenbesetzung

Aus der Personalhoheit des Dienstherrn folgt grundsätzlich seine Befugnis zu entscheiden, ob ein Dienstposten mit einem Beamten, welcher das entsprechende statusrechtliche Amt bereits bekleidet, besetzt werden soll (Versetzungsbewerber), oder mit einem Beamten in einem niedrigeren Amt als Beförderungsbewerber.³ Soweit der Dienstherr einen Dienstposten zwecks Durchführung eines entsprechenden Auswahlverfahrens ausgeschrieben hat, also Beförderungs- und Versetzungsbewerber um diesen konkurrieren, gelte das in Art. 33 Abs. 2 GG innewohnende Prinzip der Bestenauslese.⁴ Da nach § 61 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW⁵ – diese Vorschrift regelt die Bestellung der Schulleiterin oder des Schulleiters – die obere Schulaufsichtsbehörde die Stelle der Schulleiterin oder des Schulleiters mit Zustimmung der Schulkonferenz und des Schulträgers auszuschreiben hat, gilt auch in diesem Stellenbesetzungsverfahren das Prinzip der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG. Rektorinnen und Rektoren, die infolge von Schulschließungen den Dienstposten einer Schulleiterin/eines Schulleiters verloren haben, müssen, um zukünftig wieder mit einem solchen, rechtsgleichen Dienstposten betraut zu werden, an einem dem Prinzip der Bestenauslese genügenden Auswahlverfahren erfolgreich teilnehmen.⁶

III. Prinzip der Bestenauslese

Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Jeder Dienstposten innerhalb des öffentlichen Dienstes ist aufgrund dieser Kriterien zu besetzen. Das Eignungsurteil i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG stellt – in Abgrenzung zum Begriff der Befähigung i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG – eine Prognose dar, ob und wie der Beamte die Dienstaufgaben des konkret angestrebten Amtes unter Würdigung – auch seiner intellektuellen Eignung⁷ – bewältigen wird. Die Begriffe „Befähigung“ und „fachliche Leistung“ des Art. 33 Abs. 2 GG umfassen grundsätzlich das Fachwissen und Fachkönnen des Bewerbers, mithin die bereits in der Vergangenheit dienstlich erbrachten Leistungen (Bewährung).⁸ Die Bewährung wird durch dienstliche Regel- und Anlassbeurteilungen dokumentiert und nachgewiesen.

1. Rechtliche Einordnung der schulfachlichen Überprüfung

Um eine Bestenauslese der Beförderungs- und Versetzungsbewerber um einen ausgeschriebenen Schulleiterposten vornehmen zu können ist fraglich, ob auch Rektorinnen und Rektoren, die infolge von Schulschließungen den Dienstposten einer Schulleiterin/eines Schulleiters verloren haben, sich nochmals mit Erfolg einer schulfachlichen Überprüfung stellen müssen. Die bestandene schulfachliche Überprüfung war nämlich wesentliche Voraussetzung für die bereits erfolgte Beförderung zur Rektorin/zum Rektor.

a. Inhalt der schulfachlichen Überprüfung

Eine sog. schulfachliche Überprüfung setzt sich gewöhnlich aus den an einem Schultag zu bewältigenden Aufgaben „Erteilung von Eigenunterricht“, „Beobachtung, Besprechung und Bewertung von Fremdunterricht unter Beteiligung der unterrichtenden Lehrkraft“, „Kolloquium“, „Lehrerkonferenz zu einem pädagogischen Thema“ zusammen.

b. Beurteilungsbegriff vs. (Laufbahn-) Prüfung

Die schulfachliche Überprüfung müsste auch – in Abgrenzung zu einer (Laufbahn-) Prüfung zur Feststellung der Eignung – unter den Begriff der dienstlichen (Anlass-) Beurteilung zu subsumieren sein.

Nach der nicht näher begründeten Rechtsauffassung des VG Minden⁹ sei dies der Fall. Das VG lehnte den Antrag einer Rektorin, welche ihren Schulleiterdienstposten infolge einer Schulschließung verloren hatte, auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ab, dem Dienstherrn aufzugeben, einen ausgeschriebenen rechtsgleichen Schulleiterdienstposten nicht mit einer Beförderungsbewerberin zu besetzen, bis über ihre Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden sei. Da die Rektorin sich geweigert habe, eine schulfachliche Überprüfung abzulegen, verfüge sie nicht über eine aktuelle dienstliche Beurteilung. Eine dem Prinzip der Bestenauslese entsprechende Auswahlentscheidung habe die Rektorin verhindert.

Dass eine sog. schulfachliche Überprüfung gerade keine dienstliche Beurteilung ist, belegen bereits die sprachlich unterschiedlichen Begrifflichkeiten. Ebenso sind inhaltliche Unterschiede festzustellen. Mittels einer dienstlichen Beurteilung wird die fachliche Leistung eines Beamten anhand seiner über einen längeren Zeitraum erzielten qualitativen und quantitativen Arbeitsergebnisse anhand der Anforderungen des innegehaltenen Amtes bewertet.¹⁰ Unter dem Begriff „Amt“¹¹ ist in

- 3) S. BVerwGE 136, 204 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 16.2.2011 – 1 B 1623/10 – Rn. 5 ff.; Bay. VGH, Beschluss vom 21.2.2011 – 6 CE 10.3175 – Rn. 8; *Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, 6. Aufl., Rn. 68a.
- 4) S. OVG NRW, Beschluss vom 17.6.2009 – 6 B 635/09 – Rn. 17.
- 5) Zur Ausschreibungspflicht eines Schulleiterdienstpostens und der damit verbundenen – hier untersuchten – Problematik: Berlin: § 72 Abs. 1 Schulgesetz für das Land Berlin (SchulG); Brandenburg: § 73 Abs. 2 Gesetz über die Schulen im Land Brandenburg (BbgSchulG); Bremen: §§ 67 Abs. 1, 69 Abs. 1 Bremisches Schulverwaltungsgesetz (BremSchVwG); Hamburg: § 91 Abs. 1 Hamburgisches Schulgesetz (HmbSG); Mecklenburg-Vorpommern: § 101 Abs. 2 Schulgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern (SchulG M-V), Schulleiterdienstposten sollen in der Regel ausgeschrieben werden; Hessen: § 89 Abs. 1 Hessisches Schulgesetz (HSchG); Niedersachsen: § 45 Abs. 1 Niedersächsisches Schulgesetz (NSchG); Sachsen: § 41 Schulgesetz für den Freistaat Sachsen (SchulG).
- 6) Mit Erlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 18. 2.2011, Az.: 212–2.02.02–37467, ist außerhalb des Verfahrens nach § 61 SchulG NRW eine Versetzung zur rechtsgleichen Unterbringung in den dort unter Buchstaben a) bis d) genannten Fällen möglich. Diese sind: Rückkehr einer Schulleiterin/eines Schulleiters aus dem Auslandsschuldienst; mehrfache, erfolglose Ausschreibung einer Schulleiterstelle; Lösung von Konfliktfällen zwecks Wiederherstellung des Schulfriedens und sofern Schulleiterinnen und Schulleiter infolge der Auflösung und/oder Zusammenlegung von Schulen ihre Amt verloren haben. Die Rechtmäßigkeit dieses Erlasses ist zumindest sehr fraglich, da der § 61 SchulG NRW diese im Erlass genannten Ausnahmen nicht vorsieht. Die durch ein Parlamentsgesetz begründete Ausschreibungspflicht kann nicht durch diesen Erlass beschränkt bzw. in weiten Bereich ganz aufgehoben werden.
- 7) Dazu BVerfGE 4, 294 (297); 39, 334 (368); 92, 140 (151, 155); 96, 152 (164).
- 8) S. *Badura*, in: Maunz/Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, 58. Ergl., Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 31 f.; *Leisner*, in: Sodann, *Grundgesetzkommentar*, Art. 33, Rn. 8 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. Aufl., Art. 33, Rn. 10 f.
- 9) VG Minden, Beschluss vom 23.02.2011 – 4 L 568/10 – und – 4 L 86/11.
- 10) S. *Schnellenbach* (Fn. 3), Rn. 430, 436.
- 11) Zu den Amtsbegriffen BVerwGE 132, 31 ff. = ZBR 2009, 114 ff.; BVerwGE 132, 40 ff. = ZBR 2009, 164 ff.