

**Verfassungsrechtliche Grenzen  
einer Entstaatlichung des Lernorts Schule  
im Dualen Ausbildungssystem**

Überführung beruflicher Schulen in die Trägerschaft  
einer Stiftung des öffentlichen Rechts in Hamburg und  
Organisationsprivatisierung von Infrastrukturaufgaben  
mit Hilfe einer Bildungs-GmbH in Bremen

**Rechtsgutachten**

erstattet im Auftrag  
**der Max-Traeger Stiftung, Frankfurt/M,**

von

**Prof. Dr. Dieter Sterzel,**  
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Oldenburg i. O., den 28. Mai 2004

## A. Sachverhalt

### I. Die Ausgangslage

Im Rahmen von Reformüberlegungen der *Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung und Forschungsförderung*, den berufsbildenden Schulen einen größeren Autonomiespielraum einzuräumen<sup>1</sup>, gibt es in den beiden Stadtstaaten Hamburg und Bremen Initiativen zu einer weitreichenden Veränderung der Organisationsstruktur dieses Schulsektors.

Die bisherige bürgerliche Koalition in *Hamburg* aus CDU, Schillpartei und FDP hatte hierzu noch vor ihrem endgültigen Scheitern bereits eine Gesetzesinitiative gestartet, bei der, wie unter II. näher dargestellt, die Gründung einer gemeinnützigen Stiftung des öffentlichen Rechts vorgesehen ist, die die Trägerschaft der beruflichen Schulen Hamburgs übernehmen und dabei auch schulrelevante Entscheidungen treffen soll. Im sogenannten Jesteburger Beschluss hatten sich zuvor Senatsmitglieder auf einer Klausurtagung am 4. u. 5. Mai 2002 sogar dafür ausgesprochen, die Berufsschulen in Kooperation mit Handelskammer und Handwerkskammer in eine private Trägerschaft<sup>2</sup> zu überführen. Nach der Neuwahl der Bürgerschaft in Hamburg am 29. 2. 2004, die der CDU eine Alleinregierung ermöglicht, bleibt vorerst offen, ob dieses Gesetzesvorhaben weiterverfolgt wird. Die damit im Zusammenhang sich stellenden brisanten Rechtsprobleme bleiben also womöglich auch künftig aktuell.

Die Freie und Hansestadt *Bremen* plant dagegen einen anderen Weg. Hier soll nach den bisher bekannt gewordenen Vorstellungen des Senats für das Vorhalten der Infrastruktur der Berufsbildenden Schulen, etwa

---

<sup>1</sup> Bund-Länder-Kommission, Weiterentwicklung berufsbildender Schulen. Weiterentwicklung berufsbildender Schulen als Partner in regionalen Berufsbildungsnetzwerken – Bericht der BLK –, Materialien zur Bildungsplanung und zur Forschungsförderung, Heft 105, 2003. Der Bericht der BLK schlägt in diesem Zusammenhang vor: „Geprüft werden sollen die Möglichkeiten einer Überführung öffentlicher berufsbildender Schulen in eine eigenständige öffentlich-rechtliche Trägerschaft, z. B. einer rechtsfähigen Anstalt öffentlichen Rechts, öffentlich-rechtlicher Stiftungen oder von Regiebetrieben. Diese Prüfung sollte in einem weitergehenden Schritt auch die Übertragung von Aufgaben des staatlichen Schulwesens auf andere Träger und die erforderliche Novellierung der Schulgesetze bzw. Schulverfassungsgesetze umfassen, um gegebenenfalls auch andere (privatrechtliche) Rechtsformen zu ermöglichen, ohne den staatlichen Bildungsauftrag zu verletzen.“, a. a. O., S. 15.

<sup>2</sup> Pressemitteilung des Hamburger Senats v. 8. 5. 2002: [http://www.hamburg.de/fhh/aktuelle\\_meldungen/archiv-2002/mai/pe-2002\\_05\\_08\\_fb\\_2.htm](http://www.hamburg.de/fhh/aktuelle_meldungen/archiv-2002/mai/pe-2002_05_08_fb_2.htm); abgedruckt auch bei *St. Breßler*, Zur „Privatisierung“ des Berufsschulwesens, DÖV 2003, S. 613 ff., Fn. 1.

Informationstechnologie und Verwaltungslogistik, für die in den Flächenstaaten der kommunale Schulträger die Verantwortung trägt, eine gemeinnützige GmbH für Infrastruktur geschaffen werden. Deren Alleingesellschafter soll die öffentliche Hand sein. Die Letztverantwortung für die sogenannten strategischen bzw. schulischen Entscheidungen, also für die im Bereich der Schulaufsicht liegenden Angelegenheiten der Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens soll weiterhin beim Senator für Bildung verbleiben.

Sowohl dem Hamburger wie dem Bremer Modell ist gemeinsam, dass die einzelne Schule vor Ort einen größeren Autonomiespielraum erhalten soll. Im Rahmen eines Kontraktmanagements soll die Steuerung der Schulen auf der Grundlage von Zielvereinbarungen erfolgen.

## **II. Die Stiftungslösung der Freien und Hansestadt Hamburg**

### **1. Allgemeine Zielsetzung**

In dem für Hamburg vorgeschlagenen Modell soll eine rechtsfähige gemeinnützige Stiftung des öffentlichen Rechts (§ 1 RefE-StiftungsG) die Schulträgerschaft für die Schulen für berufliche Bildungsgänge (berufliche Schulen) übernehmen, um auf diese Weise eine Verselbständigung dieses Schulsegments im Verhältnis zur staatlichen Schulaufsicht herbeizuführen. Zu diesem Zweck sollen den Stiftungsorganen in erheblichem Umfang Entscheidungszuständigkeiten, die bislang die Schulbehörde wahrnimmt, übertragen werden. Um die dafür notwendigen organisationsrechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, hatte die Behörde für Bildung und Sport (BBS) im Jahre 2003 zwei Gesetzentwürfe vorgelegt, und zwar

- den (Referenten-)Entwurf Gesetz über die Errichtung der „Stiftung Berufliche Schulen Hamburg (SBSH-Gesetz)“, Stand 4. 12. 2003
- den (Referenten-)Entwurf für eine Änderung des Hamburgischen Schulgesetzes (HmbSG), Stand 26. 11. 2003.

Ziel des Reformkonzepts ist es, die von den Behörden im Zusammenhang mit der Berufsbildung im schulischen Bereich wahrgenommenen staatlichen Aufgaben bis auf wenige Kernbereichsaufgaben an die Stiftung abzugeben. Die Stiftung soll als organisationsrechtlich neue Form von Public-Private-Partnership die Plattform für eine stärkere Kooperation von Staat und Wirtschaft bei der schulischen Berufsausbildung bieten, damit „noch stärker

bedarfsorientierte Angebote entwickelt und berufsspezifisches Spezialwissen besser genutzt werden“ kann.<sup>3</sup> Als Trägerin der weiterhin als unselbständige Anstalten geführten beruflichen Schulen soll die „Stiftung Berufliche Schulen Hamburg“ die Integration der ausbildenden Wirtschaft in das berufliche Schulwesen institutionell dadurch absichern, dass deren Vertreter in den Stiftungsorganen in entscheidungserheblichem Umfang Sitz und Stimme erhalten. Zweck und Aufgabe der Stiftung soll es sein, Schulen für berufliche Bildungsgänge branchenorientiert mit größtmöglicher Eigenständigkeit bereitzustellen und weiterzuentwickeln.<sup>4</sup>

## **2. Die Stiftungskonstruktion im einzelnen und die damit verknüpften Veränderungen der Organisationsstruktur des beruflichen Schulwesens**

### **2.1. Die Aufgaben der Stiftung**

Die von der Stiftung wahrzunehmenden Aufgaben lassen sich in die Bereiche *schulische Angelegenheiten*, *Personalverwaltung*, *Wirtschaftsverwaltung* und *Aufsicht* gliedern. Im einzelnen ergeben sich im Rahmen des neuen Organisationskonzepts folgende Zuständigkeiten:

#### **2.1.1. Schulische, d. h. für den Bildungsauftrag der beruflichen Schulen relevante Angelegenheiten**

a) Die Stiftung regelt durch *Satzung* die Ausgestaltung des schulischen Bildungsauftrages sowohl unter Beachtung der Beschlüsse der Kultusministerkonferenz der Länder (KMK) als auch der Vorgaben von Ziel- und Leistungsvereinbarungen, die zwischen der Schulbehörde und der Stiftung abgeschlossen werden (§ 3 Abs. 1 RefE-StiftungsG). U. a. geht es um folgende schulrelevante Angelegenheiten:

- Studentafeln;
- Ausbildung und Prüfungen an Berufsschulen, Berufsfachschulen, Berufsvorbereitungsschulen, Fachoberschulen und Fachschulen, sowie Berechtigungen, die diese Schulen vermitteln;
- Zulassungsbeschränkungen für nicht schulpflichtige Schülerinnen und Schüler zum Besuch von Fachschulen;
- Schulorganisatorische Maßnahmen wie Errichtung, Schließung, Zusammenlegung, Umwandlung, Teilung und Verlegung von Schulen.

---

<sup>3</sup> Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, August 2003, S. 1 Punkt 1.1.

<sup>4</sup> Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, S. 3 Punkt 4.1.

Die Regelung der beiden letztgenannten Punkte war bisher durch Rechtsverordnungen des Senats vorgesehen.

b) Die Stiftung trifft ferner *Rechtsentscheidungen in Einzelfällen* für die branchenorientierten beruflichen Schulen gemäß § 3 Abs. 2 RefE-StiftungsG. Dies betrifft u. a. die

- Durchführung eines Schulversuchs;
- Ausnahmen von der Höchstdauer des Schulbesuchs;
- Informationsrechte der Erziehungsberechtigten und der Schülerinnen und Schüler;
- Erfüllung der Schulpflicht an einer Ergänzungsschule;
- Befreiung von bzw. Ruhen der Schulpflicht;
- Überprüfung der pädagogischen Arbeit;
- Schulentwicklungsplanung;
- Bildung von Eingangsklassen;
- Anordnungen und Zusammenarbeit bezüglich der von Schulleitung gemäß § 89 Abs. 1 u. 3 hmbSchG wahrzunehmenden Aufgaben;
- Entscheidung im Fall der Beanstandung von Beschlüssen schulischer Gremien durch die Schulleitung gemäß § 90 hmbSchG;
- Datenverarbeitung im Schulbereich gemäß § 98 Abs. 1 hmbSchG.

c) Die Stiftung ist ferner *Widerspruchsbehörde* im Sinne der Verwaltungsgerichtsordnung hinsichtlich der Widersprüche, die sich gegen Entscheidungen der Stiftung und Entscheidungen der branchenorientierten beruflichen Schulen richten (§ 3 Abs. 3 RefE-StiftungsG), und *Aufsichtsbehörde* über die branchenorientierten beruflichen Schulen (§ 3 Abs. 4 RefE-StiftungsG).

### **2.1.2. Personalverwaltung**

Für das Personalwesen der beruflichen Schulen ist von zentraler Bedeutung, dass die Stiftung Dienstherrenfähigkeit erhalten soll (§ 21 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Die Übernahme der an beruflichen Schulen beschäftigten Beamtinnen und Beamten kann nach der Stiftungserrichtung verfügt werden (§ 23 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Die Arbeitsverhältnisse zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die an beruflichen Schulen beschäftigt werden, gehen mit der Errichtung der Stiftung auf diese über; sämtliche Arbeitgeberrechte und -pflichten werden von ihr übernommen (§ 22 RefE-StiftungsG). Zusätzlich gelten spezielle Bestandssicherungsklauseln (§ 22 Abs. 2 – 8 RefE-StiftungsG).

### **2.1.3. Wirtschaftsverwaltung einschließlich Finanz- und Vermögensausstattung**

Als Stiftungsvermögen wird der Stiftung lediglich das Eigentum an der Betriebs- und Geschäftsausstattung der Schulen übertragen (§ 4 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Für die Erfüllung der laufenden Aufgaben bleibt sie auf die jährlichen Zuwendungen der Freien und Hansestadt Hamburg angewiesen; darin ist den branchenorientierten beruflichen Schulen ein Globalbudget zur eigenen Bewirtschaftung zur Verfügung zu stellen (§ 5 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Als mögliche Option ist die Errichtung einer Betriebsgesellschaft für branchenorientierte Schulen in Form einer zu gründenden GmbH ins Auge gefasst, an der sich die Stiftung und die Wirtschaft gleichermaßen beteiligen sollen.<sup>5</sup>

### **2.2. Organe der Stiftung**

Stiftungsorgane sind ein geschäftsführender *Vorstand*, ein *Kuratorium* sowie ein *Beirat* (§ 7 RefE-StiftungsG).

Der aus zwei Personen zusammengesetzte *Vorstand* (mit einem pädagogischen und einem kaufmännischen Vorstandsmitglied, § 8 Abs. 1 Satz 1 RefE-StiftungsG) leitet die Geschäfte der Stiftung und ist für die Schul-, Wirtschafts- und Personalverwaltung verantwortlich (§ 9 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Die Vorstandsmitglieder werden vom Kuratorium mit der Mehrheit der Mitglieder und der Mehrheit der staatlichen Vertreter ausgewählt und vom Präses der für das Schulwesen zuständigen Behörde bestellt (§ 8 Abs. 1 Satz 2 RefE-StiftungsG). Der daraus auszuwählende Sprecher des Vorstandes wird vom Kuratorium gewählt und ebenfalls vom Präses bestellt (§ 8 Abs. 6 RefE-StiftungsG).

Das aus insgesamt 20 Personen bestehende *Kuratorium*, dessen Mitglieder durch den Präses der für das Schulwesen zuständigen Behörde bestellt werden (§ 11 Abs.- 3 RefE-StiftungsG), setzt sich aus 10 *Wirtschaftsvertretern*, die von den jeweils für die einzelnen Berufsbildungszweige zuständigen Kammern einvernehmlich benannt werden, 8 Vertretern des *Staates* und zwei *Gewerkschaftsvertretern* zusammen (§ 11 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Dieses Hauptbeschlussorgan der

---

<sup>5</sup> Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, S. 8.

Stiftung entscheidet über alle wesentlichen Angelegenheiten der Stiftung, angefangen vom jährlichen Wirtschaftsplan, über die mittelfristige Finanzplanung bis hin zu den von der Stiftung zu erlassenden Satzungen (§ 12 Abs. 2 u. 3 RefE-StiftungsG). Wird im Kuratorium ein Beschluss gegen das einstimmige Votum der Vertreter des Staates oder gegen das Votum der Wirtschaftsvertreter gefasst, können diese Mitglieder des Kuratoriums verlangen, dass der Präses der BBS die Entscheidung trifft (§ 13 Abs. 2 u. 3 RefE-StiftungsG). Im übrigen hat der den Vorsitz im Kuratorium einnehmende staatliche Vertreter bei Stimmengleichheit ein Doppelstimmrecht (§ 13 Abs. 2 Satz 4 RefE-StiftungsG). Weiterhin wird ein aus sechs Personen bestehender *Beirat* eingesetzt, der das Kuratorium berät (§§ 14, 15 RefE-StiftungsG). Der Beirat setzt sich aus Vertretern der Lehrer-, Eltern- und Schülerkammern sowie weiteren sachverständigen Vertretern fachkundiger Institutionen zusammen.

### **2.3. Verwaltungssteuerung im Verhältnis von staatlicher Schuladministration und Stiftung durch Ziel- und Leistungsvereinbarungen, Rechts- und Fachaufsicht und mit Hilfe der Schulinspektion**

#### **2.3.1. Ziel- und Leistungsvereinbarungen**

Die staatliche Schulbehörde steuert die Stiftung im wesentlichen über eine Ziel- und Leistungsvereinbarung. (§ 18 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Sie beinhaltet gemäß § 18 Abs. 2 RefE-StiftungsG insbesondere:

- Aussagen zu allgemeinen Bildungs- und Erziehungszielen;
- Hervorhebung der größtmöglichen Eigenständigkeit der branchenorientierten beruflichen Schulen;
- Festlegung, dass die branchenorientierten beruflichen Schulen durch Ziel- und Leistungsvereinbarungen global gesteuert werden;
- Festlegung der Aufgaben der Stiftung im Einzelnen sowie der Leitziele der Stiftung hinsichtlich der Erreichung einer hohen Ausbildungsqualität und der Sicherstellung der Zusammenarbeit zwischen branchenorientierten beruflichen Schulen und Betrieben;
- Festlegung der Rahmenbedingungen für die Stiftung insbesondere im Hinblick auf Finanzierungsgrundsätze, Personalausstattung und Gebäudemanagement;
- Festlegung der Steuerungsinstrumente (Einsatz einer Kosten- und Leistungsabrechnung, Berichtspflichten) für die Stiftung und für die das Schulwesen zuständige Behörde.

Auf dieser Grundlage schließt die Stiftung ihrerseits Ziel- und Leistungsvereinbarung mit den einzelnen branchenorientierten beruflichen Schulen ab.

### **2.3.2. Rechts- und Fachaufsicht über die Stiftung**

Der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg kann „allgemein und im Einzelfall Weisungen erteilen, Angelegenheiten selbst erledigen sowie die Erledigung der für das Schulwesen zuständigen Behörde (Aufsichtsbehörde) übertragen“ (§ 17 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Im übrigen untersteht die Stiftung der Rechtsaufsicht und der Fachaufsicht (§ 17 Abs. 3 RefE-StiftungsG). Im Rahmen der Fachaufsicht kontrolliert die Schulaufsichtsbehörde die Einhaltung der Beschlüsse der Kultusminister der Länder, der Ziel- und Leistungsvereinbarung zwischen der für das Schulwesen zuständigen Behörde und der Stiftung sowie der Vorgaben des für die Haushaltsführung der Stiftung relevanten Zuwendungsbescheides (§ 17 Abs. 4 RefE-StiftungsG). Zusätzlich kann die Aufsichtsbehörde im Fall einer Änderung der für die geltende Ziel- und Leistungsvereinbarung zugrundegelegten Sachlage Vorgaben für das Handeln der Stiftung machen (§ 17 Abs. 5 RefE-StiftungsG).

In der von der Behörde für Bildung und Sport erstellten Vorlage für die Kammern vom August 2003 heißt es zur Reichweite der staatlichen Aufsicht, dass „die letztverantwortliche Steuerungshoheit für alle Angelegenheiten der beruflichen Aus- und Weiterbildung ...in der zuständigen Behörde“ bleibt und über „Grundstrukturen und Standards ... in der BBS entschieden“ werden.<sup>6</sup>

### **2.3.3. Schulinspektion**

Mit Hilfe einer neuartigen Organisationseinheit „Schulinspektion“ soll für den Bereich des beruflichen Schulwesens ein Qualitätsmanagement eingeführt werden. Diese unabhängige Fachinstanz soll dem Präses der für das Schulwesen zuständigen Behörde unmittelbar unterstellt sein und als Instrument der staatlichen Qualitätssicherung dienen. Sie soll Qualitätsmerkmale definieren, Qualitätsmessungen selbst durchführen und

---

<sup>6</sup> Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, S. 6.



auf dieser Grundlage Handlungsvorschläge entwickeln. Die Arbeitsfelder der Schulinspektion beziehen sich auf

- das Curriculum,
- das Erreichen von Lernzielen,
- das Lernen und Lehren,
- die Unterstützung der Schülerinnen und Schüler,
- den Übergang in das Beschäftigungssystem,
- das Ethos,
- die finanziellen Ressourcen und
- das Management.

Die von der Schulinspektion erarbeiteten Empfehlungen sollen Gegenstand der Ziel- und Leistungsvereinbarung werden.<sup>7</sup>

#### **2.4. Veränderung der Organisationsstruktur der beruflichen Schulen**

Für die weiterhin als *unselbständige Anstalten des öffentlichen Rechts* geführten beruflichen Schulen (§ 2 Abs. 2 RefE-StiftungsG) sieht die mit dem Stiftungsmodell gekoppelte Gesetzesinitiative zur Änderung des Hamburgischen Schulgesetzes folgende bereichsspezifische Veränderungen vor:

Aus den bisherigen 46, durch berufliche Schwerpunkte geprägten beruflichen Schulen sollen ca. 16 – 20 grundsätzlich *branchenorientierte Schulen* gebildet werden.<sup>8</sup> Sie sollen „die größtmögliche Eigenständigkeit“ erhalten, wobei die Stiftung ihre Steuerung über Ziel- und Leistungsvereinbarungen vornehmen soll. Im Vergleich zu den übrigen Hamburger Schulen gelten für ihre Organisationsstruktur folgende Besonderheiten:

- *Ein Lenkungsausschuss* tritt als oberstes Beschluss- und Beratungsgremien an die Stelle der an allen übrigen Schulen nach wie vor vorgesehenen Schulkonferenzen (§ 56a RefE-hmbSchG). Er entscheidet über alle wesentlichen Angelegenheiten der beruflichen Schulen. Der Lenkungsausschuss besteht aus Vertretern der jeweiligen Ausbildungsbetriebe, des pädagogischen Personals, der Schülerinnen und Schüler sowie Eltern, des nichtpädagogischen Personals und Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern als Sozialpartner. Die Betriebsvertreter haben im Lenkungsausschuss eine Stimme mehr als das pädagogische Personal.

---

<sup>7</sup> Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, S. 6.

<sup>8</sup> Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, S. 4.

- Die einzelnen Schulen werden von einer Geschäftsführung geleitet (§ 97a RefE-hmbSchG), die von der Stiftung ausgewählt wird.
- An den Schulen werden bildungsbezogenen *Lernortkooperationen* eingerichtet, die die Zusammenarbeit zwischen Betrieben und Schulen definieren (§ 76 ff. RefE-hmbSchG). Sie treten an die Stelle des bisher eingerichteten Schulbeirats an beruflichen Schulen.

Die den beruflichen Schulen zustehenden Kompetenzen<sup>9</sup> beziehen sich auf

- die Ausgestaltung von Bildungsplänen und Stundentafeln entsprechend den jeweiligen Satzungen der Stiftung,
- die Mittelverwendung,
- die Personalauswahl des pädagogischen Personals, Verwaltungspersonals und Leitungspersonals (ausgenommen die Geschäftsführung),
- Beförderungen,
- die innere Organisationsstruktur.

### **3. Die Auffassung der Behörde für Bildung und Sport (BBS) zur Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesinitiative**

Die Behörde für Bildung und Sport geht in ihrer Vorlage für die Kammern zur Begründung der Gesetzesinitiative davon aus, dass die Stiftung Berufliche Schulen Hamburg die für die Erreichung der Ziele notwendige Eigenständigkeit herzustellen vermag und gleichzeitig im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 GG (staatliche Schulaufsicht) und Art. 20 Abs. 2 GG (Demokratieprinzip) „die letztverantwortliche Steuerungshoheit des Staates“ für die schulische berufliche Bildung sicherstellen kann.<sup>10</sup>

### **4. Die wesentlichen Ergebnisse des von J.-P. Schneider im Auftrag der Behörde für Bildung und Sport erstellten Rechtsgutachtens**

Die Behörde für Bildung und Sport stützt sich auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten zu den „Verfassungsfragen einer Verselbständigung der beruflichen Schulen unter Einbeziehung von Vertretern der ausbildenden Wirtschaft“, das von Prof. Dr. *Jens-Peter Schneider*, Osnabrück, erstellt wurde.<sup>11</sup> Dieses Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die angestrebte Gesetzesinitiative im Lichte der neueren

---

<sup>9</sup> Vgl. Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, S. 7 f.

<sup>10</sup> Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, S. 2.

<sup>11</sup> Inzwischen veröffentlicht unter dem Titel „Berufliche Schulen als Stiftungen mit teilprivatisierten Leitungsgremien. Anforderungen des Demokratieprinzips und des Gebots staatlicher Schulaufsicht“, 2004, im folgenden zitiert: *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Legitimationsanforderungen staatlichen Handelns verfassungskonform ist. Der Gutachter geht davon aus, dass die institutionelle Garantie des öffentlichen Schulwesens in Art. 7 Abs. 1 GG einer Überführung beruflicher Schulen in die Trägerschaft einer Stiftung des öffentlichen Rechts nicht im Wege steht und die Teilprivatisierung von deren Leitungsgremien durch Einbeziehung von Vertretern der ausbildenden Wirtschaft in die Entscheidungsorgane mit dem Demokratieprinzip vereinbar ist, wenn das Letztentscheidungsrecht des Senats in den schulrelevanten Entscheidungen gewahrt wird.

Im wesentlichen unter Bezugnahme auf die in der Wasserverbandsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 5. 12. 2003 formulierten Rechtsgrundsätze zur Zulässigkeit und den Grenzen funktionaler Selbstverwaltung<sup>12</sup> kommt J.-P. Schneider zu dem Ergebnis, dass die vom Bundesverfassungsgericht formulierten demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit funktionaler Selbstverwaltung auf das Stiftungsmodell Berufliche Schulen Hamburg im Wege des Analogieschlusses anwendbar sind. Mit Blick auf die ausbildende Wirtschaft als dem zentralen Kooperationspartner der Berufsschulen im dualen System der Berufsausbildung sieht er im Stiftungsmodell organisationsrechtlich ein funktionales Äquivalent zu einer körperschaftlich verfassten funktionalen Selbstverwaltung.<sup>13</sup> Die miteinander verwobenen Gebote demokratischer Legitimation schulischen Verwaltungshandelns und der Funktionsfähigkeit staatlicher Schulaufsicht könnten dabei speziell im Hinblick auf den erforderlichen institutionellen Gesetzesvorbehalt und ein aufgabenspezifisches Legitimationsniveau eingehalten werden. Für diese rechtliche Sichtweise spielt eine entscheidende Rolle, dass der Gutachter von einer bereichsspezifischen Sonderkonstellation im dualen System der beruflichen Ausbildung ausgeht. Sie lässt seiner Auffassung nach nicht nur eine Intensivierung der Kooperation von Staat und Wirtschaft in diesem Sektor des staatlichen Schulwesens zu, sondern legt diese vor dem Hintergrund bereits

---

<sup>12</sup> BVerfGE 107, 59.

<sup>13</sup> Schneider, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 40.

bestehender vielfältiger, rechtlich verankerter Querverbindungen von staatlicher Schulgestaltungskompetenz und wirtschaftsbezogener Unterstützungsfunktion bei der Erfüllung des staatlichen Schulauftrags im Bereich der Berufsausbildung geradezu nahe. Für ihn ist zudem die Schulaufsicht nicht als obligatorische Staatsaufgabe einzustufen, so dass die Einbeziehung von Wirtschaftsvertretern als nicht unmittelbar personell legitimierte Akteure in den Bereich der staatlichen Aufsicht für prinzipiell zulässig gehalten wird. Im Hinblick auf die Frage, ob die dem Organisationsprinzip funktionaler Selbstverwaltung zugrundeliegenden Legitimationsanforderungen in sachlicher und personeller Hinsicht im Rahmen des Stiftungsmodells erfüllt werden und welche institutionell-organisatorischen Konsequenzen dabei bei der geplanten Reorganisation des Beruflichen Schulwesens zu beachten sind, gelangt das Gutachten im wesentlichen zu folgenden Ergebnissen<sup>14</sup>:

„3. Schulaufsicht ist keine obligatorische Staatsaufgabe, die ausschließlich Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung übertragen werden darf.

4. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt verlangt parlamentarische Grundentscheidungen über die Einführung von Formen der korporativen Selbststeuerung im Rahmen einer Stiftung des öffentlichen Rechts, den Aufgabenkreis der Stiftung, die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Stiftungsorganen einschließlich ihrer Zusammensetzung und Beschlussverfahren, die fortbestehenden Einwirkungsrechte der hierarchischen Staatsverwaltung und die Wege der personellen Besetzung der Kollegialgremien.

5. Bei der parlamentsgesetzlichen Aufgabendefinition sind die Anforderungen des schulrechtlichen Gesetzesvorbehalts zu berücksichtigen.

6. Der Gesetzgeber kann Stiftungen des öffentlichen Rechts zur Rechtsetzung in Form von Rechtsverordnungen oder Satzungen ermächtigen. Aufgrund der umfangreichen bundesrechtlichen oder von der KMK vereinbarten Vorgaben ist der Erlass von Stundentafeln innerhalb und außerhalb anerkannter Ausbildungsberufe hinreichend sachlich legitimiert. ....

7. Die Stiftung kann bei hinreichenden gesetzlichen Vorgaben auch zum Erlass rechtsverbindlicher Einzelfallentscheidungen ermächtigt werden. Sofern eine gesetzliche Vorstrukturierung nicht möglich ist, die Entscheidung hohe Bedeutung für Grundrechtsträger besitzt und aufgrund der Vielzahl von Einzelfallentscheidungen eine effektive Kontrolle durch die Behörde nicht möglich ist (wie z. B. Versetzungsentscheidungen), sind an die personelle Legitimation und fachliche Qualifikation der zuständigen Entscheidungsträger erhöhte Anforderungen zu stellen.

8. Während somit insbesondere bezüglich der eventuellen Rechtsetzungskompetenzen der Stiftung die durch den gesetzlichen Gründungsakt vermittelte abstrakt-personelle Legitimation und die besondere institutionelle Legitimation eines korporativen Kollegialorgans die fehlende unmittelbare personelle Legitimation in Form einer ununterbrochenen Legitimationskette ersetzt, genügt dies hinsichtlich schwer determinierbarer alltäglicher Entscheidungen mit hoher Grundrechtswirkung nicht. Die erforderliche

---

<sup>14</sup>Schneider, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 63 ff.

uneingeschränkte personelle Legitimation kann jedoch durch eine sogenannte doppelte Mehrheit bei der Wahl der zuständigen hauptamtlichen Vorstandsmitglieder und Schulleiter (1.) im Kuratorium insgesamt sowie (2.) unter den Behördenvertretern im Kuratorium vermittelt werden. Ein Veto der Wirtschaftsvertreter muss in diesen Fällen sowie bei einem Veto gegen unterrichtsrelevante Rechtssetzungsvorschläge zu einer Letztentscheidung durch die Behörde oder den Senator führen.

9. Die institutionelle Legitimation des Kuratoriums wird durch eine eventuelle Nichtberücksichtigung von Arbeitnehmervertretern nicht in Frage gestellt. Das BVerfG belässt dem Gesetzgeber hinsichtlich der interessengerechten Zusammensetzung korporativer Gremien einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum, der vorliegend nicht überschritten wird.

10. Das Gesetz muss die Aufsichtsbefugnisse der Behörde für Bildung und Sport bestimmen. Ein Rückzug auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle ist wegen der umfassenden fachlichen Schulverantwortung des Staates nur in Randbereichen zulässig. Allerdings kann sich der Gesetzgeber mit bloßen Evokationsbefugnissen begnügen, soweit eine intensivere Vorstrukturierung des Stiftungshandelns durch Landes- oder Bundesrecht sowie aufgrund des Landesgesetzes zu berücksichtigender KMK-Beschlüsse erfolgt. Gleiches gilt für ohne weiteres reversible Entscheidungen. In den übrigen Fällen bieten präventive Genehmigungen des Stiftungshandelns oder die bereits angesprochene Stärkung der personellen Legitimation der handelnden Organe bzw. Organwalter angemessene Alternativen.

11. Entscheidend ist somit die Vermittlung demokratischer Legitimation durch den Organisationsgesetzgeber. Die Inanspruchnahme seiner organisationsbezogenen Gestaltungsbefugnis verpflichtet ihn aber auch, Reorganisationsentscheidungen späterer parlamentarischer Mehrheiten nicht zu vereiteln. Es dürfen mit anderen Worten keine irreversiblen Entscheidungen getroffen werden. Ferner muss der Gesetzgeber seine Organisationsentscheidung hinsichtlich der ihr zugrunde liegenden Annahmen über die besondere institutionelle Legitimation des gewählten organisatorischen Arrangements periodisch überprüfen.

12. Verfassungsrechtlich zulässig ist auch die geplante Gewährung größerer Autonomie auf Ebene der Schulen vor Ort. Lediglich bezüglich der Schulleiter- und Personalauswahl sind insoweit Einschränkungen angezeigt, als die Schule zwar bei der Auswahl mitwirken, nicht aber die eigenverantwortliche Entscheidung der Stiftung als Dienstherrin ausschließen darf.

13. Vorrangige Aufsichtsinstanz über die Einzelschulen können die Stiftungsorgane sein. Die Organisationsfreiheit des Gesetzgebers umfasst daher auch ein Arrangement mittelbarer Staatsaufsicht über die Einzelschulen, sofern hinreichend effektive Aufsichtsbefugnisse der Behörde gegenüber den zwischengeschalteten Stiftungsorganen bestehen und eine intensivere Kontrolle der Erfüllung von gesetzten oder über das Kontraktmanagement vereinbarten Ausbildungsstandards sichergestellt wird. Hierzu kann die geplante Einrichtung einer von der Stiftung unabhängigen Schulinspektion ein taugliches Instrument darstellen. Zumindest für den Fall lediglich mittelbarer Aufsichtsbefugnisse der Behörde über die Einzelschulen sollte dieses zentrale Instrument der Qualitätssicherung nicht Teil der Stiftung sein.

14. Sozialstaatliche und gleichheitsrechtliche Anforderungen werden durch das Reorganisationskonzept nicht verletzt. Die Erwartung des Gesetzgebers, durch die Reform die Qualifizierungs- und Einstellungschancen der Auszubildenden durch eine Qualitätssteigerung der beruflichen Schulbildung zu erhöhen, überschreitet keineswegs die Grenzen seines Prognosespielraums.“

### III. Die Bremer GmbH-Lösung

Bezüglich der für Bremen ins Auge gefassten GmbH-Lösung für die Erledigung derjenigen Verwaltungsaufgaben, die in den Flächenstaaten üblicher Weise vom kommunalen Schulträger wahrgenommen werden, sind bisher nur die oben skizzierten allgemeinen Grundsatzüberlegungen bekannt geworden. Ein schriftlich fixiertes Strukturpapier oder gar eine entsprechende Gesetzesinitiative liegt bislang noch nicht vor.

### IV. Die Gutachtenfragestellung

1. Die Max-Traeger-Stiftung sieht bezüglich der in Hamburg wie in Bremen verfolgten Reformansätze einen verfassungsrechtlichen Prüfungsbedarf im Lichte der durch Art. 7 Abs. 1 GG i. V. m. dem Demokratieprinzip (Art 20 Abs. 2 GG) vorgegebenen Verantwortlichkeit des Staates für das gesamte Schulwesen. Zentral geht es dabei darum, ob mit derartigen Strukturreformen das Berufsschulwesen in einer Weise dereguliert wird, dass womöglich von einer durch Art. 7 Abs. 1 GG nicht mehr gedeckten und deshalb verfassungswidrigen Teilprivatisierung dieses Teilbereichs des staatlichen Schulwesens gesprochen werden muss, die nicht nur die Funktionsfähigkeit der staatlichen Schulaufsicht in Frage stellt, sondern zudem gegen das Demokratieprinzip verstößt.

2. Bezogen auf das **Hamburger Stiftungsmodell** erscheint insbesondere prüfungsbedürftig:

*Erstens*, ob die auf dem Rechtsgutachten von J.-P. Schneider fußende Grundannahme des Hamburger Gesetzentwurfs verfassungsrechtlich haltbar ist, dass die vom Bundesverfassungsgericht im Wasserverbandsbeschluss<sup>15</sup> genannten geringeren Legitimationsanforderungen für den Bereich funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen auf das für die berufliche Schulen vorgesehene Stiftungsmodell übertragbar sind. Dies betrifft vor allem die darin vorgesehene maßgebliche Beteiligung von Vertretern der Wirtschaft an schulrelevanten Entscheidungsprozessen, so dass in soweit von einer Teilprivatisierung gesprochen werden muss.

Verfassungsrechtliche Zweifel ergeben sich vor allem daraus, dass „*das gesamte Schulwesen*“ gemäß Art. 7 Abs. 1 GG der Aufsicht des Staates

---

<sup>15</sup> BVerfGE 107, 59, 86 ff.

unterliegt. Wenn man dem gemäß den Bereich des öffentlichen Schulwesens zu den klassischen Aufgabenfeldern staatlichen Handelns zählt, der durch Art. 7 Abs. 1 GG unter einen speziellen Verfassungs- und Verwaltungsvorbehalt gestellt worden ist, stellt sich folglich die Frage, ob für das Schulsegment Berufliche Schulen so weitreichende Besonderheiten bestehen, dass eine analoge Anwendung der auf eine Optimierung gesellschaftliche Gestaltungspotentiale zielenden Organisationsgrundsätze funktionaler Selbstverwaltung möglich ist.

*Zweitens*, ob nicht – selbst wenn man die Grundsätze funktionaler Selbstverwaltung auf den Schulbereich prinzipiell für übertragbar hält, – es im Sinne dieses speziellen Rechtsinstituts geboten ist, unbeschadet eines dem Gesetzgeber eingeräumten weiten Gestaltungsspielraums *alle* Akteure des schulischen Prozesses (Schüler, Eltern, Lehrer, die Wirtschaft als Zielgruppe der beruflichen Schulbildung) durch Interessenvertreter in die Entscheidungsabläufe der Stiftungsorgane als Träger der Schulen mit einzubeziehen. So gesehen stellt sich dann die Frage, ob es nicht dem Begriff der funktionalen Selbstverwaltung als Betroffenenverwaltung fundamental widerspricht, wenn in dem in Hamburg vorgesehenen Regelungskonzept Mitbestimmungsrechte nur für eine am schulischen Prozess beteiligte Akteursgruppe, nämlich die Vertreter der Wirtschaft vorgesehen wird und die institutionell-organisatorische Beteiligung der übrigen Akteursgruppen an der Entscheidungsfindung über schulrelevante Angelegenheiten auf der Ebene der Stiftung und deren Organen gezielt ausgeschlossen wird, obwohl die Stiftung als Trägerin der beruflichen Schulen folgenreich in deren rechtlich geschützte Interessen eingreifen kann. Dies führt des weiteren zu der Frage, ob nicht die völlig einseitige Ausrichtung an den Interessen der Wirtschaft das staatliche Neutralitätsgebot im Schulwesen verletzt und zudem dem Gebot einer aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gleichbehandlung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen im Bereich der beruflichen Ausbildung widerspricht.

*Drittens*, ob durch den vorgesehenen Dienstherrnwechsel der beamteten Lehrer in deren durch Art. 33 Abs. 5 GG grundrechtsgleich geschützte Rechtsstellung eingegriffen wird.

**3.** Bezüglich des **Bremer Modells** einer **Organisationsprivatisierung** der für das Vorhalten der Schulen notwendigen Verwaltungseinrichtungen (Einrichtungen, Lehrmittel, Informationstechnologie etc.) stellt sich die Frage, ob dabei weiterhin im vollen Umfang die staatliche Verantwortung für die im eigentlichen Sinn zu treffenden schulischen bzw. schulrelevanten Entscheidungen unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 GG sichergestellt ist.



## **B. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens und der staatlichen Schulverwaltung**

### **I. Problemstellung**

Die verfassungsrechtliche Prüfung der in Hamburg mit Hilfe der Stiftungskonstruktion und in Bremen mit der Organisationsprivatisierung des operativen Geschäfts vorgesehenen organisationsrechtlichen Veränderungen des beruflichen Schulwesens macht es erforderlich, die grundgesetzlich zu beachtenden Vorgaben für die Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens genauer zu bestimmen. In den Art. 7 Abs. 1 GG (staatliche Schulaufsicht), Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsgebot), Art. 20 Abs. 2 GG (Demokratieprinzip), Art. 33 Abs. 4 GG (Funktionsvorbehalt) und Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz) werden die Weichen gestellt, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber für die Organisation des öffentlichen Schulwesens nach der Dogmatik des Verwaltungsrechts zur Verfügung stehen. Deshalb ist *erstens* notwendig, sich im Hinblick auf den Bedeutungsgehalt von Art. 7 GG Klarheit über Funktion und Bedeutung des öffentlichen (Berufs-)Schulwesens im Rahmen der Bildungsverfassung Deutschlands zu verschaffen. Die Aussage des Art. 7 Abs. 1 GG, dass „das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates“ steht, muss Aufschluss über die Reichweite des dem Staat – Gesetzgeber und Exekutive – eingeräumten Gestaltungsanspruchs in Angelegenheiten des Schulwesens geben. Auf dieser Grundlage lässt sich zugleich der damit verbundene Verpflichtungsgehalt für die eigenständige Erfüllung der dem Staat zugewiesenen Aufgabe Schulaufsicht ermitteln. Dies führt *zweitens* zur notwendigen Prüfung, welche Grenzen der staatlichen Schulgestaltungsmacht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG im Lichte des grundgesetzlichen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips (Art 20 Abs. 2 u. 3 GG) sowie des Funktionsvorbehalts (Art. 33 Abs. 4 GG) und des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) bei der Erfüllung dieser komplexen Aufgabe durch die staatliche Schuladministration gesetzt sind.

Auf dieser Grundlage lassen sich die aus Anlass dieses Gutachtens gestellten Fragen klären, in welchem Umfang dem für das Schulwesen

politisch verantwortlichen Gesetzgeber gestattet ist, neue Organisationsstrukturen für das berufliche Schulwesen auszuprobieren. Das Augenmerk hat sich dabei insbesondere auf die das Hamburger Stiftungsmodell prägende Besonderheit zu konzentrieren, bei der beruflichen Schulausbildung Private in die staatliche Schulaufsicht für diesen Schulbereich mit einzubeziehen. Denn die Vertreter der Wirtschaft haben im Dualen System nach Maßgabe des Berufsbildungsgesetzes im Rahmen einer betrieblichen Lehre als Auszubildende einen besonderen Pflichtenstatus gegenüber den Lehrlingen bzw. Berufsschülern inne (§§ 6 – 8 BBiG); sie nehmen demzufolge an der inhaltlichen Ausgestaltung der mit der beruflichen Schulbildung verfolgten Bildungsprozesse ein eigenständiges gesellschaftliches Interesse wahr.

In diesem Zusammenhang ist die Verallgemeinerungsfähigkeit der Aussage des Bundesverfassungsgerichts in seinem Wasserverbandsbeschluss<sup>16</sup> zu hinterfragen, dass außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der gemeindlichen Selbstverwaltung das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG offen ist für Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt, die vom grundsätzlich geltenden Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichen. Hierbei wurde für den Bereich der sogenannten funktionalen Selbstverwaltung der Grundsatz aufgestellt, dass der Gesetzgeber in bestimmten abgegrenzten Bereichen der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung schaffen kann, um durch die Mitsprache von Betroffenen verwaltungsexternen Sachverständigen zu aktivieren. Mit Blick auf dieses Judikat ist im Sinne der von *J.-P. Schneider* in seinem Gutachten geltend gemachten Parallelität der Interessenlage der auszubildenden Wirtschaft im Bereich des vom Staat unterhaltenen beruflichen Schulwesens zu klären, ob dieser Grundsatz überhaupt auf das in Hamburg diskutierte Stiftungsmodell übertragbar ist bzw. welche Grenzen für die Übertragung von Staatsaufgaben auf Träger funktionaler Selbstverwaltung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beachten sind. Konkret geht es mithin darum,

---

<sup>16</sup> BVerfGE 107, 59.

ob der Organisationstypus der Stiftung des öffentlichen Rechts sich nach Maßgabe des Verwaltungsorganisationsrechts als eine für den besonderen Typus der funktionalen Selbstverwaltung annähernd adäquate Organisationsform qualifizieren lässt und dementsprechend die Einbeziehung von Vertretern der ausbildenden Wirtschaft in den Stiftungsorganen „als Betroffene“ gerechtfertigt werden kann oder ob es sich bei der Wahl der Rechtsform Stiftung nicht um einen staatlichen Formenmissbrauch handelt, der verfassungsrechtlich nicht zu legitimieren ist.

Sollte die Entscheidung für eine Stiftungslösung aber im grundsätzlichen vom Prinzip der Formenwahlfreiheit des Staates bei der Erfüllung seiner Aufgaben<sup>17</sup> gedeckt sein, bleibt gleichwohl abschließend noch zu prüfen, ob der in diesem Fall zur Entscheidung berufene Gesetzgeber die Zusammensetzung der Stiftungsorgane in der in der Gesetzesinitiative vorgeschlagenen Weise regeln darf. Da von den Schulentscheidungen der Stiftungsorgane die Interessen unterschiedlicher Akteure im Bereich des beruflichen Schulwesens berührt werden, stellt sich verfassungsrechtlich nämlich das Problem, ob der Gesetzgeber nicht willkürlich handelt, wenn nur die Vertreter der an der beruflichen Schulbildung interessierten Arbeitgeber ein maßgebliches Mitentscheidungsrecht im Stiftungsrat erhalten, während der Interessenvertretung der Arbeitnehmer nur ein Minderheitsstatus eingeräumt werden soll und die übrigen Akteure des schulischen Interaktionsprozesses, sei es als unmittelbar (Lehrer, Schüler) oder als mittelbar Betroffene (Eltern) im Stiftungsrat überhaupt nicht repräsentiert sind. Insofern fällt auf, dass die in Hamburg vorgesehene Zusammensetzung für das Leitorgan der Stiftung in ihrer Grundkonzeption weder mit der für die Ausschüsse für Berufsbildung (§§ 54 ff. BBiG) vorgesehenen drittelparitätischen Zusammensetzung (1/3 Beauftragte der Arbeitgeber, 1/3 Beauftragte der Arbeitnehmern, 1/3 Beauftragte der obersten Landesbehörden) noch mit den in §§ 96 ff. BetrVG geregelten Vorgaben für die Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Berufsbildung harmoniert.

---

<sup>17</sup> Vgl. dazu unten III.2.

Bezogen auf die in Bremen ins Auge gefasste Organisationsprivatisierung von schulrelevanten Infrastrukturaufgaben, die in den Flächenstaaten vom kommunalen Schulträger zu erfüllen sind, kommt es entscheidend darauf an, ob Art. 7 Abs. 1 GG nur den Kernbereich des staatlichen Schulauftrages erfasst oder sich auch auf solche Angelegenheiten erstreckt, die sich auf das Vorhalten der öffentlichen Schulen bezieht.

## II. Die staatliche Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG

### 1. Inhalt und Reichweite der in Art. 7 Abs. 1 GG festgelegten Aufsicht des Staates über das gesamte Schulwesen

Art. 7 GG stellt die zentrale Bezugsnorm des Bundesverfassungsrechts für die Ausgestaltung des deutschen Schulwesens dar. Die in Art. 7 Abs. 1 GG festgelegte staatliche Schulhoheit über das gesamte Schulwesen gehört nach der föderalen Kompetenzordnung des Grundgesetzes in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Länder.<sup>18</sup> Der Bund hat auf diesem Gebiet weder eine Gesetzgebungsbefugnis (Art. 70 ff. GG) noch eine Verwaltungshoheit (Art. 30 GG), wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung feststellt.<sup>19</sup> Die den Ländern hiernach zustehende umfassende Gestaltungsfreiheit<sup>20</sup> für die „vom Staat in Vorsorge genommenen Pflichtschulen“<sup>21</sup> kann aber im freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes, der in seinem Selbstverständnis den Schutz der Menschenwürde und der Grundrechte seiner Bürger zum Primat staatlichen Handelns gemacht hat<sup>22</sup>, nicht grenzenlos sein. Die Gestaltungskompetenz der Länder findet dementsprechend ihre Grenzen in den übergeordneten Normen des Grundgesetzes<sup>23</sup>, d. h. außer im Geltungsanspruch der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) vor allem im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 GG), dem sozialen Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 GG) und dem Funktionsvorbehalt für die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben (Art. 33 Abs. 4 GG).

Art. 7 GG determiniert in seiner komplexen Struktur verschiedene Einzelaspekte des Schulrechts. Er enthält Einrichtungsgarantien, Grundrechtsnormen und Auslegungsregeln für den Bereich des

---

<sup>18</sup> BVerfGE 6, 309, 355; 34, 165, 181; 53, 185, 196; 59, 360, 377; 75, 40, 67, st. Rspr.

<sup>19</sup> Z. B. in BVerfGE 34, 165, 181.

<sup>20</sup> BVerfGE 41, 29, 44; 53, 185, 196; 59, 360, 377; 75, 40, 67; 108, 282, 302, st. Rspr.

<sup>21</sup> BVerfG DVBl 2003, 1526, 1529 – Kopftuch.

<sup>22</sup> Das BVerfG spricht in E 6, 32, 37 (Elfes) bezogen auf Art. 1 GG von einem „tragenden Konstitutionsprinzip“ des Grundgesetzes.

<sup>23</sup> BVerfGE 34, 165, 181.

Schulrechts.<sup>24</sup> Eine in sich geschlossene Regelung enthält der Artikel nicht.<sup>25</sup>

### **1.1. Der grundrechtszentrierte Geltungsanspruch der staatlichen Schulherrschaft**

Auch wenn Art. 7 GG keine in sich geschlossene Regelung enthält, verweist die Verankerung des Schulartikels im Grundrechtsteil des Grundgesetzes auf die grundrechtliche Fundierung der darin enthaltenen unterschiedlichen normativen Aussagen. Weil die mit Erziehung verbundene planmäßige und zielgerichtete Einwirkung auf junge Menschen eine einseitige unmittelbare Bestimmungsmacht über andere begründet, wohnt ihr zwangsläufig ein Moment von Herrschaft inne.<sup>26</sup> Dieser Aspekt von Fremdbestimmung findet sich sowohl in der natürlichen Beziehung von Eltern zu ihren Kindern (Art. 6 Abs. 2 GG) wieder<sup>27</sup>, ist aber auch im Schulverhältnis – und dort nicht zuletzt in der pädagogischen Arbeit zwischen Lehrern und Schülern – wirksam. Aus diesem Grund ist es notwendig, für den personalen Prozess und das Herrschaftsverhältnis rechtlich verbindliche Maßstäbe festzulegen und dem Staat für beide Erziehungsbereiche die Wächterfunktion zu übertragen. Art. 7 Abs. 1 GG versucht, den im staatlichen Erziehungsprozess der Schule angelegten personalen Herrschaftsbezug zu institutionalisieren und die darin begründete Objektstellung des Schülers mit den Mitteln des Rechts zu neutralisieren. Daraus erwächst das Erfordernis, das Schulverhältnis in seinen grundrechtsrelevanten Bezügen rechtsstaatlich zu umhegen.<sup>28</sup> Zugleich grenzt Art. 7 Abs. 1 GG für den Bereich der schulischen Sozialisation die Zuständigkeiten gegenüber dem Erziehungsrecht der Eltern als Haupterziehungsfaktor ab, wenn der Staat zum alleinigen Schulherrn erklärt wird.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> BVerfGE 6, 309, 355; 75, 40, 61.

<sup>25</sup> BVerfGE 26, 228, 238.

<sup>26</sup> E. W. Böckenförde, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, H. 14, 1980, S. 54 ff., 60.

<sup>27</sup> Auch die Neudefinition der früher mit dem Begriff „elterliche Gewalt“ erfassten Bestimmungsrechte der Eltern über *ihr* Kind in „elterliche Sorge“ (§ 1626 BGB) ändert an diesem, sprachlich semantisch mit einem Possessivpronomen belegten spannungsgeladenen „Besitzverhältnis“ nichts.

<sup>28</sup> B. Pieroth, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, DVBl. 1994, S. 949 ff., 950.

<sup>29</sup> BK-Wernicke, Art. 7 Anm. II 1a.

Unter dem Geltungsanspruch des Grundgesetzes hat mithin Bezugspunkt jeder Erziehung die grundrechtlich geschützte Subjektstellung des Kindes zu sein.<sup>30</sup> Wenn das Elternrecht als „Grundrecht und Grundpflicht“ qualifiziert und vom Bundesverfassungsgericht ein „fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit genannt“<sup>31</sup> wird, das zudem dem staatlichen Wächteramt unterstellt ist, lässt sich der damit angesprochene kindesrelevante Grundrechtsbezug auch in Art. 7 Abs. 1 GG ausmachen, der den schulischen Erziehungsprozess unter die Obhut des Staates stellt. Gerade weil das Grundgesetz die Menschenwürde (Art 1 Abs. 1 GG) zum entscheidenden Bezugspunkt der konstitutionellen Form der Staatlichkeit und zum Maßstab allen staatlichen Handelns gemacht hat, ist der Schüler als grundrechtlich geschütztes und zu schützendes Subjekt der schulischen Sozialisation zu sehen.<sup>32</sup> Das bedeutet, dass diese einem an der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) ausgerichteten Erziehungsziel zu folgen hat.<sup>33</sup> Der Staat ist in Art. 7 Abs. 1 GG zwar Regelungsadressat der Verfassung, die im Bereich der schulischen Sozialisation unter seine Obhut gestellten gesellschaftlichen Subjekte sind aber die Nutznießer.<sup>34</sup>

Die maßgebliche Verfassungsbestimmung für die Ausgestaltung des Schulwesens verweist im Sinne der neueren Grundrechtstheorie<sup>35</sup> auf eine grundrechtsbezogene Staatsaufgabendimension. Weil

---

<sup>30</sup> E. Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967, S. 37 ff.

<sup>31</sup> BVerfGE 59, 360, 376 f., für das BVerfG unterscheidet sich „das Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 GG ... von den anderen Freiheitsrechten des Grundrechtskatalogs wesentlich dadurch, dass es keine Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern, sondern zum Schutze des Kindes gewährt.“ Dementsprechend treten die Eltern bei der Wahrnehmung des Elternrechts zwar in eigenem Namen auf, handeln aber für ihre Kinder.

<sup>32</sup> Richter-AK-GG, Art. 7 Rz. 37.

<sup>33</sup> Gröschner, Art. 7 Rz. 44, in: Dreier, GG.

<sup>34</sup> D. Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders., Hrsg., Staatsaufgaben, 1996, S. 613 ff., S. 633.

<sup>35</sup> Grundlegend ist für diese moderne Grundrechtsinterpretation das Lüth-Urteil aus dem Jahre 1958 (BVerfGE 7, 198, besonders 205); darin rückt das BVerfG nämlich den für eine dynamische Grundrechtsentwicklung folgenreichen Aspekt in das Zentrum des grundgesetzlichen Verfassungsverständnisses, dass der „Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen“ auf eine „verfassungsrechtliche Grundentscheidung“ verweist, die zum Prinzip der Grundrechtsoptimierung bzw. -effektuiierung und darin eingeschlossen zu einer Schutzpflicht zur Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit führt. Vgl auch J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996.

Grundrechtsoptimierung selbst eine Staatsaufgabe ist<sup>36</sup>, um die tatsächlichen Voraussetzungen der Grundrechtsausübung zu schaffen, ergeben sich aus der objektivrechtlichen Schutzdimension der Grundrechte Schutzaufträge des Staates. Einen solchen, auf den schulischen Sozialisationsprozess bezogenen grundrechtlichen Schutzauftrag hat der Verfassungsgesetzgeber bereichsspezifisch mit dem in Art. 7 Abs. 1 GG dem Staat erteilten Bildungs- und Erziehungsauftrag fixiert.

Im Kern geht es mithin bei der Aufsicht des Staates über das gesamte Schulwesen um die Garantie eines dem Selbstverständnis der Aufklärung verpflichteten, an Kants „Erziehung zur Mündigkeit“ orientierten öffentlichen Schulsystems. Ungeachtet der im Grundgesetz vorausgesetzten Notwendigkeit von Bevormundung der Kinder<sup>37</sup> dient es primär deren Grundrechtsverwirklichung im Hinblick auf deren grundrechtlich geschützte Rechtsstellung aus Art. 2 Abs. 1 GG<sup>38</sup> wie aus Art. 12 Abs. 1 GG. Der in Art. 7 Abs. 1 GG enthaltene Erziehungsauftrag des Staates ist folglich in der Korrespondenz zur staatlichen Schutzpflicht für die Selbstentfaltung des Kindes zu sehen und zielt auf die „Hinführung (scil.: der Schüler) zur Rationalität (Kritikfähigkeit und Toleranz), Kreativität und Gemeinsinn“<sup>39</sup> sowie auf die Entwicklung ihrer Fähigkeiten, um sich die für einen späteren Beruf erforderlichen Qualifikationen aneignen zu können. Diesen (Aus-)Bildungsanspruch der Schüler im Rahmen und auf der Grundlage des staatlichen Erziehungsauftrages sicherzustellen, ist die Funktion der grundgesetzlich verankerten Schulhoheit.

Im Hinblick auf die in Art. 7 vorgenommene Trennung des Schulwesens in staatliche und private Schulen wird der Primat staatlicher Schulen vorausgesetzt.<sup>40</sup> Denn nur der Staat kann den Versorgungsauftrag für ein

---

<sup>36</sup> Vgl. *K. Stern*, Staatsrecht III/1, § 69 IV 1, S. 931 ff.; in diesem Sinn auch *K.-P. Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 415 ff., 419 f.; *T. Würtenberger*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln, VVDStRL H. 58 (1999), S. 139 ff., 148.

<sup>37</sup> BVerfGE – Kammerbeschluss v. 5. 9. 1986 – NJW 1987, 180.

<sup>38</sup> *Stein*, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, S. 37 ff.; *Richter-AK-GG*, Art. 7 Rz. 7

<sup>39</sup> *Bader*, Art. 7 Rz. 52, in: MAK, GG.

<sup>40</sup> BVerfGE 75, 40, 56. A. A. *Robbers*, Art. 7 Rz. 64, in: MKS, GG.



rechtlich geordnetes, dem Freiheitsanspruch seiner Bürger verpflichtetes Schulsystem flächendeckend gewährleisten.<sup>41</sup> Deshalb ist der Hinweis richtig, dass in diesem Bereich der Sozialgestaltung die Privatschulgarantie des Art. 7 Abs. 4 u. 5 GG nur eine „partielle Substitution des öffentlichen Schulwesens“ zu gewähren vermag.<sup>42</sup> Die in Art. 7 Abs. 1 GG angelegte Verzahnung des Rechts auf schulische Bildung mit dem vom Staat formulierten Bildungs- und Erziehungsauftrag, der sowohl in den von ihm vorgehaltenen Schulen als auch in den seiner umfassenden Aufsicht unterliegenden, genehmigungspflichtigen privaten Schulen zu beachten ist, wird in den Schulgesetzen der Länder grundgesetzadäquat zum Ausdruck gebracht. Insofern ist beispielhaft auf §§ 1, 2 hmbSchulG<sup>43</sup> zu verweisen.

Die dem Staat damit kraft Art. 7 Abs. 1 GG eingeräumte Gestaltungsbefugnis über das gesamte Schulwesen ist Teil der öffentlichen Gewalt und als solche eingebunden in unser freiheitliches Verfassungssystem. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt auf die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) verlangt im Hinblick auf die bildungsrelevanten Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG den grundrechtlichen Schutz der dem Staat in der Schule anvertrauten Schüler im Rahmen der dort institutionalisierten Erziehungs- und Bildungsprozesse. Unter grundrechtlichen Aspekten zusätzlich relevant ist hierbei, dass das in Art. 6 Abs. 2 GG verbrieftete Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder dem allgemeinen Auftrag der Schule zur Bildung und Erziehung nicht vor-, sondern gleichgeordnet ist.<sup>44</sup> Auch wenn hinsichtlich des Verhältnisses von Art. 6 Abs. 2 GG und Art. 7 Abs. 1 GG von einer gemeinsamen Erziehungsaufgabe gesprochen wird, lässt sich

---

<sup>41</sup> Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden erhöht sich gegenwärtig zwar der Anteil der Privatschulen in Deutschland von 2000 im Jahre 1995 auf 25000 im Jahre 2002 mit einer Steigerung von 445.6000 auf 590.4000 Schülern, was aktuell einem Anteil von lediglich 6 % der Privatschüler (1995 = 4,8 %) entspricht.

<sup>42</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 21.

<sup>43</sup> § 1 hmbSchulG normiert das Recht auf schulische Bildung jedes jungen Menschen auf eine seinen Fähigkeiten und Neigungen entsprechende Bildung und Erziehung. § 2 hmbSchulG stellt den an den Werten des Grundgesetzes und der Verfassung der Hansestadt Hamburg orientierten Erziehungs- und Bildungsauftrag der Schule gegenüber den Schülerinnen und Schülern heraus.

<sup>44</sup> BVerfGE 34, 165, 183; 47, 46, 72.

nach h. M. aus dem Elternrecht ein Bestimmungs- oder Mitwirkungsrecht der Eltern über schulische Angelegenheiten nicht ableiten.<sup>45</sup>

### **1.2. Die Bedeutung der allgemeinen Schulpflicht zur Durchsetzung des staatlichen Erziehungsanspruchs gemäß Art. 7 Abs. 1 GG in dem vom Staat vorzuhaltenden öffentlichen Schulwesen**

Im Kontext der dem Staat zugewiesenen Aufsicht über das Schulwesen fällt der allgemeinen Schulpflicht als Schulbesuchspflicht eine entscheidende Rolle zu.<sup>46</sup> Die damit verbundenen Grundrechtseinschränkungen sowohl der Eltern wie der Schüler sind eine Konsequenz des in Art. 7 Abs. 1 GG mit der Aufsicht über das gesamte Schulwesen begründeten staatlichen Erziehungsanspruchs<sup>47</sup>, der elternunabhängig ist<sup>48</sup> und allen Kindern Chancengleichheit beim Zugang zu öffentlichen Schulen gewährleisten soll. Erst über die Schulpflicht lässt sich der dem Staat vorbehaltene Erziehungs- und Bildungsauftrag<sup>49</sup> umsetzen. Die Schulpflicht ist in den Ländern unterschiedlich ausgestaltet; teils gibt es eine einheitliche 12-jährige Schulpflicht, die durch den Besuch einer Vollzeitschule erfüllt wird, nach neun bzw. 10 Jahren aber auch durch den Besuch einer Teilzeitberufsschule erfüllt werden kann, teils wird sie in zwei Abschnitte – Vollzeitschulpflicht und Berufsschulpflicht – gegliedert.<sup>50</sup>

Sie übernimmt die sozial-kulturell wichtige Funktion, allen jungen Menschen unabhängig vom sozialen Status ihrer Eltern im öffentlichen Lern- und Bildungsort Schule eine sowohl den Qualifikationsanforderungen einer hochtechnisierten Industrie- und Informationsgesellschaft als auch den Anforderungen eines demokratisch-rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens

---

<sup>45</sup> BVerfGE 59, 360, 380 f.

<sup>46</sup> Wenn es im Förderstufenurteil (BVerfGE 34, 165, 187) heißt, über den Beginn und die Dauer der Schulpflicht in der Grundschule lasse sich dem Grundgesetz nichts entnehmen, so wird sie darin dem Grunde nach doch vorausgesetzt, wie im übrigen auch BVerfGE 88, 40, 49, sowie BVerfG, Kammerbeschluss NJW 1987, 180, erhellen. – In Art. 145 Satz 1 WRV war sie in einem eigenständigen Verfassungssatz verankert. Vgl. hierzu *Bader*, Art. 7 Rz. 45, in: MAK, GG,.

<sup>47</sup> *Pieroth*, DVBl. 1994, S. 951.

<sup>48</sup> BVerfGE 47, 46, 71 f.; 93, 1, 21.

<sup>49</sup> Auf der Staatsrechtslehrertagung 1994 zum Thema „Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat“ bestand weitgehend Einigkeit über die Bejahung eines staatlichen Erziehungsauftrages, vgl. näher dazu die Referate von *M. Bothe* und *A. Dittmann*, VVDStRL H. 54 (1995), S. 7 ff., 47 ff.

<sup>50</sup> *H. Avenarius/H. Heckel*, Schulrechtskunde, 7. Aufl. 2000, S. 455 f., 460 ff.

gerecht werdende Erziehung und Bildung<sup>51</sup> zu vermitteln.<sup>52</sup> Dieser mit der *Schulaufsicht gekoppelte Erziehungs- und Bildungsauftrag hat auch seine spezifische Bedeutung für die fachlich-theoretische Qualifizierung in der Berufsschule*, wobei die reichsweite Einführung der allgemeinen Berufsschulpflicht bis zum 18. Lebensjahr erst 1919 durch Art 145 WRV erfolgte.<sup>53</sup> Die auf die Berufsausbildung bezogene allgemeine Schulpflicht kann auch als besondere, auf ein Ausbildungsziel hin orientierte Schulpflicht für erwachsene Berufsschüler bestehen.<sup>54</sup>

Auch das Bundesverfassungsgericht will den in Art. 7 Abs. 1 GG enthaltenen Erziehungsauftrag des Staates nicht auf bloße Wissensvermittlung im Sinne von Ausbildung beschränkt wissen, sondern verbindet damit das Ziel, „das einzelne Kind zu einem selbstverantwortlichen Mitglied der Gesellschaft heranzubilden.“<sup>55</sup> Die Schule ist so gesehen nicht nur Eingriff, sondern auch sozial- und kulturstaatliche Leistung.<sup>56</sup> Deshalb ist es konsequent, dass der Schulgesetzentwurf des Deutschen Juristentages bezogen auf die Berufsausbildung in § 38 Abs. 2 einen „Anspruch“ auf Aufnahme in die Berufsschule enthält.<sup>57</sup>

**1.3. Die grundrechtsorientierte Schulgestaltungshoheit des Staates als genuine, privatisierungsfeste Staatsaufgabe gemäß Art. 7 Abs. 1 GG**  
Art. 7 GG enthält dementsprechend als Ganzes einen an den Staat – Gesetzgeber und Verwaltung – adressierten Verfassungsauftrag, durch Vorhalten öffentlicher Schulen und für diese entwickelte regulative Programme ein funktionsfähiges Schulsystem zu gewährleisten, das neben

---

<sup>51</sup> Vgl. BVerfG 34, 165, 183 – hess. Förderstufe; für das Bundesverfassungsgericht handelt es sich bei Erziehung und Bildung quasi um synonym zu verwendende Begriffe, vgl. BVerfG – Kammerbeschluss NVwZ 1990, 54; ferner *Gröschner*, Art. 7 Rz. 39, in: Dreier, GG.

<sup>52</sup> Zum historischen Hintergrund der Einführung der allgemeinen Schulpflicht, um möglichst allen Bürgern ein Mindestmaß an Bildung und Ausbildung zu vermitteln, vgl. BVerfGE 75, 40, 57.

<sup>53</sup> *T. Oppermann*, Schule und berufliche Bildung, in: HdbStR VI, 1989, § 135 Rz. 23, gibt dort auch einen Überblick über die Geschichte der Berufsschulpflicht.

<sup>54</sup> *F. Hufen*, Der verfassungsrechtliche Rahmen des Berufsbildungsrechts nach dem Grundgesetz, RdJB 2003, S. 58 ff., 64.

<sup>55</sup> BVerfGE 47, 46, 72.

<sup>56</sup> *Hufen*, RdJB 2003, S. 65.

<sup>57</sup> Deutscher Juristentag, Entwurf für ein Landesschulgesetz, 1981.

einer wichtigen sozialintegrativen Funktion<sup>58</sup> jedem einzelnen Kind die gleiche Chance auf Verwirklichung seines durch Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich fundierten Rechts „auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit und damit seiner Anlagen und Befähigungen“<sup>59</sup> bietet. Der Frage, ob das Grundgesetz damit auch ein *Grundrecht auf Bildung* i. S. eines subjektivrechtlichen Individualanspruchs anerkennt, braucht hier nicht weiter nachgegangen zu werden.<sup>60</sup> Jedenfalls folgt aus dem „kindlichen Entfaltungsrecht“, wie es das Bundesverfassungsgericht genannt hat<sup>61</sup>, im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 GG ein im Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) begründeter staatlicher Gewährleistungsauftrag, öffentliche Schulen vorzuhalten.<sup>62</sup>

Auch wenn es im Hinblick auf das in Art. 7 Abs. 4 u. 5 GG garantierte Recht, Privatschulen einzurichten, keinen Ausschließlichkeitsanspruch für staatliche Schulen gibt<sup>63</sup>, sind öffentliche Schulen unverzichtbarer „Bestandteil der vom Staat für das Funktionieren der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Infrastruktur“.<sup>64</sup> Deshalb kann man sowohl das Demokratie- als auch das Sozialstaatsprinzip als tragende Säulen des öffentlichen Schulwesens bezeichnen.<sup>65</sup> Sowohl dessen demokratisch-sozialstaatliche Fundierung als auch Grundrechtsorientierung schlägt sich in Art. 7 Abs. 1 GG dergestalt nieder, dass der demokratisch legitimierte Staat

---

<sup>58</sup> BVerfGE 88, 40, 49.

<sup>59</sup> BVerfGE 45, 400, 417 unter Verweis auf *T. Oppermann*, Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag, 1976, S. C 82 ff.; *Stein*, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, ebenso BVerfGE 58, 257, 272 unter Bezugnahme auf E 45, 400, 417 und BVerwGE 47, 201, 206; 59, 360, 377.

<sup>60</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht in E 47, 201, 206 von einem solchen auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Grundrecht ganz selbstverständlich aus, spricht später in BVerwGE 56, 155, 158 im Anschluss an eine Formulierung in BVerfGE 45, 417 aber nur noch von Elementen eines Rechts auf Bildung. Zum Streit um die verfassungsrechtliche Verortung eines derartigen Rechts auf Bildung sowie den daraus abzuleitenden rechtlichen Konsequenzen vgl. näher *M. Müller* in: *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl. 2004, § 88 Rz. 200, sowie u. a. *Gröschner*, Art. 7 Rz. 61, in: *Dreier, GG; Richter-AK-GG*, Art. 7 Rz. 40; *Heckel/Avenarius*, Schulrechtskunde, S. 29. – Ein Recht auf Bildung wird in verschiedenen Verfassungen der Länder ausdrücklich garantiert, vgl. z. B. Art. 4 Abs. 1 ndsVerf.

<sup>61</sup> BVerfGE 45, 400, 417.

<sup>62</sup> *H.-D. Jarass*, Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 95, S. 674 ff., 677; *Pieroth*, Art. 7 Rz. 1, in: *Jarass/Pieroth*, GG,.

<sup>63</sup> BVerfGE 75, 41, 61 „Absage an ein staatliches Schulmonopol“.

<sup>64</sup> *Bothe*, VVDStRL H. 54, S. 18.

<sup>65</sup> *Oppermann*, Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag, 1976, S. C 82 ff., spricht von „ratio essendi“.

den Schulbereich so zu organisieren hat, dass der gleiche Zugang zu den Bildungspotentialen der Schule für *alle* Kinder<sup>66</sup> die Voraussetzungen für individuelle, freilich deshalb insoweit immer nur potentielle Freiheitsverwirklichung schafft.<sup>67</sup> In einer Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs<sup>68</sup> wird zutreffend festgestellt, dass „die Herstellung der Chancengleichheit ... geradezu als einer der maßgeblichen Gründe angesehen werden (kann), die die Einrichtung des staatlichen Bildungs- und Erziehungswesens rechtfertigen.“ Mit Bezug auf das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG heißt es in der Entscheidung weiter: „Der Erziehungsauftrag der Schule dient auch dem sozialstaatlich motivierten Ausgleich vorhandener Unterschiede und stellt damit bis zu einem gewissen Grad zugleich sicher, dass niemand wegen seiner sozialen Herkunft diskriminiert wird.“

Aus der in der Schulaufsicht eingeschlossenen weitreichenden Befugnis des Staates zur Planung und Organisation des Schulwesens ergibt sich dementsprechend der *Verfassungsauftrag*, „ein Schulsystem zu gewährleisten, das allen jungen Bürgern gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen gesellschaftlichen Leben entsprechenden Bildungsmöglichkeiten eröffnet“<sup>69</sup>, Bildungsbarrieren abbaut, Begabungsreserven erschließt sowie Kreativität und Spontaneität weckt.<sup>70</sup> Aus dem Primat des staatlichen Erziehungsauftrages folgt zudem, dass der staatliche Gestaltungsbereich „nicht nur die organisatorische Gliederung der Schule, sondern auch die inhaltliche Festlegung der Ausbildungsgänge und der Unterrichtsziele“ umfasst.<sup>71</sup>

Die tradierte, auf der Säkularisierung und damit einhergehenden Ablösung der kirchlichen Schulaufsicht beruhende Staatlichkeit des Schulwesens in

---

<sup>66</sup> Der Grundsatz der Chancengleichheit im Schulbereich ist z. T. in den Landesverfassungen ausdrücklich verankert, vgl. z. B. Art. 128 Abs. 1 bayVerf.

<sup>67</sup> Gröschner, Art. 7 Rz. 10, in: Dreier, GG, unter Bezugnahme auf F. Hufen, Gleichheitssatz und Bildungsplanung, 1975, S. 188, Fn. 570.

<sup>68</sup> BayVerfGH DVBl. 1995, 419, 420.

<sup>69</sup> BVerfGE 47, 46, 71 f.; 59, 360, 377.

<sup>70</sup> Diese auf die Förderstufe bezogene Aussage des BVerfG (E 34, 165, 190) ist durchaus verallgemeinerungsfähig.

<sup>71</sup> BVerfGE 47, 46, 71 f.

Deutschland<sup>72</sup> erfährt durch den Geltungsanspruch der Grundrechte des Grundgesetzes mithin eine zusätzliche Legitimation.<sup>73</sup> Die Grundrechte der Schüler können ihr Freiheitspotential in dem für ihre Ausbildung und Bildung, d. h. für ihre berufliche Qualifikation, aber auch für ihre Gemeinwohlorientierung und die Übernahme von Verantwortung nur entfalten, wenn gewährleistet ist, dass die *Schule als Ort des Lernens frei von sozialer und kultureller Polarisierung und somit weitgehend interessenneutral organisiert* ist.<sup>74</sup> Um der Gefahr einer gesellschaftlichen bzw. ideologischen Vereinnahmung des für die Persönlichkeitsentwicklung eines jeden Heranwachsenden wichtigen schulischen Sozialisations- und Bildungsprozesses zu begegnen, legt Art. 7 Abs. 1 GG einen staatlichen Erziehungsauftrag der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat fest. Dieser verpflichtet den Staat, den pädagogischen Prozess im öffentlichen Lern- und Kommunikationszentrum Schule so zu gestalten, dass darin optimale Voraussetzungen für die Wahrnehmung von Freiheitsoptionen für die Gestaltung eigener Lebensentwürfe junger Menschen geschaffen sind. Der Staat muss damit im Rahmen der ihm übertragenen Schulaufsicht der in Art 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 3 GG normierten anspruchsvollen Verpflichtung gerecht werden, für den Schutz des Persönlichkeitsrechts der heranwachsenden Generation im Sinne eines bereichsspezifisch wirksamen Grundrechtsvoraussetzungsschutzes Sorge zu tragen. Zugleich fällt ihm damit aber auch die Aufgabe zu, die Zukunftsfähigkeit einer freiheitlich verfassten, modernen Industrie- und Informationsgesellschaft sicherzustellen. Denn diese ist auf die Weitergabe von Wissen, auch über die kulturellen Grundlagen der Gesellschaft, und die Herausbildung der individuellen Fähigkeit zur zeitgemäß erforderlichen Erneuerung und Ausweitung dieses Wissens in einem Prozess lebenslangen Lernens existentiell angewiesen.

---

<sup>72</sup> Für das BVerfG (E 75, 40, 56 f.) lässt sich Art. 7 GG „zutreffend nur beurteilen, wenn auch sein geschichtlicher Hintergrund beleuchtet wird.“ Ebenso *Richter-AK-GG*, Art. 7 Rz. 18.

<sup>73</sup> *Gröschner*, Art. 7 Rz. 10, in: Dreier, GG.

<sup>74</sup> Zu diesem Ansatz aus bildungssoziologischer Perspektive vgl. näher *O. Negt*, *Kindheit und Schule in einer Welt der Umbrüche*, 1997, S. 239 ff., 243. – In diese Richtung weist auch der sogenannte Kreuzifix-Beschluss, BVerfGE 93, 1, 22.

Mit Blick auf diese Garantienstellung für die Grundrechtsverwirklichung der Schüler und mit Blick auf die Funktionsfähigkeit einer demokratischen Gesellschaft, die ohne mündige, urteils – und kritikfähige Bürger nicht existieren kann<sup>75</sup>, lässt sich der in der öffentlichen Schule gemäß Art. 7 Abs. 1 GG wahrgenommene Erziehungs- und Bildungsauftrag und die demgemäß auf die staatliche Schulaufsicht gestützten legislativen und exekutivischen Gestaltungsbefugnisse im Bereich der inneren Schulangelegenheiten im Sinne einer Konzeption von „Grundrechtsaufgaben“<sup>76</sup> als *genuine*<sup>77</sup>, *privatisierungsfeste Staatsaufgabe* bezeichnen.<sup>78</sup> Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, ob eine Beteiligung Privater an der mit der staatlichen Schulaufsicht verbundenen Aufgabenerledigung generell ausgeschlossen ist.

In dieser Perspektive impliziert die Aufsicht des Staates über das gesamte Schulwesen nicht nur einen am Menschenbild des Grundgesetzes<sup>79</sup> ausgerichteten allgemeinen Bildungs- und Erziehungsauftrag der in Deutschland geführten Schulen<sup>80</sup>; sondern das im Normprogramm des Art. 7 Abs. 1 GG anvisierte, staatlich garantierte Freiheitsverhältnis in der Schule<sup>81</sup> korrespondiert mit den auf Verwirklichung drängenden, grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und der schulpflichtigen Kinder aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m.

---

<sup>75</sup> Bader, Art. 7 Rz. 28, in: MAK, GG; Gröschner, Art. 7 Rz. 42 in: Dreier, GG.

<sup>76</sup> P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL H. 30 (1972), S. 43 ff., 103 ff.

<sup>77</sup> Gröschner, Art. 7 Rz. 45, in: Dreier, GG.

<sup>78</sup> Im gleichen Sinn Bothe, VVDStRL H. 54, S. 19; Dittmann, VVDStRL H. 54, S. 51 f.; Bader, Art. 7 Rz. 50 ff., in: MAK-GG.

<sup>79</sup> Es wird seit BVerfGE 4, 7, 15 f. (Investitionshilfe) vorrangig mit der Menschenwürdegarantie identifiziert.

<sup>80</sup> Vgl. BVerfG 34, 165, 183 – hess. Förderstufe; für das Bundesverfassungsgericht handelt es sich bei Erziehung und Bildung quasi um synonym zu verwendende Begriffe, vgl. auch BVerfG – Kammerbeschluss NVwZ 1990, 54; ferner Gröschner, Art. 7 Rz. 39, in: Dreier, GG.

<sup>81</sup> Darin liegt die Bedeutung der Verabschiedung der Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses, bei dem die Schule unter Berufung auf Gewohnheitsrecht für den Schüler weitgehend ein rechtsfreier Raum war, durch die Rechtsprechung des BVerfG (grundlegend E 33, 1 – Strafgefängene; 41, 251, 259 – schulische Ordnungsmaßnahme; 45, 400, 417 ff.; 47, 46, 78 ff.). Das BVerfG hat in seiner Schulrechtsprechung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Ergebnisse der Staatsrechtslehrertagung 1964, zum Thema „Verwaltung und Schule“ (mit den Referaten von H.-U. Evers und E.-W. Fuß, VVDStRL H. 23, 1966 H. 23, S. 147 ff., 199 ff.) das Erfordernis gesetzlicher Regelungen für wesentliche Maßnahmen auf dem Gebiet des Schulwesens mit den Prinzipien der rechtsstaatlich-demokratischen Staatsverfassung begründet, BVerfGE 41, 259, st. Rspr. Näher dazu N. Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. I, 2000, Rz. 31.

Art. 1 Abs. 1 GG<sup>82</sup> und im Hinblick auf das angestrebte Ziel einer berufsvorbereitenden (Gymnasium) oder einer berufsadäquaten schulischen Ausbildung (berufliche Schulen) zusätzlich aus Art. 12 Abs. 1 GG. Insofern ist bedeutsam, dass schulische Zeugnisse und Prüfungen zur Feststellung des Ausbildungserfolges unter Art. 7 Abs. 1 GG fallen, auch wenn die Ordnung des Berechtigungswesens in ihrer Zielrichtung nach bundesverfassungsrechtlicher Rechtsprechung nicht auf das Schulwesen beschränkt ist.<sup>83</sup> Sie erstreckt sich auf das Berufsleben dort, wo für die Berufswahl und Berufsausübung in den durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gezogenen Grenzen ein Allgemeininteresse an einer besonderen Qualifikation in Anspruch genommen werden muss. Wegen der möglichen Überschneidung beider Bereiche, verlangt der verfassungsdogmatische Zusammenhang zwischen Art. 7 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG, wie *Gröschner* zu recht feststellt<sup>84</sup>, eine staatliche Aufsicht i. S. des Art. 7 Abs. 1 GG in den Bereichen, in denen Nachweise über die erfolgreiche Teilnahme an allgemein- oder berufsbildenden Unterrichtsveranstaltungen erworben werden, die Voraussetzung für die Aufnahme einer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Tätigkeit sind. Mit Blick auf den hier bestehenden Zusammenhang von Schulausbildung, Berechtigungswesen und Berufsqualifikation erhält die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts ihr Gewicht, dass „die Ordnung des Berechtigungswesens“ eine „*natürliche Aufgabe des Staates* (ist), die dieser auch seit jeher für sich in Anspruch genommen hat“, zumal Grad und Inhalt der von den öffentlichen Schulen vermittelten Schulausbildung die Voraussetzungen bestimmen, unter denen eine Berechtigung erteilt wird, „da der Staat bei der Ordnung des Berechtigungswesens an die öffentliche Schule als Regelschule anknüpfen muss.“<sup>85</sup>

#### **1.4. Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 1 GG als Organisationsnorm**

Mit der Zuweisung der Aufsicht über das gesamte Schulwesen legt Art. 7 Abs. 1 GG also zugleich als Organisationsnorm<sup>86</sup> die Verantwortung des

---

<sup>82</sup> BVerfGE 47, 69, 80.

<sup>83</sup> BVerfGE 27, 195, 206.

<sup>84</sup> *Gröschner*, Art. 7 Rz. 26, in: Dreier, GG.

<sup>85</sup> BVerfGE 27, 206, Hervorhebung D. St.

<sup>86</sup> *Pieroth*, Art. 7 Rz. 1, in: Jarass/Pieroth, GG.



Staates für die grundrechtsadäquate Erfüllung des damit verknüpften Erziehungs- und Bildungsauftrages fest. Schulorganisatorisch erforderliche Grundrechtsbeschränkungen, wie sie der Staat im Rahmen der Schulpflicht in Verfolg seiner bildungspolitischen Zielsetzungen z. B. bei der inhaltlichen Festlegung der Ausbildungsgänge und Unterrichtsziele sowie der Bestimmung des Unterrichtsstoffes vornimmt<sup>87</sup>, müssen deshalb nicht nur durch Ergebnisse der Bildungsforschung pädagogisch legitimiert sein, sondern sich auch auf den vorgenannten Erziehungsauftrag rückbeziehen lassen.<sup>88</sup>

Für die im Rahmen dieser Untersuchung entscheidende Rechtsfrage, ob der Schulgesetzgeber mit Hilfe einer öffentlich-rechtlichen Stiftung das bislang für die staatlichen Schulen gültige hierarchische Prinzip der Verwaltung lockern und Private in die Schulaufsicht über die beruflichen Schulen einbeziehen darf, kommt es maßgeblich auf die dem Staat in Art. 7 Abs. 1 GG zugewiesene Rechtsstellung, d. h. auf die aus der Schulaufsicht sich für ihn ergebende Pflichtenstellung im Hinblick auf die damit verbundenen Aufgaben an. Dies betrifft insbesondere die später unter III.2. zu klärende Frage, ob es sich bei der Organisation öffentlicher Schulen um eine *notwendige Staatsaufgabe* handelt, die verwaltungsorganisationsrechtlich zwingend die Verpflichtung der eigenhändigen, d. h. staatsunmittelbaren Erfüllung der damit verbundenen Verwaltungsaufgaben einschließt.

*Geltungsanspruch und -umfang von Art. 7 Abs. 1 GG* sind zwar in den Grundfragen geklärt, aber keineswegs abschließend hinsichtlich der daraus zu ziehenden *organisationsrechtlichen Schlussfolgerungen* im einzelnen. Diesbezüglich stimmen Literatur und Rechtsprechung lediglich in den folgenden Punkten weitgehend überein:

1. Art. 7 Abs. 1 GG beinhaltet als institutionelle Garantie, und zwar für ein öffentliches Schulwesen im allgemeinen und öffentliche Volksschulen im besonderen<sup>89</sup> die Verpflichtung des Staates, für ein leistungsfähiges, allen zugängliches öffentliches Schulsystem Sorge zu tragen. Bei der

---

<sup>87</sup> BVerfGE 34, 183 f.; NJW 1987, 180.

<sup>88</sup> BVerfGE 47, 71; 59, 377; *Pieroth* Art. 7 Rz. 1, in: Jarass/Pieroth, GG.

<sup>89</sup> *Gröschner*, Art. 7 Rz. 31, in: Dreier, GG.

*Schulaufsicht* und dem darin eingeschlossenen *Erziehungs- und Bildungsauftrag* handelt es sich kraft ausdrücklicher grundgesetzlicher Zuweisung um *eine vom Staat wahrzunehmende Aufgabe*. Das gesamte Schulwesen unterliegt somit staatlicher Verantwortung und soll dementsprechend in seinem Einflussbereich liegen.<sup>90</sup>

2. Das Grundgesetz hat das *Schulwesen* – vorbehaltlich eines Zusammenwirkens von Bund und Ländern bei der Bildungsplanung gemäß Art. 91 b GG – der ausschließlichen *Zuständigkeit der Länder* zugewiesen<sup>91</sup>, weshalb der Bund auf diesem Gebiet weder eine Gesetzgebungsbefugnis (Art. 70 ff. GG) noch eine Verwaltungshoheit (Art 30 GG) hat.<sup>92</sup> Aus Art. 7 Abs. 1 GG ergibt sich daher „eine weitgehende eigenständige Gestaltungsfreiheit bei der Festlegung der Schulorganisation sowie der Erziehungsprinzipien und Unterrichtsgegenstände.“<sup>93</sup>

3. Das in Art. 7 Abs. 1 GG angesprochene „*gesamte Schulwesen*“ umfasst *alle Schulen*, worunter in Anlehnung an eine vielfach übernommene Definition *Heckels* als auf Dauer angelegte, vom Wechsel der Lehrer und Schüler unabhängige Einrichtungen zu verstehen sind, die mit der Unterrichtung in einer Mehrzahl allgemeinbildender oder berufsbildender Fächer betraut sind.<sup>94</sup> Dies schließt die Unterscheidung zwischen allgemeinen und berufsbildenden Schulen in dem für Deutschland typischen „*Dualen System*“ nicht aus, bei dem für bestimmte Berufsbilder die Berufsausbildung an zwei Lernorten gleichzeitig stattfindet, nämlich überwiegend im Ausbildungsbetrieb und zum geringeren Teil in der staatlichen Berufsschule. Die schulorganisatorisch relevante Differenzierung ist letztlich in gewissen Unterschieden des Bildungsauftrages begründet<sup>95</sup>, ändert aber nichts daran, dass die beruflichen Schulen „*Schule*“ im Sinne des Art. 7 Abs. 1 GG sind.<sup>96</sup> *Deshalb wird der schulische Anteil der*

---

<sup>90</sup> *Robbers*, Art. 7 Rz. 60, in: MKS, GG.

<sup>91</sup> BVerfGE 41, 29, 44 f.; 52, 223, 242 f.; 75, 40, 66; 108, 282, 301, 302.

<sup>92</sup> BVerfGE 59, 360, 376.

<sup>93</sup> BVerfGE 75, 40, 67 im Anschluss an E 53, 185, 196; 59, 360, 377.

<sup>94</sup> *H. Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 218; *Maunz*, Art. 7, Rz. 9, in: MDH, GG, (1980); *Hemmrich*, Art. 7 Rz. 4, in: v. Münch/Kunig, GG; *Pieroth*, DVBl. 1994, S. 950; BVerfGE 75, 40, 77.

<sup>95</sup> *Oppermann*, HdbStR VI, § 135 Rz. 6.

<sup>96</sup> *Avenarius/Heckel*, Schulrechtskunde, S. 460 ff.; *Gröschner*, Art. 7 Rz. 28, in Dreier, GG; *Oppermann*, HdbStR VI, § 135 Rz. 2 u. 23 ff.; *Hufen*, RdJB 2002, S. 61 f.

*Berufsausbildung, von der staatlichen Verantwortung für das gesamte Schulwesen erfasst und legitimiert.*<sup>97</sup>

4. Der *Begriff der staatlichen Schulaufsicht* ist unter Bezugnahme auf die historische Entwicklung des grundgesetzlichen Schulbegriffs und des in Deutschland geschichtlich gewachsenen Dominanzanspruchs des Staates über das Schulwesen heute *weit auszulegen*.<sup>98</sup> Deshalb ist bei Art. 7 Abs. 1 GG nicht von dem sonst üblichen rechtsdogmatischen Begriff der *Aufsicht* im engeren Sinne auszugehen und „Schulaufsicht“ mehr als das verwaltungstechnische Kontrollinstrument einer von der Exekutive ausgeübten Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht.<sup>99</sup> Dementsprechend werden dem Staat auf Grund seiner ihm zustehenden Schulhoheit *umfassende Gestaltungsbefugnisse im Schulwesen* zur Konkretisierung des ihm übertragenen Erziehungs- und Bildungsauftrages eingeräumt.<sup>100</sup> Diese schulrechtlichen Gestaltungsbefugnisse des Gesetzgebers und der Verwaltung treten zu den typischen rechtstechnischen Aufsichtsinstrumenten und Kontrollrechten des Staates hinzu.<sup>101</sup>

5. Der im Sinne eines umfassenden Bestimmungsrechts gefasste weite Aufsichtsbegriff wird der grundgesetzespezifischen Verfassungslage für die Ausgestaltung des Schulwesens in besonderer Weise gerecht. Insofern ist der *kulturhistorisch gewachsene Zusammenhang zwischen Schulpflicht und staatlicher Aufsicht über das gesamte Schulwesen* bedeutsam. Unter dem Geltungsanspruch des Grundgesetzes, speziell im Lichte des Primats der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG), bedürfen die staatlichen Handlungsvollmachten im Schulbereich im Hinblick auf die durch die Schulpflicht beschränkten Freiheitsgrundrechte von Schülern, Eltern, aber auch Privatschulveranstaltern einer besonderen Legitimationsgrundlage, die

---

<sup>97</sup> Hufen, RdJB 2002, S. 62.

<sup>98</sup> Hemmrich, Art. 7 Rz. 8, in: v. Münch/Kunig, GG.

<sup>99</sup> Pieroth, DVBl. 1994, 949, 950; Ch. Starck, Organisation des öffentlichen Schulwesens, NJW 1976, S. 1375 ff., 1376.

<sup>100</sup> BVerfGE 59, 360, 377.

<sup>101</sup> Gröschner, Art. 7 Rz. 34, in: Dreier, GG; Hemmrich, Art. 7 Rz. 8, in: v. Münch/Kunig, GG. – Die im Rahmen der Schulaufsicht i.e.S. für den pädagogischen Prozess wichtigste Komponente ist zweifellos die Fachaufsicht, die einer Definition von Heckel/Avenarius, Schulrechtskunde, S. 151 f., folgend sich „im Grundsatz auf die rechtmäßige und zweckmäßige Wahrnehmung der den Schulen zugewiesenen Aufgaben (erstreckt). Die Schulaufsichtsbeamten betreuen die Schulen und fördern ihre pädagogische Qualität, indem sie darüber wachen, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften eingehalten werden und dass Unterricht und Erziehung den fachlich-inhaltlichen und fachdidaktischen Anforderungen entsprechen.“

grundgesetzlich durch die an die Grundrechte vermittels des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages rückgebundene Schulaufsicht (Art. 7 Abs. 1 GG) nach Maßgabe einfachgesetzlicher Konkretisierung konstituiert wird.<sup>102</sup> Dabei steht die Schulpflicht, und zwar sowohl die allgemeine wie die für erwachsene Berufsschüler begründete besondere Schulpflicht, als tiefster Legitimationsgrund der Schulaufsicht mit dem durch den Schulabschluss gewonnenen Qualifikationsnachweis als weitest verbreiteter Bedingung eines Berufs i. S. des Art. 12 GG in einem logischen Zusammenhang.<sup>103</sup> So gesehen kann von einem „verfassungshermeneutisch wohlbegründeten Zirkel“ gesprochen werden, weil es in jenen Erziehungs-, Unterrichts- und Bildungsbereichen, die staatlich veranstaltet oder staatlich zugelassen sind, im Hinblick auf den Geltungsanspruch der Grundrechte von Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) und Schülern (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) einer spezifischen, mit weitreichenden Gestaltungsbefugnissen verbundenen staatlichen Aufsicht bedarf, für die Art. 7 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsgebot im Lichte des Art. 1 Abs. 3 GG die grundrechtsadäquate Legitimationsgrundlage herstellt. Das bedeutet zugleich auch, dass *für staatliches Handeln im Schulbereich auf die Beachtung der sich aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ergebenden Legitimationsanforderungen der Ausübung von Staatsgewalt nicht verzichtet werden kann*. Auch dies setzt dem Gesetzgeber hinsichtlich der organisationsrechtlichen Möglichkeiten zur Ausgestaltung des Schulwesens, unbeschadet eines ihm grundsätzlich zustehenden weiten Ermessens<sup>104</sup>, Grenzen.

6. Was den *Inhalt und Umfang der mit der Schulaufsicht verbundenen Gestaltungsrechte* anbelangt, so versteht das *Bundesverfassungsgericht* und ihm folgend die Literatur darunter “die *Befugnis des Staates zur zentralen Ordnung und Organisation des Schulwesens* mit dem Ziel, ein Schulsystem zu gewährleisten, das allen jungen Bürgern gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen gesellschaftlichen Leben entsprechenden

---

<sup>102</sup> Gröschner, Art. 7 Rz. 23, in: Dreier, GG.

<sup>103</sup> Gröschner, Art. 7 Rz. 22, in: Dreier, GG.

<sup>104</sup> BVerfG NVwZ 1984, 89.

Bildungsmöglichkeiten eröffnet.“<sup>105</sup> Das *Bundesverwaltungsgericht* fasst unter die Schulhoheit „den Inbegriff der staatlichen Herrschaftsrechte über die Schule, nämlich die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens“.<sup>106</sup> In Abgrenzung zum Elternrecht zählt das *Bundesverfassungsgericht* dementsprechend zum staatlichen Gestaltungsbereich gemäß Art. 7 Abs. 1 GG<sup>107</sup> im einzelnen „die organisatorische Gliederung der Schule, das inhaltliche und didaktische Programm der Lernvorgänge und das Setzen der Lernziele sowie die Entscheidung darüber, ob und inwieweit diese Ziele vom Schüler erreicht worden sind.“<sup>108</sup> Neben der Schulplanung schließt dies die Möglichkeit der Einwirkung auf Errichtung, Änderung und Aufhebung der einzelnen öffentlichen Schule ein<sup>109</sup>, wobei diese Aufgabe als solche vom kommunalen Schulträger wahrzunehmen ist.

Als *Sammelbegriff verschiedener Aufgaben und Tätigkeiten des Staates zur Regulierung des Schulwesens* gehören mithin zur Schulaufsicht im Sinne des Art. 7 Abs. 1 GG u. a. folgende Gestaltungsbefugnisse: Die auf die Planung des Schulsystems im ganzen bezogenen Befugnisse wie die Festlegung der Schulstufen, Schularten und Schulträger, der Lehrziele, der Leistungs- und Prüfungsanforderungen einschließlich der Bewertungskriterien, die Zulassung von Schulbüchern, die räumliche Verteilung der Schulen sowie die generelle Gestaltung und Ausstattung der Schulgebäude; sodann die mit der Organisation und Leitung der einzelnen Schule zusammenhängenden Befugnisse wie die Gründung, Umwandlung, Zusammenlegung oder Auflösung einer Schule, die Bestimmung der Lehrer-, Klassen- und Stundeneinteilung, die Auswahl der Lehr- und Lernmittel, die Aufnahme, Versetzung und Verweisung von Schülern, die Regelung des laufenden Schulbetriebs einschließlich der

---

<sup>105</sup> BVerfGE 26, 228, 238.

<sup>106</sup> BVerwGE 6, 101, 104; bestätigt in BVerwGE 18, 38, 39; 23, 351, 352; 47, 194, 198, 201, 204; *Hemmrich*, Art. 7 Rz. 8, in: v. Münch/Kunig, GG.

<sup>107</sup> BVerfGE 47, 46, 80; vgl. auch E 59, 360, 377; 53, 185, 196; 34, 165, 182, ebenso *Gröschner*, Art. 7 Rz. 36 Fn. 84, in: Dreier, GG.

<sup>108</sup> BVerfGE 59, 360, 377 unter Verweis auf E 34, 165, 182; 45, 400, 415; st. Rspr.; ebenso *Gröschner*, Art. 7 Rz. Fn. 85, in: Dreier, GG.

<sup>109</sup> BVerfGE 26, 228, 238.

Ordnungsmaßnahmen sowie der Zeugnisse.<sup>110</sup> Dazu zählt ferner die Anordnung der Schulpflicht und Schuldauer sowie die innere Organisation der Schule.<sup>111</sup>

7. Was das Spannungsverhältnis zwischen dem zentralen Bestimmungsrecht des Staates im Rahmen der ihm gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zustehenden Schulaufsicht und dem *kommunalen Selbstverwaltungsrecht* im Bereich des öffentlichen Schulwesens im Hinblick auf die in Art. 28 Abs. 2 GG garantierte Allzuständigkeit der Gemeinden anbelangt, so ist von folgendem auszugehen: Den kommunalen Gebietskörperschaften steht das Recht der *Schulträgerschaft* zu, soweit diese mit den vom Staat allgemein festgelegten Zielen für die Ausgestaltung des Volksschulwesens vereinbar ist.<sup>112</sup> So gesehen korrespondieren die staatlichen und kommunalen Zuständigkeiten in der Weise, dass Art. 7 Abs. 1 GG die staatliche Schulgestaltung, Art. 28 Abs. 2 GG die gemeindliche Schulträgerschaft garantiert.<sup>113</sup> Die darauf gegründete Arbeitsteilung im Schulbereich zwischen Staat und Kommunen hat zu der einfach gesetzlich ausgestalteten Form der Zusammenarbeit geführt, dass der Staat die Lehrer anstellt und die Kosten für das Schulpersonal trägt, während die Gemeinden die Sachausgaben für das Schulwesen tragen, freilich mit Unterstützung des Staates.

Dementsprechend werden die sächlichen Schulmittel für Unterhalt und Verwaltung der Schulen – Kosten für Schulgebäude, für nichtlehrendes Personal, die Lernmittel, kurzum die notwendige Infrastruktur – von den Gemeinden übernommen.<sup>114</sup> Die Gemeinden unterstehen insoweit im Rahmen der Schulaufsicht der Rechtsaufsicht des Landes.<sup>115</sup>

8. Die in Art. 7 Abs. 4 u. 5 GG grundrechtlich und institutionell garantierte *Privatschulfreiheit* lässt neben staatlichen Schulen auch *Schulen in privater*

---

<sup>110</sup> Die Aufzählung folgt *Gröschner*, Art. 7 Rz. 37, in: Dreier, GG, der seinerseits in Fn. 86 die weiteren Quellen aufzählt.

<sup>111</sup> *Oppermann*, HdbStR VI, § 135 Rz. 15; *Stern* in: FS Knöpfle, S. 340 ff.

<sup>112</sup> BVerfGE 26, 239, hier bezogen auf das öffentliche Volksschulwesen; *Robbers*, Art. 7 Rz. 101, in: MKS, GG.

<sup>113</sup> *Heckel/Avenarius*, Schulrechtskunde, S. 102 m. w. Nachweisen. In diesem Zusammenhang wird immer wieder auf den Satz von *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Kommentar) 13. Aufl., 1933, Art. 143 Anm. 2, hingewiesen: „Die Gemeinde baut ... der Schule das Haus; Herr im Haus aber ist der Staat.“ Zu dem Spannungsverhältnis s. auch *Gröschner*, Art. 7 Rz. 52, in: Dreier, GG; *Lecheler*, Art. 7 Rz. 31 ff., in: Sachs, GG.

<sup>114</sup> *Robbers*, Art. 7 Rz. 101 in: MKS, GG.

<sup>115</sup> E. *Stein/M. Roell*, Handbuch des Schulrechts, 1988, S. 25 f.; *Avenarius/Heckel*, Schulrechtskunde, S. 161.

*Trägerschaft* zu – vorbehaltlich staatlicher Genehmigung (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 GG).<sup>116</sup> Die darin vorgesehene Aufgabenerledigung durch Private schließt ein staatliches Schulmonopol aus, wenngleich Art. 7 GG in seiner Gesamtkonzeption davon aus geht, dass Schule im Regelfall eine Veranstaltung des Staates ist.<sup>117</sup> Mit der Garantie der Privatschule als Institution wird anerkannt, dass auch die Gesellschaft ihren eigenständigen Beitrag zum öffentlichen Schulwesen leisten kann. Der Schutz des Privatschulwesens richtet sich gerade gegen einen staatlichen Ausschließlichkeitsanspruch für die Einrichtung öffentlicher Schulen und damit auch gegen deren Erziehungsformen und -inhalte. Die Privatschulfreiheit ermöglicht einen gegenüber der Gesellschaft offenen „schulischen Pluralismus“, der eine „Vielfalt der Formen und Inhalte (zulässt), in denen Schule sich darstellen kann.“<sup>118</sup> Privatschulen sind im Hinblick auf die an sie gestellten Anforderungen der Gleichwertigkeit (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) Bestandteil des allgemeinen Schulsystems und erfüllen in gleicher Weise wie staatliche Schulen eine öffentliche Aufgabe.<sup>119</sup> So gesehen trägt Art. 7 GG „ein eigenes abschließendes Privatisierungskonzept in sich“.<sup>120</sup> Hinsichtlich privat initiiertes und organisierter Schulen besteht deshalb zum Schutz eines eigenverantwortlich geprägten und gestalteten Unterrichts, „insbesondere im Hinblick auf die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und die Lehrinhalte“<sup>121</sup> kein umfassendes staatliches Bestimmungsrecht.<sup>122</sup> Deshalb ist der Umfang der Aufsicht hier nicht der gleiche wie gegenüber staatlichen Schulen.<sup>123</sup> Andererseits übernimmt der Staat mit der Aufsicht über das gesamte Schulwesen gemäß Art. 7 Abs. 1 GG auch die Letztverantwortung für dieses Schulsegment.<sup>124</sup> Er hat insoweit eine gewisse Einheitlichkeit des Erziehungswesens zu garantieren, um einer allzu großen Zersplitterung

---

<sup>116</sup> Hierzu und zum folgenden grundlegend BVerfGE 90, 107, 114 ff.

<sup>117</sup> Das BVerfG spricht in E 75, 40, 56, vom „Primat staatlicher Schulen“.

<sup>118</sup> BVerfGE 90, 107, 116 unter Bezugnahme auf 27, 195, 201; 75, 40, 66.

<sup>119</sup> Richter-AK-GG, Art. 7 Rz. 26.

<sup>120</sup> Bader in: MAK, GG, Art. 7 Rz. 51.

<sup>121</sup> BVerfGE 90, 114.

<sup>122</sup> Robbers, Art. 7 Rz. 61, in: MKS, GG; Heckel/Avenarius, Schulrechtskunde, S. 164 f.

<sup>123</sup> BK-Wernicke, Art. 7 Anm. II 1 a.

<sup>124</sup> Bader, in: MAK, GG, Art. 7 Rz. 51.

entgegen zu wirken, damit Jahrgangsstufen und Schulabschlüsse vergleichbar bleiben.

### 1.5. Fazit

Festzuhalten ist also, dass dem Staat in Konsequenz der weiten Verwendung des Aufsichtsbegriffs im dargestellten Umfang Regelungsbefugnisse zur Ausgestaltung der äußeren Schulorganisation und zur Steuerung der inneren Schulangelegenheiten zustehen. Dagegen enthält Art. 7 Abs. 1 GG keine weiteren Angaben über die folgenden, für die Operationalisierung der Schulaufsicht wichtigen Punkte:

- *Wo die Organkompetenz zur Erfüllung der mit der Schulaufsicht verbundenen Aufgaben zu liegen hat*<sup>125</sup>,
- *welche institutionellen Voraussetzungen für die Erfüllung der damit verbundenen Verwaltungsaufgaben zu schaffen sind,*
- *wie im einzelnen die inhaltliche Zielbestimmung zur Konkretisierung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages zu erfolgen hat.*

Unstreitig ist nur, dass *erstens* die Aufsicht über das Schulwesen eine dem Staat vom Grundgesetz zugewiesene Aufgabe ist und dass *zweitens* deren konkrete Ausgestaltung hinsichtlich des Umfangs und der Form<sup>126</sup> nach Maßgabe des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips der gesetzlichen Regelung bedarf, wobei vom Gesetzgeber die verfassungsrechtlich gewollten Grenzen einer aufsichtlichen Betätigung zu beachten sind.<sup>127</sup>

Unabhängig von der Problematik, in welchem Umfang der Gesetzesvorbehalt im Sinne der Wesentlichkeitstheorie gesetzgeberisches Handeln im Schulbereich zur Konkretisierung der dem Staat gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zugewiesenen Aufsicht über das gesamte Schulwesen erforderlich macht, bedarf vor allem einer Klärung, ob die vom Staat vorgehaltenen Schulen zwingend auch beim Aufgabenvollzug vollständig in das für hoheitliches Verwaltungshandeln typische, vom Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes *grundsätzlich* geforderte<sup>128</sup> System der hierarchischen Verwaltungsorganisation eingebunden sein müssen.

---

<sup>125</sup> Gröschner, Art. 7 Rz. 38, in: Dreier, GG.

<sup>126</sup> Ähnlich Schneider, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 22.

<sup>127</sup> Maunz, Art. 7, Rz. 17, in: MDH, GG.

<sup>128</sup> BVerfGE 93, 37 – s-h. Mitbestimmung.



In diesem Zusammenhang ist auch zu fragen, ob und inwieweit der Gesetzgeber im Hinblick auf die Besonderheiten des in Rede stehenden Verwaltungsbereichs, der bezogen auf den im Unterricht stattfindenden pädagogischen Prozess nur begrenzt steuerbar ist<sup>129</sup>, den öffentlichen Schulen im Rahmen der Schulverfassung autonome Handlungsspielräume<sup>130</sup> einräumen bzw. Elemente von Selbstverwaltung zugestehen kann. Dies setzt voraus, dass der im Rahmen der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG bislang geltend gemachte staatliche Einfluss auf der Grundlage hoheitlich begründeter, administrativ-bürokratischer Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten zurückgeschraubt werden kann, ohne dass im Rahmen einer Strategie der Autonomisierung der Schule das vom Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes geforderte und in Art. 7 GG bereichsspezifisch verankerte Prinzip staatlicher Verantwortung für das öffentliche und private Schulwesen preisgegeben wird. Dies verweist schließlich auf das Problem, ob staatliche Schulen von Verfassungs wegen zwingend Anstalts- bzw. Behördencharakter, haben müssen, wie das bislang regelmäßig der Fall ist.<sup>131</sup>

## 2. Ergebnis

Ausgehend von der föderalen Kompetenzordnung (Art. 30, 70 ff. GG) normiert Art. 7 Abs. 1 GG einen dem Staat im Rahmen seiner Schulhoheit erteilten Erziehungs- und Bildungsauftrag. Die darin eingeschlossene grundrechtsbezogene Staatsaufgabendimension verpflichtet den Staat – Gesetzgeber und Verwaltung –, durch Vorhalten öffentlicher Schulen und für diese entwickelte regulative Programme ein funktionsfähiges Schulsystem zu gewährleisten. Öffentliche Schulen sind für die Grundrechtsverwirklichung der Kinder unverzichtbar und zugleich Bestandteil der vom Staat für das Funktionieren der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Infrastruktur. Aus dem Primat des staatlichen Erziehungsauftrages folgt i. S. der Rechtsprechung des

---

<sup>129</sup> BVerfGE 47, 83.

<sup>130</sup> Bejahend insofern *Robbers*, Art. 7 Rz. 66, in: MKS-GG; *Hensel*, Die autonome öffentliche Schule, 1995; *F. Hufen*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen schulischer Selbstgestaltung, in FS Vogel, 1998, S. 51 ff.; *M.-E. Geis*, Möglichkeiten und Grenzen schulischer Partizipationsmöglichkeiten am Beispiel der sogenannten Schulkonferenzen, in: FS Vogel, S. 31 ff.; kritisch *K. Stern*, Autonomie der Schule?, FS Knöpfle, 1996, S. 338 ff.

<sup>131</sup> *Heckel/Avenarius*, Schulrechtskunde, S. 108; *Gröschner*, Art. 7 Rz. 29, in: Dreier, GG.

Bundesverfassungsgerichts, dass der staatliche Gestaltungsbereich nicht nur die organisatorische Gliederung der Schule, sondern auch die inhaltliche Festlegung der Ausbildungsgänge und der Unterrichtsziele umfasst.

Wegen des letztlich grundrechtlich fundierten Verpflichtungsgehalts – im Hinblick auf das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) und den Bildungsanspruch der Kinder (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) – lassen sich die in Art. 7 Abs. 1 GG verankerten legislativen und exekutivischen Gestaltungsbefugnisse im Bereich der inneren und äußeren Schulangelegenheiten als genuine, privatisierungsfeste Staatsaufgabe bezeichnen. Weil das gesamte Schulwesen gemäß Art. 7 GG im Einflussbereich des Staates liegen soll, umfasst die Schulhoheit umfassende Kompetenzen zur Konkretisierung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages. Insofern ist bedeutsam, dass die Schule autoritativ die Zuteilung von Lebenschancen verwaltet und eine sozialintegrative Aufgabe zu erfüllen hat. Schulaufsicht ist folglich mehr als das verwaltungstechnische Kontrollinstrument einer von der Exekutive ausgeübten Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht.

Dabei bildet für die Schulpflicht die Schulaufsicht den tiefsten Legitimationsgrund, sie steht mit dem durch den Schulabschluss gewonnenen Qualifikationsnachweis in einem logischen Zusammenhang. Im Hinblick auf den Geltungsanspruch der Grundrechte von Eltern und Schülern bedarf es einer spezifischen, mit weitreichenden Gestaltungsbefugnissen verbundenen staatlichen Aufsicht, für die Art. 7 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsgebot mit Rücksicht auf Art. 1 Abs. 3 GG die grundrechtsadäquate Legitimationsgrundlage herstellt. Inwieweit dem Schulgesetzgeber dadurch, unbeschadet eines ihm grundsätzlich zustehenden weiten Ermessens, Grenzen, gesetzt werden, bedarf genauerer Prüfung.

Da Art. 7 Abs. 1 GG jedoch keine weiteren Angaben darüber enthält, welche institutionell-organisatorischen Voraussetzungen für die Erfüllung der damit verbundenen Verwaltungsaufgaben zu schaffen sind und ob aus der weitreichenden staatlichen Schulgestaltungskompetenz zwingend folgt, dass auch der Aufgabenvollzug vollständig in das für hoheitliches Verwaltungshandeln typische, vom Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip

des Grundgesetzes *grundsätzlich* geforderte<sup>132</sup> System der hierarchischen Verwaltungsorganisation eingebunden sein muss, kommt es insoweit sowohl auf die Relevanz des Funktionsvorbehalts (Art. 33 Abs. 4 GG) in seiner Doppelbedeutung als Beamtenvorbehalt und Organisationsnorm als auch auf die aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes sich ergebenden Legitimationsanforderungen staatlicher Herrschaftsausübung an.

---

<sup>132</sup> BVerfGE 93, 37 – s-h Mitbestimmung.

### III. Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Schulgestaltungsmacht

Die Reformüberlegungen in Hamburg, die vom Staat unterhaltenen beruflichen Schulen auf eine öffentlich-rechtliche Stiftung, in deren Leitungsgremien Private einen bestimmenden Einfluss erhalten sollen, zu übertragen, bzw. in Bremen, die mit dem Vorhalten der notwendigen Infrastruktur verbundenen Aufgaben von einer Alleingesellschaft erledigen zu lassen, machen es notwendig, den verfassungsrechtlichen Standort der mit der Wahrnehmung der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG verbundenen staatlichen Aufgaben genauer zu bestimmen. Insofern kommt der Frage entscheidende Bedeutung zu, ob dem Staat bezüglich der Schulaufsicht im Sinne des *Prinzips der Wahlfreiheit* ein Wahlrecht zusteht, ob er die sich hier stellenden Verwaltungsaufgaben in den Handlungs- und Organisationsformen des öffentlichen oder privaten Rechts erfüllt.<sup>133</sup> Denn das Bundesverfassungsgericht hat außerhalb des Kernbereichs hoheitlicher Staatstätigkeit „die Art und Weise der organisatorischen Bewältigung öffentlicher Aufgaben“ als „Sache des gesetzgeberischen Ermessens angesehen“<sup>134</sup> und auch von der „Wahl zwischen einer Fülle organisatorischer Möglichkeiten“ gesprochen.<sup>135</sup>

Die Modalitäten der Erfüllung der grundgesetzlich normierten Staatsaufgabe Schulaufsicht hängen also insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit der Einbeziehung Privater in die Erfüllung der mit dem Schulwesen verbundenen unterschiedlichen Aufgabenfelder oder gar einer Privatisierung von Schulen in toto ganz entscheidend davon ab, ob es sich bei der Verwirklichung des dem Staat erteilten Erziehungsauftrages um eine *staatliche Kernaufgabe* handelt. Gehört nämlich die mit der Schulhoheit verbundene Aufgabenerfüllung zu den Staatsaufgaben im engeren Sinne, sind einer Entstaatlichung der zu ihrem Kernbereich gehörenden Aufgabenfelder zwangsläufig im Lichte des Demokratie- und Rechtsstaatsgebots, aber auch nach Maßgabe des beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalts (Art. 33 Abs. 4 GG) Grenzen gesetzt. Es spräche dann

---

<sup>133</sup> Vgl. *Stober* in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl. 2004, Vor § 90 I, Rz. 1.

<sup>134</sup> BVerfGE 10, 89, 104.

<sup>135</sup> BVerfGE 68, 193, 213.

alles dafür, dass es sich bei den mit der Aufsicht über die staatlichen Schulen verbundenen Verwaltungskompetenzen gleichfalls um *obligatorischen Staatsaufgaben* handelt, die ausschließlich von Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung wahrgenommen werden müssen. Für die Anwendung der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung in der von H.-P. Schneider vorgeschlagenen Weise bliebe dann insoweit kein Raum. Denn deren staatsorganisationsrechtliche Sonderstellung lässt sich allein aus der funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen zugewiesenen Mittlerstellung zwischen Staat und Gesellschaft rechtfertigen, kraft derer gesellschaftliche Gruppen in den für sie grundrechtsrelevanten Bereichen außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung auf gesetzlicher Grundlage an der öffentlichen Aufgabenerfüllung beteiligt werden können.

Nur wenn sich für Art. 7 Abs. 1 GG ein spezifischer Staatsbezug und die daraus abgeleitete Verpflichtung zur hoheitlichen Aufgabenerfüllung wegen der Besonderheit der im Schulwesen zu erledigenden unterschiedlichen Aufgabenfelder verneinen lässt, ergibt sich die Notwendigkeit zu untersuchen, ob es dem Staat im Sinne des Prinzips der Wahlfreiheit staatlicher Aufgabenerfüllung und unter Beachtung des Prinzips demokratisch-rechtsstaatlicher Legitimation allen staatlichen Handelns möglich ist, in die Erfüllung der mit der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG verbundenen diversen staatlichen Aufgabenbereiche auch Träger mittelbarer Staatsverwaltung einzubeziehen bzw. private Dritte auf der Grundlage einer analogen Anwendung der Grundsätze funktionaler Selbstverwaltung an deren organschaftlichen Handeln zu beteiligen. Zu prüfen wäre dann konsequenter Weise auch, ob Teilaufgaben privatisiert werden können oder eine generelle Entbeamtung der Lehrerschaft an staatlichen Schulen zulässig ist.

### **1. Die Unterscheidung zwischen öffentlichen Aufgaben, Staatsaufgaben und notwendigen Staatsaufgaben**

Zum Zweck der hier vorzunehmenden Untersuchung, *wo* die *Organkompetenz* zur Erfüllung der mit der Schulaufsicht verbundenen Aufgaben im Bereich des staatlichen Schulwesens liegen muss, *welche organisationsrechtlichen Maßnahmen* in diesem Zusammenhang zur

Erfüllung der damit verbundenen Verwaltungsaufgaben vom Gesetzgeber zu treffen sind, *wie* im einzelnen die *inhaltliche Zielbestimmung* zur Konkretisierung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages zu erfolgen hat, und *ob* die *Lehrtätigkeit der Lehrer als hoheitlicher Aufgabenvollzug* dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG unterliegt, ist eine Begriffsklärung vorzuschalten. Sie dient der Aufhellung, was eine öffentliche Aufgabe zu einer Staatsaufgabe macht und was unter einer notwendigen Staatsaufgabe zu verstehen ist, ferner welche staatsorganisationsrechtlichen Konsequenzen jeweils damit verbunden sind. Denn nur im Kontext einer Staatsaufgabenbestimmung im Verfassungsstaat lassen sich sowohl der mit der Wahrnehmung der Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG verknüpfte Aufgabenbestand des Staates als auch die daran im Lichte des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips zu stellenden Anforderungen für die verwaltungstechnische Erledigung dieser Aufgaben in den vom Staat unterhaltenen Schulen näher bestimmen. Zudem lassen sich so die rechtlichen Möglichkeiten einer Privatisierung bzw. Teilprivatisierung schulrelevanter Aufgabenfelder im Hinblick auf ihre bereichsspezifischen Besonderheiten besser erfassen.

### **1.1. Das Prinzip der offenen Staatsaufgaben und der Wahlfreiheit des Staates bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben**

Im Rahmen der *Staatsaufgabenlehre* ist davon auszugehen, dass von den notwendigen Staatsaufgaben abgesehen, auf die noch näher einzugehen ist, es *keinen festen Kanon öffentlicher Aufgaben gibt, der vom Staat mit Hilfe der ihm zur Verfügung stehenden öffentlichen Verwaltung erledigt werden muss*. Mit Ausnahme der obligatorischen Staatsaufgaben, die den staatlichen Einsatz bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgaben zwingend voraussetzen, hängt die Bestimmung, ob eine öffentliche Aufgabe als Staats- oder Verwaltungsaufgabe anzusehen ist, entscheidend von der formalrechtlichen Voraussetzung ab, dass sie öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Verwaltungsträgern durch Gesetz aufgetragen oder von ihnen in rechtlich zulässiger Weise wahrgenommen werden.<sup>136</sup> Daran wird

---

<sup>136</sup> H. Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL H. 54 (1994), S. 242 ff., 249 f. mit ausführlichen Nachweisen zum Stand der Diskussion; D. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 199; J. Grabbe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1979, S. 36

zugleich deutlich, dass es prinzipiell maßgeblich von der *Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers* abhängt, welche *gesellschaftlichen Agenden zu öffentlichen Aufgaben* erklärt werden.<sup>137</sup> M. a. Worten zusätzlich zu der im allgemeinen öffentlichen Interesse liegenden Aufgabenerfüllung<sup>138</sup> bzw. zum Gemeinwohlbezug, der eine Aufgabe zur „öffentlichen“ macht<sup>139</sup>, bedarf es im Lichte des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips einer „rechtsverbindlichen und rechtserheblichen Entscheidung“<sup>140</sup> in der Form des objektiven Rechts<sup>141</sup>, die die Erledigung der öffentlichen Aufgabe zu einer Angelegenheit des Staates oder anderer Träger öffentlicher Verwaltung macht. Somit kommt es für die Bestimmung einer Aufgabe als Verwaltungsaufgabe auf die *staatlich legitimierte öffentliche Zweckbindung* an, die durch die politischen Vertretungskörperschaften vom Staat oder von Kommunen durch Gesetz bzw. auf gesetzlicher Grundlage<sup>142</sup>, z. B. durch Aufnahme eines entsprechenden Haushaltstitels in den Haushaltsplan<sup>143</sup>, erfolgt. Da naturgemäß auch Staatsaufgaben einem Wandel unterliegen<sup>144</sup>, ist allein entscheidend, dass der Staat nach geltendem Recht sich zulässiger Weise mit dem Tätigkeitsfeld befasst.<sup>145</sup> Dem Prinzip der „offenen Staatsaufgaben“ entspricht die Annahme der institutionenökonomischen

---

<sup>137</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat, wie bereits erwähnt, „die Art und Weise der organisatorischen Bewältigung öffentlicher Aufgaben“ als „Sache des gesetzgeberischen Ermessens“ angesehen, BVerfGE 10, 89, 104; vgl. auch E 68, 193, 213, wo von der „Wahl zwischen einer Fülle organisatorischer Möglichkeiten“ gesprochen wird.

<sup>138</sup> Vgl. N. Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Institutional choice), 1993, S. 15.

<sup>139</sup> Vgl. BVerfGE 10, 89, 102; 15, 235, 240.

<sup>140</sup> W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 117 ff., 120, 124. Vgl. auch G. F. Schuppert, Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft, VerwArch, 1980, S. 309 ff.

<sup>141</sup> H. P. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 105.

<sup>142</sup> Ob die Bestimmung einer Aufgabe als öffentliche oder Staats-Aufgabe einer gesetzlichen Grundlage bedarf oder durch Verwaltungsvorschriften der Regierung erfolgen kann, bedarf hier keiner weiteren Klärung, vgl. dazu Bull, a. a. O., S. 105, 114 f. u. 126 ff. Das Erfordernis einer gesetzlichen Legitimierung staatlichen Handelns gilt im Lichte der Wesentlichkeitstheorie (vgl. u.a. BVerfGE 45, 400, 417, st. Rspr.) insbesondere dann, wenn die Erledigung der öffentlichen Aufgabe mit Eingriffen in die Grundrechtssphäre verbunden ist.

<sup>143</sup> Der Haushaltsplan als Gesetz im formellen Sinn enthält ein System von Ermächtigungen und Einzelmaßnahmen. Er ermächtigt, wie es in § 3 HGrG heißt, „die Verwaltung, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen.“ Vgl. zu den Rechtswirkungen des Haushaltsplan im einzelnen G. Kisker, Staatshaushalt, in: HdbStR Bd. IV, § 89 Rz. 22 ff.

<sup>144</sup> Vgl. D. Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders., Staatsaufgaben, S. 613 ff.

<sup>145</sup> L. Osterloh, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL H. 54 (1994), S. 204 ff., ff., 207.

Theorie, dass es sich bei dem größten Teil der Infrastrukturgüter und Infrastrukturdienstleistungen nicht um geborene, sondern um gekorene öffentliche Güter handelt.<sup>146</sup>

Auch das *Bundesverfassungsgericht* geht davon aus, dass der Aufgabenbestand des Staates verfassungsrechtlich grundsätzlich offen ist.<sup>147</sup> Es ist „Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzmäßigkeiten des betreffenden Gebietes zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“ Entscheidend wird auf den formalen Aspekt abgestellt: Wenn sich der Staat mit einer Angelegenheit „in irgendeiner Form befasst, so nimmt er damit eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahr“, heißt es in der Entscheidung zum Deutschlandfernsehen.<sup>148</sup> Die hiernach maßgebliche formale Zuordnung für die Bestimmung staatlichen Handelns setzt lediglich verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich begründete Handlungskompetenzen des Staates voraus.<sup>149</sup> Die dem Staat hiernach grundgesetzlich zugebilligte Entscheidungsoffenheit bei der Bestimmung öffentlicher Aufgabenfelder und der Art und Weise ihrer Erledigung korrespondiert mit der grundsätzlichen „Privatisierungsoffenheit“ der Verfassung<sup>150</sup>, weshalb es für die Summe der tatsächlichen wahrgenommenen Staatsaufgaben *kein verfassungsrechtliches Privatisierungsverbot* gibt.<sup>151</sup> Andererseits gibt es aber ebenso wenig ein Verfassungsgebot zur Privatisierung, wo es um die Organisation im Gemeinwohlinteresse liegender öffentlicher Aufgaben geht.

---

<sup>146</sup> Vgl. *H. Busch/H.-P. Klös*, Ein Markt für die Infrastruktur, FAZ v. 4. 5. 1996, S. 15.

<sup>147</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat seine Position hierzu speziell für das Verhältnis des Staates zum Wirtschaftsleben entwickelt, vgl. BVerfGE 30, 292, 317; st. Rspr. zur sogenannten wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes seit BVerfGE 4, 7, 17 f. (Investitionshilfe).

<sup>148</sup> BVerfGE 12, 205, 246.

<sup>149</sup> Vgl. *Osterloh*, VVDStRL H. 54, S. 222.

<sup>150</sup> *Osterloh*, VVDStRL H. 54, S. 207; *F. Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 ff., 969 ff.

<sup>151</sup> *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 59; *Bauer*, VVDStRL H. 54, S. 266.



Im übrigen ist ganz allgemein davon auszugehen, dass die Organisationsformen des öffentlichen Rechts die Regelform staatlicher Tätigkeit bilden.<sup>152</sup> Zugleich wird aber der öffentlichen Hand, sofern öffentlich-rechtliche Bindungen fehlen, ein *Wahlrecht* zuerkannt, ob sie unmittelbare Verwaltungsaufgaben in den Handlungs- und Organisationsformen des privaten oder öffentlichen Rechts wahrnimmt.<sup>153</sup> Sie darf sich freilich auf diese Weise nicht ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere ihrer Grundrechtsverpflichtung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG entziehen.<sup>154</sup> Der Staat kann danach die betreffende öffentliche Aufgabe, so weit er dabei nicht, wie im Bereich der Ordnungs- und Abgabenverwaltung, auf Zwangsmittel angewiesen ist, sowohl hinsichtlich der Organisationsform der Einrichtung, z. B. als öffentliches Unternehmen in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH<sup>155</sup>, als auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Leistungs- oder Benutzerverhältnisses in der Form des Privatrechts erfüllen.<sup>156</sup> Deshalb steht dem Gesetzgeber grundsätzlich frei zu bestimmen, ob sich staatliches Handeln als obrigkeitliches bzw. hoheitliches Tätigwerden i. S. des Art. 33 Abs. 4 GG oder als nichthoheitliches Tätigwerden, z. B. als schlichtes Verwaltungshandeln<sup>157</sup> vollzieht.

---

<sup>152</sup> Vgl. *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 255.

<sup>153</sup> *W. Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: HdbStR III, 1988, § 69 Rz. 6.

<sup>154</sup> Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 3 Rz. 9, auch zum folgenden.

<sup>155</sup> Andererseits verweist die Tatsache, dass die öffentliche Hand Träger oder Mitgesellschafter eines privatrechtlich organisierten „öffentlichen Unternehmens“ ist, für sich genommen lediglich auf die Eigentumsverhältnisse und nicht auf einen speziellen öffentlichen Auftrag, der von dem Unternehmen wahrgenommen wird. Vgl. *P. Eichhorn*, Begriff, Bedeutung und Besonderheiten der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, in: H. u. A. von Loesch, Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 13 ff., 16. – Zum umstrittenen öffentlich-rechtlichen Standort des öffentlichen Unternehmens in Privatrechtsform vgl. *G. Püttner*, Der Begriff des „Unternehmens“ und des „öffentlichen Unternehmens“ als Ansatzpunkt einer rechtswissenschaftlichen Unternehmenstheorie, in: ZöGU 1992, Beiheft 14, S. 98 ff., *ders.*, Die öffentlichen Unternehmen – Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Aufl. 1985, S. 23 ff., 35. *T. Koch*, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994. – Der Begriff des öffentlichen Unternehmens, wie er in der auf Grund des Art. 90 Abs. 3 EGV ergangenen Transparenzrichtlinie der Kommission v. 25.6.1980 (80/723/EWG, ABl. L 195/35 v. 29. 7. 1980) verwandt wird, stellt darauf ab, dass die öffentliche Hand einen unmittelbar oder mittelbar bestimmenden Einfluss ausüben kann.

<sup>156</sup> Er kann sie aber z. B. auch durch Private als Beliehene erledigen lassen, vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 74 ff.

<sup>157</sup> Zur Unterscheidung von obrigkeitlicher, schlicht-hoheitlicher und schlichter Verwaltung vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Bd. 1, 11. Aufl., 1999, § 23 Rz. 39 f.

## 1.2. Notwendige Staatsaufgaben oder verfassungsrechtliche Pflichtaufgaben

Von einem derartigen *Wahlrecht* sind allerdings *diejenigen Staatsaufgaben ausgenommen*, die im Verfassungsstaat die Bedeutung von „*notwendigen Staatsaufgaben*“ einnehmen, bei denen *also nicht in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt ist, ob der Staat die Erledigung der betreffenden öffentlichen Aufgabe übernimmt*. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen zum *Kernbereich der Staatstätigkeit* zählenden Aufgabenbestand bislang nicht näher inhaltlich präzisiert. Im Wasserverbandsbeschluss wird freilich von einem Bestand öffentlicher Aufgaben gesprochen, „*die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgabe im engeren Sinne wahrnehmen muss*.<sup>158</sup> Der Facharztbeschluss stellt in ähnlicher Weise darauf ab, dass der Staat, konkret der Gesetzgeber, „*seine vornehmste Aufgabe nicht anderen Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation überlassen*“ darf.<sup>159</sup> Diesem Staats- und Verfassungsverständnis folgend ergibt sich aus dem Verfassungsrecht jedenfalls für eine begrenzte Zahl von öffentlichen Aufgaben, dass sie von den staatlichen Organen selbst erfüllt werden müssen.<sup>160</sup> Es handelt sich dabei *erstens um solche Aufgaben, die nach unserem Grundverständnis des demokratischen Rechtsstaats ausschließlich vom Staat wahrgenommen werden können*, wie dies im Hinblick auf den Schutz der territorialen Integrität durch Militär, die Aufrechterhaltung der Ordnung im Innern durch Polizei, Ordnungsverwaltung, Strafvollzug und Justiz sowie die Sicherung der finanziellen Basis staatlicher Aufgabenerfüllung durch die Erhebung von Steuern angenommen wird.<sup>161</sup> Diese notwendigen staatlichen Aufgaben können also auch vom Gesetzgeber nicht zur gesellschaftlichen Aufgabe gemacht werden, d. h. sie dürfen nicht privatisiert werden, ohne die Prinzipien der Staatlichkeit, der Demokratie und der Bindung an Recht und Gesetz in Frage zu stellen.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> BVerfGE 107, 59, 93 im Anschluss an BVerfGE 38, 281, 299.

<sup>159</sup> BVerfGE 33, 125, 158; ähnlich 9, 268, 282.

<sup>160</sup> P. Unruh, „Schulautonomie“ und Demokratieprinzip – im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2003, S. 466 ff., 475; H. H. Klein, Demokratie und Selbstverwaltung, in: R. Schnur, Hrsg., FS Forsthoff, 1972, S. 175 ff., 179.

<sup>161</sup> Schuppert-AK-GG, 2. Aufl., 1989, Art. 33 Abs. 4, 5 GG, Rn. 34 ff.

<sup>162</sup> E.W. Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: *ders.*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S.

Zu den obligatorischen Staatsaufgaben sind aber *zweitens* auch diejenigen *Aufgabenverpflichtungen zu zählen, deren Erfüllung durch den Staat im Grundgesetz verbindlich vorgeschrieben* worden ist, wie dies z. B. bis zu der mit einer Verfassungsänderung verbundenen Bahn- und Postreform im Jahre 1994 gemäß Art. 87 Abs. 1 GG a. F. für die von den Staatsunternehmen Bahn und Post zu erbringenden Infrastrukturleistungen der Fall war. *Hierunter fällt nach wie vor auch die in Art. 7 Abs. 1 GG normierte Schulaufsicht, die einen grundlegenden Erziehungsauftrag des Staates umreißt.*<sup>163</sup> In Verfolg dieser Zielsetzung ist deshalb von einem umfassenden Gestaltungsauftrag des Staates zur Sicherstellung eines funktionsfähigen Schulsystems in Deutschland im ganzen und eines geordneten Schulbetriebes vor Ort auszugehen. *Die Einstufung der Schulaufsicht als obligatorische Staatsaufgabe setzt die vollständige Wahrnehmung der damit verbundenen Aufgaben zur Sicherstellung des staatlichen Erziehungsauftrages im Bereich der inneren und äußeren Schulorganisation durch die staatliche Schulverwaltung voraus.*<sup>164</sup> Daraus folgt, dass der *staatliche Schulgesetzgeber nicht darauf verzichten darf, dass die Aufgabenwahrnehmung im Bereich der hoheitlich organisierten öffentlichen Verwaltung liegt.* Deshalb ist es gerechtfertigt, hinsichtlich dieser „von *Verfassungs wegen notwendige(n) Staatsaufgaben*“<sup>165</sup>, zu denen eben auch die Schulaufsicht mit den darin eingeschlossenen Verwaltungsaufgaben zur Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrages zählt<sup>166</sup>, von *Verfassungsaufgaben*<sup>167</sup> oder *verfassungsrechtlichen Pflichtaufgaben*<sup>168</sup> zu sprechen. Insofern ist es konsequent, wenn das Bundesverfassungsgericht einen Teil davon, nämlich die Ordnung des schulischen Berechtigungswesens als „*natürliche Aufgabe des Staates*“

---

185 ff., 202 f.; *F.-J. Peine*, Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S. 353 ff., 355.

<sup>163</sup> *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 72.

<sup>164</sup> *J. Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgabe im Verfassungsstaat, HdbStR III, § 57 Rz. 139. A. A. *J.-P. Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 40.

<sup>165</sup> BVerfGE 95, 250, 265, hier bezogen auf die örtliche Stromversorgung.

<sup>166</sup> *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rz. 139; *P. Unruh*, Demokratie und „Mitbestimmung“ in der funktionalen Selbstverwaltung am Beispiel der Emschergenossenschaft, VerwArch 92 (2001), S. 531 ff., 540.

<sup>167</sup> *H. Schultze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: D. Grimm, Hrsg., Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 11 ff.; *Osterloh*, VVDStRL H. 54, S. 222 f.; *H. Lecheler*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, BayVBl. 1994, S. 555 ff., 557 f.

<sup>168</sup> *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 60.

ansieht.<sup>169</sup> Die daraus folgende verfassungsrechtliche Konsequenz ist, dass ohne Verfassungsänderung *die Erfüllung der mit der Schulaufsicht verbundenen Verwaltungsaufgaben weder entstaatlicht bzw. privatisiert noch in ein System echter schulischer Autonomie oder Selbstverwaltung entlassen werden können.*<sup>170</sup>

### **1.3. Fazit**

Die mit der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG verbundenen staatlichen Aufgaben gehören zum Kernbereich der Staatstätigkeit. Es handelt sich dabei um eine Staatsaufgabe im engeren Sinne (obligatorische Staatsaufgaben), die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden wahrnehmen muss. Die sich daraus ergebenden Aufgabenverpflichtung, deren Erfüllung durch den Staat in Art. 7 Abs. 1 GG verbindlich vorgeschrieben ist, beinhaltet für den nach Maßgabe der föderalen Kompetenzordnung (Art. 30, 80 ff. GG) zuständigen Landesschulgesetzgeber, dass er die Aufgabenwahrnehmung im Bereich der hoheitlich organisierten öffentlichen Verwaltung halten muss. Des weiteren folgt daraus, dass ohne Verfassungsänderung die mit der Schulaufsicht verbundenen Verwaltungsaufgaben weder entstaatlicht bzw. privatisiert noch in ein System echter schulischer Autonomie oder Selbstverwaltung entlassen werden können.

Im folgenden ist nunmehr zu prüfen: Welche staatsrechtlichen und verwaltungsorganisationsrechtlichen Konsequenzen sich aus der Qualifizierung der in Art. 7 Abs. 1 GG dem Staat zugewiesenen Schulhoheit als staatliche Kernaufgabe oder notwendige Staatsaufgabe im Hinblick auf die Beachtung des Rechtsstaatsgebotes (Art. 20 Abs. 3 GG), des Funktionsvorbehalts (Art. 33 Abs. 4 GG) und des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 GG) für die vom Staat getragenen öffentlichen Schulen ergeben.

---

<sup>169</sup> BVerfGE 27, 195, 206. *W. Höfling*, Die Bedingungen für eine Schule in erweiterter Verantwortung nach deutschem Verfassungsrecht, in: Avenarius/Baumert/Döbert/Füssel, Hrsg., Schule in erweiterter Verantwortung, 1998, S. 51 ff., 54, hält dies für überspitzt.

<sup>170</sup> Ebenso Unruh, RdJB 2003, S. 475 f.

## 2. Beachtung des Rechtsstaatsgebots zum Schutz der Grundrechte von Eltern und Schülern im Schulverhältnis

### 2.1. Die Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie im Schulverhältnis

Es gehört zu den Errungenschaften des modernen Verfassungsstaates, dass er das öffentliche Schulwesen zum Schutz des Autonomieanspruchs seiner Bürger demokratisch-rechtsstaatlicher Kontrolle unterworfen hat. Mit der Überwindung der Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses, in dem grundrechtserhebliche Entscheidungen ohne gesetzliche Grundlage administrativ getroffen werden konnten<sup>171</sup>, wurde das Schulverhältnis aus einem staatlichen Herrschaftsverhältnis in ein grundrechtsgebundenes Rechtsverhältnis übergeleitet. „Insbesondere im Schulwesen verpflichten Rechtsstaatsgebot und Demokratiegebot des Grundgesetzes den Gesetzgeber, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Schulverwaltung zu überlassen“, hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung festgestellt.<sup>172</sup> Der im *Geltungsanspruch der Grundrechte* und im *Rechtsstaatsprinzip begründete Gesetzesvorbehalt* gebietet daher, dass der *Gesetzgeber* in den für die Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) und die Schüler (Art. 2 Abs. 1 u. 12 Abs. 1 GG) grundrechtsrelevanten Angelegenheiten die *wesentlichen Merkmale der Schulorganisation* und auch des *Schulverhältnisses* selbst festlegt (*Wesentlichkeitstheorie*).<sup>173</sup>

Nicht mehr als eine Groborientierung bieten in diesem Zusammenhang die Aussagen des *Bundesverfassungsgerichts* im *Sexualkundebeschluss*<sup>174</sup>, in dem speziell auf die im Schulbereich auftretende besondere Konstellation staatlichen Handelns im Verhältnis von Schulgesetzgeber, Schulverwaltung und Lehrer einerseits und dem erforderlichen Grundrechtsschutz der Eltern und Schüler andererseits eingegangen wird. Danach muss, ausgehend vom Prinzip des Vorbehalt des Gesetzes, in den grundrechtsrelevanten Bereichen staatlichen Handelns einerseits der Erziehungsauftrag der Schule wegen seiner zentralen Bedeutung in den Grundzügen „durch eine parlamentarische Leitentscheidung mit hinreichender Bestimmtheit“

<sup>171</sup> BVerfGE 33, 1, 14 f. – Strafgefangene.

<sup>172</sup> Zuletzt in BVerfGE 108, 282, 311 – Kopftuch, im Anschluss an 40, 237, 249; 58, 257, 268 f., st. Rspr.

<sup>173</sup> BVerfGE 34, 165, 192 f.; 47, 46, 83; 49, 89, 126.

<sup>174</sup> BVerfGE 47, 46, 83, auch die folgenden Zitate.

umschrieben werden, zugleich wird aber dem Gesetzgeber zugestanden, „bei der gesetzlichen Fixierung verbindlicher Zielbestimmungen und darauf ausgerichteter Anleitungen zur Durchführung des Unterrichts“ wegen der Eigenart dieser „Verwaltungsaufgabe“ Zurückhaltung zu üben.

Auch das *Bundesverwaltungsgericht*<sup>175</sup> erkennt an, dass eine lückenlose gesetzliche Regelung des Schulverhältnisses nicht erforderlich und bei dem Wesen der Schule auch sinnvoll nicht möglich ist: „Zur Ausfüllung des in den Grundzügen durch Gesetz zu regelnden Schulverhältnisses wird man auf – unter Umständen auch generalklauselartige – Ermächtigungen für den Erlass von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften nicht verzichten können“, weshalb keine Bedenken dagegen bestehen, „dass bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung die Schulbehörde durch Verwaltungsvorschriften (Richtlinien) Lehr- und Stoffpläne zur Konkretisierung der in den Grundzügen durch Gesetz und gegebenenfalls ergänzend durch Rechtsverordnung festgelegten Bildungs- und Erziehungsziele erlässt.“

## 2.2. Fazit

Der im Geltungsanspruch der Grundrechte und im Rechtsstaatsprinzip begründete Gesetzesvorbehalt gebietet, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Merkmale der Schulorganisation und auch des Schulverhältnisses in den für die Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) und die Schüler (Art. 2 Abs. 1 u. 12 Abs. 1 GG) grundrechtsrelevanten Angelegenheiten selbst festlegt. Die nach Maßgabe der Wesentlichkeitstheorie notwendige gesetzliche Konkretisierung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages gemäß Art. 7 Abs. 1 GG gilt außer für Unterrichts- und Erziehungsfragen<sup>176</sup> auch für den schulorganisatorischen Bereich (Förderstufenurteil<sup>177</sup>, Oberstufenreform<sup>178</sup>) und die Schulverfassung im Hinblick auf die Ausgestaltung der schulischen Selbstverwaltung.<sup>179</sup> Einer

---

<sup>175</sup> BVerwGE 47, 194, 199.

<sup>176</sup> Außer dem in den Grundzügen referierten Sexualkundebeschluss, BVerfGE 47, 47, ist hier BVerfGE 58, 257, 264 ff. (Schulentlassung) zu nennen.

<sup>177</sup> BVerfGE 34, 165, 181 ff.

<sup>178</sup> BVerfGE 45, 400, 414 ff.

<sup>179</sup> BayVerfGH DVBl. 1975, 419 ff.; HeStGH Hess. StAnz. 1995, 3391; NdsStGH NVwZ 1997, 271.

gesetzlichen Regelung bedarf auch der Bereich der Finanz- und Personalautonomie der Schulen.<sup>180</sup>

Die Beachtung des Rechtsstaatsgebots im Schulbereich hat zur Folge, dass eine weitgehende Durchnormierung des Schulrechts erforderlich ist<sup>181</sup>; dementsprechend kann die Schule vor Ort nicht mehr Kompetenzen haben als der Gesetzgeber.<sup>182</sup> Andererseits muss dem Lehrer im Unterricht genügend Raum für seine pädagogische Freiheit verbleiben, damit er jenen Spielraum erhält, um seiner pädagogischen Verantwortung gerecht werden zu können.<sup>183</sup>

### **3. Der Funktionsvorbehalt gemäß Art. 33 Abs. 4 GG als Beamtenvorbehalt für die Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben und als Organisationsnorm für die Ausübung der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG**

#### **3.1. Art. 33 Abs. 4 GG in seiner Bedeutung als Beamtenvorbehalt und als Organisationsnorm**

##### **3.1.1. Die besondere Rechtsstellung des Beamten im demokratischen Rechtsstaat**

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG legt fest, dass „die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ... als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen“ ist. Er wird nahezu einhellig als *Beamtenvorbehalt* interpretiert. Nach herrschendem Beamtenverständnis ist der Beamte Diener des Staates. Im Rahmen seiner Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit hat es ihm in erster Linie nicht um Erwerb, sondern um Gehorsam und Gemeinwohl zu gehen; Treue zum Staat, Pflichtbewusstsein, Sachkunde und Neutralität sind die wesentlichen Elemente des ihn prägenden Beamtenethos. Das Beamtenverhältnis ist im Unterschied zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst ein öffentlich-rechtliches (Sonder-)Rechtsverhältnis.<sup>184</sup> Es wird zwischen Staat und Beamten durch

---

<sup>180</sup> BVerwGE 23, 347, 360; *Oppermann*, HdbStR VI, § 135 Rz. 12 u. 17; *Stern*, FS Knöpfle, S. 343.

<sup>181</sup> *M. Müller* in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 88 Rz. 138.

<sup>182</sup> *H. Avenarius*, Schulische Selbstverwaltung – Grenzen und Möglichkeiten, RdJB1994, S. 256 ff., 263.

<sup>183</sup> BVerfGE 47, 46, 83; näher dazu unten III. 4.2.3.

<sup>184</sup> Es beinhaltet eine beiderseitige öffentlich-rechtliche Treuepflicht, vgl. *F. Rottmann*, Der Beamte als Staatsbürger, 1981, S. 226; Andere Bezeichnungen für die Besonderheit der

zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt zur Wahrnehmung solcher Aufgaben begründet, die aus Gründen der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens nicht ausschließlich Personen übertragen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (§ 2 Abs. 2 BRRG, § 4 BBG sowie entsprechende Bestimmungen in den Landesbeamtengesetzen).<sup>185</sup> Aus der Staatsorientierung des Beamtenverhältnisses leitet die h. M., gestützt auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 5 GG, die dem Beamtenstatus eigenen Grundrechtsbeschränkungen ab<sup>186</sup> (Streikverbot<sup>187</sup>, politische Treuepflicht<sup>188</sup>, Mäßigungspflicht, aber auch das Disziplinarrecht).

Die im Sonderstatus der Beamten angelegte besondere Pflichtenbindung zwischen Staat und Beamten wird höchstrichterlich mit der Funktion des

zwischen Beamten und Dienstherr bestehenden Rechtsbeziehung sind „Sonderstatus“ bei *K. Hesse*, Verfassungsrecht, 21. Aufl. 1999, Rz. 325, oder ähnlich.

<sup>185</sup> *T. Blanke/D. Sterzel*, Privatisierungsrecht für Beamte, 1999, S. 29.

<sup>186</sup> Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird davon ausgegangen, dass zwar auch im Beamtenverhältnis die Grundrechte Geltung beanspruchen, aber der Pflichtenkreis des Beamten gemäß Art. 33 Abs. 5 GG dessen rechtliche Möglichkeit begrenzt, von den Grundrechten Gebrauch zu machen, vgl. BVerfGE 39, 334, 366 f., bestätigt in BVerfGE 108, 282, 296 – Kopftuch. Deshalb können der Grundrechtsausübung des Beamten im Dienst Grenzen gesetzt werden, die sich aus allgemeinen Anforderungen an den öffentlichen Dienst oder aus besonderen Erfordernissen des jeweiligen öffentlichen Amtes ergeben, im Anschluss an BVerwGE 56, 227, 228 f.

<sup>187</sup> Nach h. M. in Rechtsprechung und Literatur besitzen die Beamten zwar das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, aber auf Grund ihres öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses i. V. m. den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 u. 5 GG) und der gesetzlichen Ausgestaltung ihrer dienstlichen Rechte und Pflichten *kein Streikrecht*. Darin sind sich das BVerfG und alle damit befassten obersten Gerichte des Bundes einig, vgl. BVerfGE 8, 1, 15 ff., 17; 8, 28, 35; 19, 303, 322; 44, 249, 264; BVerwGE 18, 293; 53, 330, 331; BGHZ 9, 322; 70, 277; BAG, B. v. 10. 9. 1985, AuR 1986, 27. Die insbesondere in der Literatur vertretene Gegenposition (vgl. *T. Blanke/D. Sterzel*, Beamtenstreikrecht, 1980, *K. Köpp*, Öffentliches Dienstrecht, in: U. Steiner, Hrsg., Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999, S. 381 ff., Rz. 43, weist zutreffend darauf hin, dass sich „ein alle Beamten umfassendes Streikverbot aus dem Grundgesetz nicht zwingend begründen lässt und ein Blick über die Grenzen zeigt, dass „ein alle Beamten umfassendes Streikverbot weder zum ‚Wesen des Staatsdienstes‘ gehört noch den (in den westlichen Demokratien inhaltlich übereinstimmenden) Grundprinzipien der Verfassung immanent ist. Das Dienst- und Treueverhältnis der Beamten könnte (als ‚öffentlich-rechtliches‘) auch ein gesetzliches, allerdings zwecks Aufrechterhaltung der notwendigen Staatsfunktionen sicherlich nur eingeschränktes Streikrecht für Beamte vorsehen.“ Ferner *W. Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 1970; *T. Ramm*, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, 1970; Zur Verfassungswidrigkeit des Lehrerstreiks, ZBR 1981, S. 357 ff.; *H. Plander*, Tarif- und Streikautonomie im öffentlichen Dienst, in: G. Muhr, Hrsg., Streikrecht, Demokratie und Sozialstaat, 1987, S. 175 ff., 176; *T. v. Roetteken*, Verhandlungsrechte für Beamte als Teil der Koalitionsfreiheit, PersR 1997, S. 121 ff.

<sup>188</sup> BVerfGE 39, 334, 347 – Radikalenbeschluss.



Beamten als Organwalter und damit als Repräsentant des demokratisch organisierten Staates gerechtfertigt: „Unter der Autorität des Volkes kann der Beamte sozusagen als Staat Befehle geben, kann *das Handeln des Staates* realisieren“, heißt es in der Entscheidung zum Bremer Personalvertretungsgesetz v. 27. 4. 1959.<sup>189</sup> Im Hinblick auf die „ordnungsgemäße Erfüllung der Staatsaufgaben“<sup>190</sup> ist in anderem Zusammenhang davon die Rede, dass Art. 33 Abs. 4 GG „die Kontinuität hoheitlicher Funktionen des Staates“ sichern soll<sup>191</sup> und deshalb Abweichungen von der Regel nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig sind.<sup>192</sup> Dementsprechend sieht das Bundesverfassungsgericht im Berufsbeamtentum eine in Art. 33 Abs. 4 u. 5 GG verankerte „Institution ...“, die gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll.“<sup>193</sup> Insofern ist erhellend, dass in den Verfassungsberatungen zum Grundgesetz das Erfordernis der „Institutionalisierung des Berufsbeamtentums“ damit begründet wurde, dass „anders Legalität und Neutralisierung der Verwaltung nicht erreicht werden könnten“.<sup>194</sup> Die besondere verfassungsrechtliche Stellung der Beamten wurde „mit der staatlichen Notwendigkeit ,ihrer inneren Neutralität gegenüber den widerstreitenden Interessen‘“ gerechtfertigt.<sup>195</sup>

M. a. Worten: Art. 33 Abs. 4 GG erhält im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Funktionsbestimmung des Berufsbeamtentums im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes die Bedeutung einer den Staatsapparat prägenden *Organisationsnorm*.<sup>196</sup> Indem alle Träger

---

<sup>189</sup> BVerfGE 9, 268, 282.

<sup>190</sup> BVerwGE 47, 330, 334.

<sup>191</sup> BVerfGE 88, 103, 114, st. Rspr.

<sup>192</sup> BVerfGE 9, 268, 284; BVerwGE 57, 55, 60 im Hinblick auf Beliehene.

<sup>193</sup> BVerfGE 7, 155, 162; 11, 203, 216, 217; BVerwGE 47, 330, 334. Zum stark idealisierten Beamtenbild des BVerfG vgl. auch BVerfGE 39, 334, 347.

<sup>194</sup> Begründung des Abgeordneten Dr. Strauß in der 12. Sitzung des Ausschusses für Zuständigkeitsfragen, Wortprotokoll S. 24, hier zit. nach BVerfGE 7, 155, 163.

<sup>195</sup> BVerfGE 7, 155, 163 unter Verwendung eines Zitats des Abgeordneten Reif, ebenfalls in der 12. Sitzung des Ausschusses für Zuständigkeitsfragen, Wortprotokoll S. 28, vgl. auch JöR NF Bd. 1, S. 315.

<sup>196</sup> Vgl. BVerfGE 6, 376, 385; 35, 79, 147; BVerfG - Kammerbeschluss v. 18. 2. 1988, NVwZ 1988, 523.

öffentlicher Gewalt verpflichtet werden, die ständige Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse *in der Regel* Beamten und nicht Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes oder Beliehenen zu übertragen<sup>197</sup>, soll es bestimmten Funktionsträgern des öffentlichen Dienstes vorbehalten bleiben, als Organwalter des Staates demokratische legitimierte Hoheitsgewalt gegenüber den Bürgern ausüben zu dürfen. Der Funktionsvorbehalt geht deshalb nicht nur von einer tragenden Rolle des Berufsbeamtentums im grundgesetzlichen Verfassungsaufbau aus<sup>198</sup>, sondern beinhaltet als „*Aufgabenvorbehalt*“<sup>199</sup> auch, dass *hoheitliche Aufgaben mittels demokratisch-rechtsstaatlich legitimierter „öffentlich-rechtlicher Organisationsformen zu bewältigen“ sind.*<sup>200</sup>

### 3.1.2. Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse

Von daher kommt es für die *Anwendung des Funktionsvorbehalts im Bereich der schulischen Leistungsverwaltung* und die hier zu stellenden Anforderungen demokratischer Legitimation staatlichen Handelns entscheidend darauf an, was unter „hoheitsrechtlichen Befugnissen“ zu verstehen ist. Der Begriff ist im Hinblick auf die damit verbundenen Folgewirkungen, ob die Aufgabenerfüllung typischer Weise durch Beamte zu erfolgen hat, nach wie vor keineswegs geklärt.<sup>201</sup> Strittig ist insbesondere, ob Art. 33 Abs. 4 GG sich nur auf die Entscheidungstätigkeit der klassisch obrigkeitlichen, mit der Befehls- und Zwangsgewalt des Staates operierenden Eingriffsverwaltung<sup>202</sup> bezieht oder auch auf die Leistungsverwaltung erstreckt.

In Übereinstimmung mit einem Großteil der Literatur ist davon auszugehen, dass unter die hoheitsrechtliche Aufgabenerfüllung neben der

---

<sup>197</sup> Das BVerfG geht in E 44, 249, 262, im übrigen davon aus, dass „bei der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe“ „Beamte ... nach Art. 33 Abs. 4 GG verwendet werden müssen.“

<sup>198</sup> BVerwGE 47, 334.

<sup>199</sup> *Maunz*, Art. 33, Rz. 33, in: MDH,GG; *W. Leisner*, Der Beamte als Leistungsträger in: ders., *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, 1975, S. 121, 133 ff.; *J. Isensee*, *Öffentlicher Dienst*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Hrsg., *HdbVerfR*, 2. Aufl., 1994, § 32, S. 1527 ff., Rz. 56 ff.

<sup>200</sup> *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, S. 121.

<sup>201</sup> Zum Meinungsstreit vgl. *Dollinger/Umbach*, Art. 33 Rz. 78, in: MAK,GG; *T. Strauß*, *Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum. Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG*, 2000, S. 61; *Battis*, Art. 33 Rz. 45 ff., in: *Sachs*, GG,

<sup>202</sup> Sie fragt, ob hinter der in Grundrechte eingreifenden Tätigkeit die „*zwingende Kraft*“ der Staatsmacht steht, vgl. *J. Jung*, *Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes*, 1971, S. 132 ff. *J. Isensee*, *Öffentlicher Dienst*, in *HdbVerfR*, § 32, Rz. 56 f.

Eingriffsverwaltung, bei der der Staat dem Bürger kraft der ihm zustehenden hoheitsrechtlichen Befugnisse mit Befehl und Zwang – eben hoheitlich – gegenübertritt, auch die öffentlich-rechtlich gesteuerte, grundrechtsrelevante Leistungsverwaltung fällt; auch sie ist folglich in den Funktionsvorbehalt mit einzubeziehen.<sup>203</sup> Denn auch in diesem Bereich staatlichen Handelns wird der – zumindest über Art. 3 Abs. 1 GG – grundrechtlich geschützte Rechtskreis des Bürgers in erheblicher Weise berührt.<sup>204</sup> Der mit der Gewährleistung der Institution des Berufsbeamtentums verknüpfte Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse ist folglich auf diejenige Staatstätigkeit zu beziehen, für die dem Staat ein Wahrnehmungsmonopol wie im Bereich der Kernfunktionen staatlichen Handelns (Justiz, Polizei, Bundeswehr, Zoll, Strafvollzug, Abgabenerhebung) zusteht.<sup>205</sup>

Dieser für die Anwendung des Art. 33 Abs. 4 GG maßgebliche Vorbehaltsbereich ist als deckungsgleich mit dem Bereich notwendiger staatlicher Aufgabenwahrnehmung anzusehen.<sup>206</sup> Es handelt sich dabei um jene Fälle, in denen die inhaltliche Aufgabenerfüllung dem Staat in der Verfassung selbst übertragen worden ist, wie dies in Art. 7 Abs. 1 GG durch die Normierung der staatlichen Schulhoheit mit dem darin eingeschlossenen grundlegenden Erziehungsauftrag geschehen ist. Hoheitliche Staatstätigkeit im Sinne des Funktionsvorbehalts ist aber darüber hinaus auch bei staatlichen Handeln im Bereich der Leistungsverwaltung mit erheblicher Grundrechtsrelevanz zu bejahen. Diese kann insbesondere bei der Bereitstellung grundrechtswesentlicher Leistungen, z. B. bei der Gewährung von Sozialhilfe, gegeben sein kann<sup>207</sup>, ist aber auch im Hinblick auf die Bedeutung der schulischen Leistungsverwaltung für die Wahrnehmung

---

<sup>203</sup> *Lübbe-Wolff*, Art. 33 Rz. 57 ff., in: Dreier, GG; *Pieroth*, Art. 33 Rz. 30, in: Jarass/Pieroth, GG; *Stern*, Staatsrecht I, S. 348 f.; *Battis*, Art. 33 Rz. 57, in: Sachs, GG.

<sup>204</sup> *Jachmann*, Art. 33 Rz. 34, in: MKS-GG; *Dollinger/Umbach*, Art. 33 Rz. 80, in: MAK-GG.

<sup>205</sup> *H.-P.- Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1977, S. 102; *Jachmann*, Art. 33 Abs. 4 Rz. 34, in: MKS,GG.

<sup>206</sup> *Schuppert-AK-GG*, Art. 33 Abs. 4, 5 Rz. 29; *W. Thieme*, Der öffentliche Dienst, 1961. A. A. *Denninger/Frankenber*, Grundsätze zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, S. 16.

<sup>207</sup> *Lübbe-Wolff*, Art. 33 Rz. 59, in: Dreier, GG; *Jachmann*, MKS-GG, Art. 33 Abs. 4 Rz. 34; *Denninger/Frankenber*, Grundsätze zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, S. 16.

grundrechtlich geschützter Rechtspositionen von Eltern und Schülern auch für das öffentlich-rechtliche Schulverhältnis zu bejahen.

### **3.2. Die sich aus dem Funktionsvorbehalt ergebenden personalrechtlichen Konsequenzen für den öffentlich-rechtlichen Status der Lehrer als Amtswalter des Staates**

Die hier angestellten Überlegungen zur Bedeutung des Funktionsvorbehalts als Voraussetzung für die legitime Ausübung von Staatsgewalt nach dem Grundgesetz wirken – parallel und unabhängig zu dem in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG normierten Erfordernis demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns – in besonderer Weise auf die Möglichkeiten zur rechtlichen Veränderung der institutionellen Voraussetzungen schulischen Verwaltungshandelns zurück. Dies betrifft neben der Frage, ob Art. 33 Abs. 4 GG auf Grund seiner Bedeutung als Organisationsnorm für die Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben möglicher Weise eine Privatisierungssperre für diesen Aufgabentypus auslöst, den Aspekt, ob die Lehrtätigkeit der Lehrer unter den Funktionsvorbehalt fällt. Die daraus sich ergebende organisationsrechtliche Konsequenz ist nicht nur, dass bejahendenfalls ein Gebot zur Verbeamtung von Lehrern besteht, sondern damit auch bestimmte Anforderungen an die Wahrnehmung von Dienstherrnfunktionen gegenüber diesen Beamten im Rahmen der hierarchisch aufgebauten Verwaltungsorganisation des Staates verbunden sind. Dies wird Gegenstand der nunmehr vorzunehmenden Prüfung sein.

#### **3.2.1. Die Auffassung der Rechtsprechung zur hoheitsrechtlichen Aufgabenerfüllung des Lehrers**

Die Frage, ob Lehrer im Lichte des Funktionsvorbehalts gemäß Art. 33 Abs. 4 GG von Verfassungen wegen als Beamte im öffentlichen Dienst zu beschäftigen sind, ist in der Literatur in hohem Maße umstritten. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung bietet kein einheitliches Bild. Für den *Europäischen Gerichtshof* übt ein Lehrer für das höhere Lehramt keine hoheitlichen Befugnisse aus.<sup>208</sup>

Dagegen hat das *Bundesverwaltungsgericht* in einer Entscheidung zur Treuepflicht eines Lehramtskandidaten klar Stellung bezogen, wenn es „die eigenverantwortliche Erteilung von Unterricht“ durch einen selbständig und

---

<sup>208</sup> EuGH U. v. 14. 12. 1990, Ziff. 9 – EuGRZ 1992, 102, 105.

unbeaufsichtigt tätigen Studienreferendar als „Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG ansieht.<sup>209</sup> Die mit einem planmäßig angestellten Lehrer vergleichbare Lehrtätigkeit umfasst, so die unmissverständliche Aussage des Gerichts, „Aufgaben von großer staatspolitischer Bedeutung, weil die Schule in hervorragendem Maße den heranwachsenden Staatsbürgern entsprechend ihrem Alter, ihrem Verständnis und ihrer Reife die Werte der Staatsordnung bewusst zu machen hat, und weil diese Verpflichtung dem einzelnen Lehrer als ein den gesamten Unterricht durchwirkendes Unterrichtsprinzip aufgetragen und Bestandteil seiner dienstlichen Unterrichts- und Erziehungsaufgabe ist, die bereits in der Grundschule einzusetzen hat.“

Das *Bundesverfassungsgericht* hat sich zu dieser Problematik bislang zwar nicht explizit geäußert, aber im Hinblick auf das Erfordernis demokratisch-rechtstaatlicher Legitimation staatlichen Handelns im Schulbereich einen in die gleiche Richtung zielende unmissverständlichen Hinweis gegeben: Wegen der weitreichenden Bedeutung der Schulbildung für das gesamte Gemeinwesen und seine Bürger sei der freiheitssichernde rechtsstaatliche Grundsatz der Gesetzmäßigkeit auch auf das Schulverhältnis zu erstrecken, zumal gerade hier die üblichen Abgrenzungsmerkmale von Eingriff und Begünstigung unentwirrtbar ineinander übergehen.<sup>210</sup>

Knüpft man an die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts an und verbindet sie mit den oben genannten Kriterien für die Maßstäblichkeit des Funktionsvorbehalts für die Zuordnung staatlicher Aufgaben in den von Beamten zu erfüllenden staatlichen Hoheitsbereich, so gelangt man hinsichtlich der *Verbeamtung von Lehrern* zu folgendem Ergebnis: *Lehrer sind Amtswalter und Vollzugsgehilfen bei der Wahrnehmung des dem Staat in Art. 7 Abs. 1 GG zugewiesenen Erziehungs- und Bildungsauftrags. Sie nehmen dabei eine in der Verfassung verankerte, genuin staatliche Aufgabe wahr. Sie setzen diese in einem für Eltern und Schüler grundrechtsrelevanten Bereich auf der Grundlage der ihnen zustehenden*

---

<sup>209</sup> BVerwGE 47, 330, 343; im gleichen Sinn BVerwGE 47, 365, 369.

<sup>210</sup> BVerfGE 41, 251, 259.

pädagogischen Freiheit<sup>211</sup> in eigener Verantwortung<sup>212</sup> im Unterricht und den dabei im Zusammenhang zu treffenden Verwaltungsentscheidungen (Notengebung etc.), aber auch bei der für sie vorgesehenen Mitwirkung an der schulischen Selbstverwaltung um.

### **3.2.2. Die pädagogische Freiheit – ein Reflex des staatlichen Erziehungsauftrages und Teil des Amtsauftrages des Lehrers**

Die dem Lehrer mit dem Begriff der pädagogischen Freiheit zugestandene pädagogische Gestaltungsfreiheit so entspricht, verwaltungsrechtlich gesehen, einem aus den sachlichen Erfordernissen der Unterrichtstätigkeit gesetzlich eingeräumten Beurteilungsspielraum, wie er in gleicher Weise dem Verwaltungsbeamten für eine sachangemessene Entscheidungsfindung zugestanden wird.<sup>213</sup> Die objektiv-rechtlich wirksame Einschätzungsprärogative des Lehrers bei pädagogischen Entscheidungen schränkt die beamtenrechtliche Weisungsgebundenheit und die Fachaufsicht ein<sup>214</sup>; durch sie wird für die Schulbehörden insbesondere die Überprüfung pädagogischer Bewertungen auf bestimmte Prüfkriterien reduziert.<sup>215</sup> Andererseits stellt aber die pädagogische Freiheit *kein subjektives Recht des Lehrers auf Weisungsfreiheit gegenüber übergeordneten Instanzen, wie Schulleiter und Schulbehörde*, dar.<sup>216</sup> Sie lässt sich nicht unter Verweis auf die Freiheit der Wissenschaft und Lehre gemäß Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtlich legitimieren. Die im Rahmen dieser Verfassungsbestimmung geschützte Lehre des Hochschullehrers und die Unterrichtstätigkeit des Lehrers sind rechtlich und rechtstatsächlich gesehen – jedenfalls in der

---

<sup>211</sup> Dazu näher *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1, Rz. 507 ff.; *W. Schmidt*, Schulprogramm und pädagogische Eigenverantwortung, NVwZ 1997, S. 456 ff.; *F. Ossenbühl*, Die pädagogische Freiheit und die Schulaufsicht, DVBl. 1982, S. 1157 ff.; *Ch. Starck*, NJW 1976, S. 1378.

<sup>212</sup> Vgl. § 88 Abs. 2 hmbSchG, § 59 Abs. 3 breSchG.

<sup>213</sup> *Starck*, NJW 1976, S. 1378. Vgl. zur komplizierten rechtlichen Gemengelage hinsichtlich der Umsetzung des Gesetzes bei der Bestimmung der Unterrichtsinhalte *N. Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. I, Rz. 474 ff., 483 ff.; *Oppermann*, HdBStR VI, § 135 Rz. 67.

<sup>214</sup> BayVGh Urteil v. 16. 10. 1993 – 3 B 91.406 – SPE 480 Nr. 15, betr. schulaufsichtliche Notenänderung; VGh Mannheim NVwZ-RR 1989, 305 – Weisungsbefugnis und Selbsteintritt des Schulleiters bei Klassenarbeitsnote; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. I, Rz. 23.

<sup>215</sup> Vgl. z. B. § 50 Abs. 1 i. V. m. § 121 Abs. 2 ndsSchG.

<sup>216</sup> BVerwG NVwZ 1994, 583 – Pflicht zur Benutzung eines bestimmten Schulbuchs; *K. Stern*, FS Knöpfle, S. 347; *Hufen*, FS Vogel, S. 59.

Mehrzahl der Fälle – qualitativ verschieden.<sup>217</sup> Seine Lehrtätigkeit ist Vollzug einer Amtsaufgabe und nicht Realisierung einer diesbezüglich grundrechtlich geschützten Rechtsstellung des Lehrers. Im Verhältnis zu den Eltern und Schüler und deren schützenswerten Grundrechtspositionen repräsentiert er in der öffentlichen Pflichtschule die Sphäre des Staates. Aus diesem Grund ist er als Beamter nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 4 GG einem Sonderrechtsverhältnis unterworfen. Sieht man dagegen den Lehrer im schulischen Prozess primär als Grundrechtsträger, verkennt man die sich aus seiner Funktion als Amtswalter ergebende grundrechtsverpflichtete Stellung gegenüber den Bürgern (Art 1 Abs. 3 GG) und verkürzt damit „die Freiheit derer, um derentwillen mit der Wesentlichkeitstheorie der Gesetzesvorbehalt im Schulrecht ausgedehnt wurde.“<sup>218</sup>

In dieser Perspektive entspringt die *pädagogische Freiheit des Lehrers* wie der Erziehungsauftrag des Staates insgesamt<sup>219</sup> letztlich dem Grundrecht des Schülers auf Selbstentfaltung und individuelle Erziehung.<sup>220</sup> Sie ist *ein Reflex des mit dem Erziehungsauftrag des Staates verbundenen Verwaltungsauftrages der Schule*<sup>221</sup>, wie dies auch in den Schulgesetzen zum Ausdruck kommt.<sup>222</sup> Die Rechtsfigur der pädagogischen Freiheit versucht der besonderen schulischen Erziehungskonstellation Rechnung zu tragen, dass „Unterricht und Erziehung ein hohes Maß an Einfühlungsvermögen, Reaktionsfähigkeit und die Fähigkeit, menschliche Beziehungen aufbauen zu können, voraussetzen und eine Schulklasse

---

<sup>217</sup> Maunz, Art. 7, Rz. 61 f., in: MDH,GG; H. Wißmann, Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff. Personales Handeln in der öffentlichen Verwaltung, 2002, S. 69 ff., 91; a. A. I. Staff, Schulaufsicht und pädagogische Freiheit des Lehrers, DÖV 1969, S. 627 ff.; W. Perschel, Die Lehrfreiheit des Lehrers, DÖV 1970, S. 34 ff., die für die Einbeziehung schulischer Lehre in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG eintreten. Für M. Storck, „Funktionsfreiheit“ des Lehrers als Verfassungsgebot, RdJB 2003, S. 502 ff., 506 f., stellt sich der Wissenschaftsbezug des schulischen Unterrichts mit der Professionalisierung der Lehrerfunktion her, die „bis in das tatbestandliche Umfeld der Wissenschaftsfreiheit hineinreicht“ und dementsprechend gegebenenfalls „eine abgestufte Analogiebildung zu Art. 5 Abs. 3 nahelegt“. Storck sieht darin eine Aufgabe de lege ferenda für die Landesverfassungen, die Funktionsfreiheit des Lehrers als Funktionsgrundrecht auszugestalten.

<sup>218</sup> BVerfGE 108, 282, 316 – Kopftuch, Minderheitsvotum.

<sup>219</sup> Vgl. oben II.1.1.

<sup>220</sup> Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, S. 50 ff.; H.-U. Evers, VVDStRL H. 23 (1966), S. 147 ff.,

<sup>221</sup> Starck, NJW 1976, S. 1378; Wißmann, Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff, S. 233.

<sup>222</sup> Vgl. z. B. § 88 Abs. 2 hmbSchG; § 45 Abs. 2 heSchG, etc.

zugleich Spiegelbild der pluralistischen Gesellschaft ist.<sup>223</sup> Wegen dieser Besonderheit der Lehrtätigkeit des Lehrers, die rechtlich gesehen zugleich stets Ausübung staatlicher Tätigkeit ist, ist die Erfassung und Planung des Unterrichts durch rechtliche Normen nur begrenzt möglich.<sup>224</sup> Auch wenn der Lehrer nicht der typische Normvollzugsbeamte der klassischen Hoheitsverwaltung ist, haben sie bei der konkreten Wahrnehmung ihrer Aufgaben insgesamt jedoch den für sie einschlägigen Rechtsvorschriften, wozu auch Lehrpläne gehören, zu folgen<sup>225</sup>, so dass das Curriculum als solches „nicht im Belieben erzieherischer Kreativität“<sup>226</sup> steht. Der für sie maßgebliche Rechtsrahmen wird bezogen auf den Inhalt des Unterrichts vorrangig durch den in den Landesverfassungen und/oder in den Landesschulgesetzen näher definierten staatlichen Erziehungsauftrag der Schule abgesteckt. Dessen Ziele werden zumindest in den Konturen zum Schutz der Grundrechte von Eltern und Schülern im Sinne der Wesentlichkeitstheorie<sup>227</sup> zumeist in abstrakter Form normativ umschrieben; ferner sind die für die Lehrgestaltung wichtigen, von der staatlichen Schulaufsicht aufgestellten Lehrpläne mit einem hinsichtlich der Feinlernziele mehr oder weniger konkret ausformulierten Unterrichtsprogramm einzuhalten.<sup>228</sup> Dem beamtenrechtlichen Dienstverhältnis des Lehrers entsprechend gehört es zu seinen Amtspflichten<sup>229</sup>, bei der Ausübung seines Amtes den Erziehungs- und Bildungsauftrag des Staates (Art. 7 Abs. 1 GG) zu erfüllen; dementsprechend hat er für die der Schule rechtlich vorgegebenen Bildungs- und Erziehungsziele einzutreten und insbesondere bei dem von ihm geforderten persönlichen Engagement gegenüber den Schülern das

---

<sup>223</sup> *Stern*, FS Knöpfle, S. 347.

<sup>224</sup> *Ch. Starck*, Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht, DÖV 1979, S. 269 ff., 273.

<sup>225</sup> *Starck*, NJW 1976, S. 1378.

<sup>226</sup> *Bothe*, VVDStRL H. 54, S. 26.

<sup>227</sup> BVerfGE 47, 46, 78 – Sexualekunde. In der Entscheidung zur Rechtsschreibereform (BVerfGE 98, 218) hat das Bundesverfassungsgericht dagegen das Erfordernis einer über die allgemeinen Lernzielbestimmungen der Landesschulgesetze hinausgehenden gesetzlichen Regelung verneint.

<sup>228</sup> *Oppermann*, HdBSStR VI, § 135 Rz. 67; *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. I, Rz. 502 f..

<sup>229</sup> *Evers*, VVDStRL H. 23, S. 181.



Toleranzgebot im Unterricht<sup>230</sup> und die dem Staat auferlegte Neutralitätspflicht zu beachten.<sup>231</sup>

Wenngleich die pädagogische Arbeit dem Ideal einer dialogischen, herrschaftsfreien Kommunikation folgen sollte und rechtlich nicht ohne weiteres in den herkömmlichen Bahnen hierarchischer Ordnung und Weisung gesteuert werden kann<sup>232</sup>, erfüllen Lehrer wegen der elementaren Bedeutung der schulischen Erziehung<sup>233</sup> für die Entwicklung des Kindes im Hinblick auf die in den öffentlichen Schulen, und d. h. vorrangig in den staatlichen Schulen geleisteten Erziehungsarbeit eine durch Art. 7 Abs. 1 GG normierte, verfassungsgebundene und damit auch dem Gebot des Art. 1 Abs. 3 GG unterliegende Verwaltungsaufgabe.<sup>234</sup> Sie übernehmen die unmittelbare pädagogische Verantwortung für den Unterricht und die Erziehung der Schüler und werden auf Grund ihrer Funktion in die Lage versetzt, in einer den Eltern vergleichbaren Weise auf die Entwicklung der ihnen anvertrauten Schüler Einfluss zu nehmen.<sup>235</sup> Die dabei möglicher Weise auftretende Spannungslage zwischen prinzipieller Weisungsgebundenheit des Lehrers im staatlich organisierten Schulbetrieb einerseits und dem für seine pädagogische Arbeit wichtigen geistigen Handlungsspielraum andererseits, versuchen die Landesschulgesetze in den einschlägigen Bestimmungen über die „Rechte und Pflichten des schulischen Personals“ angemessen Rechnung zu tragen. Sie folgen damit den Bemühungen der Rechtswissenschaft, den Begriff der pädagogischen Freiheit als rechtlich relevante Kategorie zu fassen. Für das Bundesverfassungsgericht folgt daraus<sup>236</sup>, dass „bei der gesetzlichen Fixierung verbindlicher Zielbestimmungen und darauf ausgerichteter Anleitungen zur Durchführung des Unterrichts ... Zurückhaltung am Platze (ist). Festlegungen müssen immer daraufhin überprüft werden, ob sie der

---

<sup>230</sup> Vgl. z. B. § 2 Abs. 1, 1. Spiegelstrich hambSchulG, § 5 Abs. 3 Nr. 7 breSchulG;

<sup>231</sup> BVerfGE 41, 29, 63; 52, 223, 247, 251; 93, 1, 21 ff.; 108, 282, 300 f. – Kopftuch einer islamischen Lehramtskandidatin. Dazu näher insbesondere *Oppermann*, Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag (1976), S. C 92 ff.

<sup>232</sup> *Dittmann*, VVDStRL H. 54, S. 66.

<sup>233</sup> *Jachmann*, Art. 33 Abs. 4, Rz. 34, in: MKS, GG.

<sup>234</sup> Ähnlich *Wissmann*, Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff, S. 233 ff.

<sup>235</sup> BVerfGE 108, 282, 324 f. – Kopftuch, Minderheitsvotum.

<sup>236</sup> BVerfGE 47, 46, 83, auch das folgende Zitat.

*pädagogischen Freiheit* genügend Raum lassen, ob dem Lehrer im Unterricht noch der Spielraum verbleibt, den er braucht, um seiner pädagogischen Verantwortung gerecht werden zu können. Einzelheiten der Lehr- und Lernmethoden können daher grundsätzlich nicht der gesetzlichen Regelung vorbehalten sein, da solche Einzelheiten nicht normierbar sind und die Unterrichtsgestaltung für situationsbezogene Anpassungen offen bleiben muss.“ Wenn es dementsprechend nicht Aufgabe des Parlaments ist, Feinlernziele zu bestimmen und die zur Erreichung der Ziele zweckmäßigsten Unterrichtsmethoden festzulegen, ist es „vielmehr *Sache der Schulbehörden* und in den letzten Einzelheiten der *Lehrer beim Unterricht in der Schulklasse*“, darüber zu befinden.

### **3.2.3. Die Stellung des Lehrers als Sachwalter des Staates und Organ der staatlichen Schulverwaltung**

Für die Annahme der hoheitlichen Aufgabenerfüllung der Tätigkeit des Lehrers spricht deshalb alles im allen nicht nur die in Deutschland wirksame Tradition der Verstaatlichung des Schulwesens, sondern auch die den Lehrern gestellte Aufgabe, in einer Industrie- und Informationsgesellschaft existentiell wichtige Qualifikationen mit Hilfe von Noten und Zeugnissen einzuüben und so über die Lebenschancen jedes einzelnen Schülers, auch im Hinblick auf dessen berufliche Perspektiven, zu bestimmen.<sup>237</sup> So gesehen erbringen Lehrer eben nicht nur Dienstleistungen, sondern üben mit Hilfe der staatlichen Schulpflicht auf der Grundlage der rechtlich verbindlich vorgegebenen Lernzielbestimmungen einen lebensprägenden erzieherischen Einfluss aus. Im Kontext der pädagogisch fundierten Wissens- und Wertevermittlung schlägt sich dieser Zukunftsaspekt jeglicher Lehrtätigkeit u. a. in Benotungen, Entscheidung über Versetzung oder Überweisung an eine andere Schule sowie Abschlusszeugnissen nieder, kann aber auch durch Ordnungsmaßnahmen Relevanz erhalten.<sup>238</sup> Kennzeichen der ihnen übertragenen verfassungsgebundenen Verwaltungsaufgabe ist dabei, dass

---

<sup>237</sup> Dollinger/Umbach, Art. 33 Rz. 81, in: MAK, GG.; a. A. Lübke-Wolf, Art. 33 Rz. 59, in: Dreier, GG; Denninger/Frankenberg, Grundsätze zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, S. 22 f.

<sup>238</sup> Jachmann, Art. 33 Abs. 4 Rz. 34, in: MKS,GG.

„gerade hier die üblichen Abgrenzungsmerkmale von Eingriff und Begünstigung unentwirrbar ineinander“ übergehen.<sup>239</sup>

Eine solch komplexe und anspruchsvolle staatliche Aufgabe, bei der es um die Grundrechtsverwirklichungschancen jedes Einzelnen geht, erfordert ein hohes Maß an Unabhängigkeit, wie sie das Berufsbeamtentum durch das Lebenszeitprinzip und die sachliche Bindung an Gesetz und Recht im Hinblick auf die geforderte politische und soziale Neutralität der staatlichen Verwaltung garantiert.<sup>240</sup> Von Bedeutung ist insofern, dass die Lehrer im Rahmen ihrer Berufsausübung „als Sachwalter des Staates und Organe der staatlichen Schulverwaltung (tätig sind); sie nehmen Aufgaben des Staates wahr, nicht Rechte der Eltern oder der Schüler“, wie es in einer Entscheidung des Niedersächsischer Staatsgerichtshofes heißt.<sup>241</sup> Ihre Tätigkeit sichert unter Beachtung des für sie und ihre Konferenzen funktionell erforderlichen Handlungsspielraums die Durchsetzung rechtlicher und administrativer Vorgaben in der Schule und ist wesentlicher Teil der Ausübung der staatlichen Schulhoheit.<sup>242</sup>

Hinzukommt, dass speziell im Fall der Entscheidung über Noten, Versetzungen, Abschlüsse und Übergänge in Anbetracht der Vielzahl von Einzelentscheidungen eine effektive fachaufsichtliche Kontrolle praktisch ausgeschlossen ist, so dass in diesem Bereich „die Lehrkräfte als Gewährsträger der staatlichen Schulhoheit“ anzusehen sind.<sup>243</sup> Wenn Lehrer im Hinblick auf die ihnen zustehende pädagogische Freiheit nur einer eingeschränkten Fachaufsicht unterliegen, so dient diese neben dem Instrument der Dienstaufsicht einer Kontrolle des Missbrauchs der von ihnen ausgeübten rechtlich legitimierten Herrschaftsmacht.<sup>244</sup> Aus all diesen Gründen ist die Verbeamtung von Lehrern im Hinblick auf die von ihnen zu

---

<sup>239</sup> BVerfGE 41, 251, 259.

<sup>240</sup> *Battis*, BBG, 2. Aufl. 1997, § 2 Rz. 13.

<sup>241</sup> NdsStGH NVwZ 1997, 267, 270.

<sup>242</sup> NdsStGH NVwZ 1997, 267, 270 unter Verweis auf *Maunz*, Art. 7, Rz. 60, in: MDH, GG; *Richter-AK-GG*, Art. 7 Rz. 36.

<sup>243</sup> NdsStGH NVwZ 1997, 267, 271.

<sup>244</sup> *Gröschner*, Art. 7 Rz. 48, in: Dreier, GG.

erfüllenden Aufgaben zur Verwirklichung des staatlichen Erziehungsauftrages im hohen Maße funktionsadäquat.<sup>245</sup>

### **3.3. Die Relevanz des Funktionsvorbehalts als Beamtenvorbehalt und Organisationsnorm für die Organisation des staatlichen Schulwesens**

Auf Grund der – hiernach im Regelfall vorzusehenden – beamtenrechtlichen Rechtsstellung der Lehrer wird deren Dienstverhältnis durch den Gesetzgeber einseitig geregelt; Gesetz, Verwaltungsvorschrift (z. B. in der Form von Lehrplänen) und dienstliche Weisungen bestimmen im wesentlichen seinen Inhalt. Aus dem gleichen Grund ist „eine Zuweisung von Beamten zur Dienstleistung an Einzelpersonen, die nicht ihrerseits Organe von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind, oder an juristische Personen des Privatrechts allgemein nicht zulässig.“<sup>246</sup>

Aus den Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats nach Art. 20, 28 Abs. 1 GG i. V. m. dem in den Beamtenartikeln der Art. 33 Abs. 4 u. 5 GG fixiertem Recht des öffentlichen Dienstes als „unmittelbar geltendes Recht“ ergibt sich im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass der Beamte nur Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist, die durch ein hierarchisches Über- und Unterordnungsverhältnis eine Einheit bilden, und dass auch nur diese Stellen auf der Grundlage des bestehenden Sonderrechtsverhältnisses zu dienstrechtlichen Anordnungen (Weisungen) zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihres Amtsauftrages befugt sind.<sup>247</sup> Diese Dienstherrnfunktion zählt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich zu den „Regierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind; andernfalls würde es der Regierung unmöglich gemacht, die von ihr geforderte Verantwortung zu tragen...“<sup>248</sup> Denn in Verfolg der mit Art. 33

---

<sup>245</sup> *Dollinger/Umbach*, Art. 33 Rz. 81, in: MAK, GG, die in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hinweisen, dass die gegenteilige Praxis einiger der neuen Länder „als einigungsbedingter Umstand“ noch hingenommen werden kann, aber langfristig an das Niveau des Art. 33 Abs. 5 GG anzugleichen ist. Zum Erfordernis des Kriteriums „funktionsadäquat“ für den Beamteneinsatz näher *Schuppert-AK-GG*, Art. 33 Abs. 4, 5 Rz. 29.

<sup>246</sup> BVerwGE 69, 303, 306; *Blanke/Sterzel*, Privatisierungsrecht für Beamte, S. 30, Rz. 13.

<sup>247</sup> BVerfGE 9, 268, 286 f.; ebenso BVerwGE 69, 305 f.

<sup>248</sup> BVerfGE 9, 268, 282, auch das folgende Zitat.

Abs. 4 GG bezweckten Staatsgerichtetheit des Beamteneinsatzes und der strikten Orientierung am Gemeinwohl entsprechend soll verhindert werden, dass „unkontrollierte und niemand verantwortliche Stellen Einfluss auf die Staatsverwaltung gewinnen...“

Der Funktionsvorbehalt geht in seiner Bedeutung als den Staatsapparat prägende Organisationsnorm<sup>249</sup> von einem beamtenspezifischen Aufgabenvorbehalt für die im hoheitlichen Bereich zu erfüllenden staatlichen Aufgaben aus.<sup>250</sup> Wegen dieses organisationsrechtlichen Gehalts löst er bezogen auf die staatliche Schulhoheit (Art. 7 Abs. 1 GG) einen verfassungsrechtlichen Dominoeffekt aus. *Die personalrechtliche Komponente des Art. 33 Abs. 4 GG, wonach im Grundsatz ausschließlich Beamte für die hoheitsrechtliche Aufgabenerfüllung einzusetzen sind, wirkt auf die Wahrnehmung der in Art. 7 Abs. 1 GG normierten Schulaufsicht mit dem darin eingeschlossenen staatlichen Erziehungsauftrag als obligatorische Staatsaufgabe dergestalt zurück, dass Lehrer nicht nur in der Regel zu verbeamten sind, sondern kraft ihrer beamtenrechtlichen Stellung auch in ein öffentlich-rechtlich organisiertes, demokratisch-rechtsstaatlich legitimes Verwaltungssystem integriert sein müssen.*<sup>251</sup> Dazu gehört im Sinne eines Parlamentsvorbehalts, dass sie gemäß der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>252</sup> einem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu unterstellen sind, der seinerseits gegenüber dem Parlament rechenschaftspflichtig ist, und der Beamte vice versa bezüglich der Wahrnehmung seines Amtsauftrages „nur Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist, die durch ein hierarchisches Über und Unterordnungsverhältnis eine Einheit bilden, und dass auch nur diese Stellen zu seiner Beurteilung und zu den Maßnahmen befugt sind, die seine Laufbahn bestimmen.“ Diese Dienstherrnenfunktion zählt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich „zu den Regierungsaufgaben, die

---

<sup>249</sup> Vgl. BVerfGE 6, 376, 385; 35, 79, 147; BVerfG - Kammerbeschluss v. 18. 2. 1988, NVwZ 1988, 523.

<sup>250</sup> Maunz, Art. 33, Rz. 33, in: MDH,GG; W. Leisner, Der Beamte als Leistungsträger in: ders., Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, S. 121 ff., 133 ff.; J. Isensee, Öffentlicher Dienst, in: HdbVerfR, § 32, Rz. 56 ff.

<sup>251</sup> Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 121.

<sup>252</sup> BVerfGE 9, 268, 286 f.; BVerwGE 69, 303, 305, auch das folgende Zitat.

wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen werden und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind; andernfalls würde es der Regierung unmöglich gemacht, die von ihr geforderte Verantwortung zu tragen, da auf diese Weise unkontrollierte und niemand verantwortliche Stellen Einfluss auf die Staatsverwaltung gewinnen würden.“<sup>253</sup> Aus diesem Grund hält das Gericht „die generelle Übertragung der Entscheidungsgewalt in allen personellen Fragen der Beamten an einen Ausschuss, dessen Mitglieder der Regierung nicht verantwortlich sind, ... mit dem Prinzip des demokratischen Rechtsstaats im Sinn des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar.“

Die *Dienstherrnfähigkeit*, das Recht, Beamte zu haben, regelt mit unmittelbarer Geltung für Bund und Länder § 121 BRRG. Danach ist die Dienstherrnfähigkeit beschränkt auf den Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände sowie auf sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die dieses Recht im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Beamtenrechtsrahmengesetzes besessen haben oder denen es nachträglich durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung verliehen worden ist.

Und damit schließt sich der Kreis. In Art. 33 Abs. 4 GG verschränkt sich das im öffentlich-rechtlichen Sonderstatus des Beamten begründete personalrechtliche Element mit seiner Bedeutung als Organisationsnorm. Sein personelles Substrat als Beamtenvorbehalt bildet mit seinem institutionellen Gehalt eine Einheit. Die darin fixierte, letztlich aus Art. 20, 28 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitete Staatsorientierung des Beamtenverhältnisses<sup>254</sup> korreliert mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen für die demokratisch legitimierte Ausübung staatlicher Funktionen durch Beamte als Repräsentanten bzw. Organwalter des Staates. Die Klassifizierung des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis in Art. 33 Abs. 4 GG beinhaltet deshalb, dass

---

<sup>253</sup> BVerfGE 9, 268, 282, auch das folgende Zitat. .

<sup>254</sup> W. Rudolf, Der öffentliche Dienst der Gegenwart, VVDStRL H. 37 (1978), S. 175 ff., 183; Battis, BBG, § 2 Rz. 13.

das Beamtenrecht als Recht des Dienstes in und für den Staat zu den Grundlagen des Staats(organisations)rechts gehört.<sup>255</sup> Die das Beamtenrecht prägende normative Funktion des Art. 33 Abs. 4 GG ist dabei letztlich im Demokratiegebot des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 GG) begründet. *Die Wahrnehmung bestimmter staatlicher Aufgaben, die sich als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse qualifizieren lassen, wie dies bei der Lehrtätigkeit von Lehrern an staatlichen Schulen der Fall ist, erfordert somit zur Sicherstellung demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns gemäß Art. 33 Abs. 4 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 2 GG einen bestimmten hierarchischen Verwaltungsaufbau des Staatsapparates.*

Konkret stellt sich dies in der Verwaltungshierarchie staatlicher Verwaltung im Rahmen der grundsätzlich bestehenden Weisungsgebundenheit der Amtswalter dergestalt dar, dass der Lehrer als Beamter dienstrechtlich und fachaufsichtlich unmittelbar dem Weisungsrecht des Schulleiters unterstellt ist, der seinerseits weisungsabhängig ist – gegebenenfalls unter Einschaltung einer wiederum weisungsgebundenen staatlichen Zwischeninstanz (der Schulbehörde) – gegenüber einem dem Parlament verantwortlichen Minister. Dieser Verwaltungsaufbau ist einem aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Korrelat von Kontrolle und Verantwortung geschuldet.<sup>256</sup>

Insgesamt bedeutet das Erfordernis der demokratisch-rechtsstaatlichen Legitimation der Staatstätigkeit im öffentlichen Schulwesen, dass die Funktionsfähigkeit der staatlichen Schulaufsicht als hoheitliche Aufgabenerfüllung auf zwei Säulen beruht. *Erstens* auf dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Bindung an die vom Parlament beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>257</sup>, wobei der Beachtung des Gesetzesvorbehalts im Sinne der Wesentlichkeitstheorie im Schulwesen<sup>258</sup> besondere Bedeutung zukommt. *Zweitens* dient der Funktionsvorbehalt von seiner Normlogik her dem

---

<sup>255</sup> J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HdbVerfR, § 32 Rz. 2; H. Lecheler: Der öffentliche Dienst, in: HdbStR III, § 72 Rz. 14; K. Stern, Staatsrecht I, S. 335; Battis, BBG, § 2 Rz. 13.

<sup>256</sup> Geis, FS Vogel, 1998, S. 40.

<sup>257</sup> BVerfGE 93, 66.

<sup>258</sup> BVerfGE 34, 165, 192; 47, 46, 83; 49, 89, 126.

Zweck, sowohl personell-demokratisch durch die Berufung von Lehrern in ein Beamtenverhältnis als auch institutionell-organisatorisch wie sachlich-inhaltlich durch die entsprechende Einbindung des Lehrpersonals in die Staatsverwaltung gemäß Art. 20 Abs. 2 GG den notwendigen Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft bei der zum Kernbereich der Schulhoheit gehörenden Erfüllung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages sicherzustellen.<sup>259</sup> Dabei kommt wegen der Besonderheit der Aufgabenstellung der Lehrer, die im pädagogischen Prozess einerseits auf ein bestimmtes Maß pädagogischer Freiheit angewiesen sind, und andererseits mit der Durchsetzung der rechtlichen und administrativen Vorgaben des Staates „als Gewährsträger der staatlichen Schulhoheit“<sup>260</sup> einen wesentlichen Anteil an der Erfüllung dieser notwendigen Staatsaufgabe haben, naturgemäß der personell-demokratischen Legitimationsbindung eine erhöhte Bedeutung zu.

Wenn also die in einem Beamtenverhältnis stehenden Lehrer in das Hierarchiesystem staatlicher Verwaltung eingegliedert sein müssen, verweist der sachliche Gehalt des Art. 33 Abs. 4 GG als Organisationsnorm damit zugleich unmittelbar auf das in Art. 20 Abs. 2 GG verankerte Prinzip demokratischer Legitimation in allen Bereichen staatlicher Verwaltung hin. Darauf wird bezogen auf die Schulverwaltung im folgenden näher einzugehen sein.

### **3.4. Fazit**

Der Funktionsvorbehalt hat mit seinem beamtenspezifischen Aufgabenvorbehalt für die im hoheitlichen Bereich zu erfüllenden staatlichen Aufgaben zugleich die Bedeutung einer den Staatsapparat prägenden Organisationsnorm. Wegen dieses organisationsrechtlichen Gehalts löst er bezogen auf die staatliche Schulhoheit (Art. 7 Abs. 1 GG) einen verfassungsrechtlichen Dominoeffekt aus. Lehrer nehmen als Sachwalter des Staates bei ihrer Erziehungs- und Bildungsarbeit im Unterricht eine notwendige Staatsaufgabe wahr. Ihre Tätigkeit ist deshalb als hoheitliche Aufgabenerfüllung i. S. des Art. 33 Abs. 4 GG zu

---

<sup>259</sup> BVerfGE 93, 66.

<sup>260</sup> NdsStGH NVwZ 1997, 271.



qualifizieren. Dies wirkt auf die Wahrnehmung der in Art. 7 Abs. 1 GG normierten Schulaufsicht dergestalt zurück, dass Lehrer nicht nur als Beamte in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zu berufen sind, sondern kraft ihrer beamtenrechtlichen Stellung auch in ein öffentlich-rechtlich organisiertes, demokratisch-rechtsstaatlich legitimiertes Verwaltungssystem integriert sein müssen. Dazu gehört, dass sie einem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu unterstellen sind, der seinerseits gegenüber dem Parlament rechenschaftspflichtig ist. Umgekehrt folgt daraus, dass der Beamte bezüglich der Wahrnehmung seines Amtsauftrages nur Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist. Nur diese Stellen sind befugt, ihm auf der Grundlage des bestehenden Sonderrechtsverhältnisses im Rahmen eines hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnisses, die eine Einheit bilden, dienstrechtliche Anordnungen (Weisungen) zur ordnungsgemäßen Erfüllung seines Amtsauftrages zu erteilen.

In Art. 33 Abs. 4 GG verschränkt sich somit das im öffentlich-rechtlichen Sonderstatus des Beamten begründete personalrechtliche Element mit seiner Bedeutung als Organisationsnorm. Die letztlich aus Art. 20, 28 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitete Staatsorientierung des Beamtenverhältnisses korreliert mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen für die demokratisch legitimierte Ausübung staatlicher Funktionen durch Beamte als Repräsentanten bzw. Organwalter des Staates. Die Sicherstellung demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns gemäß Art. 20 Abs. 2 GG erfordert einen bestimmten hierarchischen Verwaltungsaufbau des Staatsapparates. Um die Funktionsfähigkeit der staatlichen Schulaufsicht als hoheitliche Aufgabenerfüllung gewährleisten zu können, dient der Funktionsvorbehalt von seiner Normlogik her dem Zweck, sowohl personell-demokratisch durch die Berufung von Lehrern in ein Beamtenverhältnis als auch institutionell-organisatorisch wie sachlich-inhaltlich durch die entsprechende Einbindung des Lehrpersonals in die Staatsverwaltung den gemäß Art. 20 Abs. 2 GG notwendigen Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft bei der zum Kernbereich der Staatstätigkeit gehörenden Erfüllung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages gemäß Art. 7 Abs. 1 GG sicherzustellen.

#### **4. Die demokratische Legitimation der schulischen Leistungsverwaltung**

Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes verlangt, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 GG). Aus dem darin verankerten *Prinzip der Volkssouveränität*, das *allen Bürgern* als Glied des Staatsorgans Volk im status activus die *gleichen Mitgliedschaftsrechte* im Staatsverband zuweist, folgt die Notwendigkeit der demokratischen Legitimation von Staatsgewalt.<sup>261</sup> Dies schließt die Möglichkeit eines fragmentierten Demos prinzipiell aus, weil die Staatsgewalt, die durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird, sich auf das Mandat der Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk stützen muss<sup>262</sup> Hierbei gilt das Erfordernis eines bestimmten Legitimationsniveaus bei der Ausübung von staatlichen Herrschaftsrechten, denn nicht die Rechtsform als solche legitimiert die Ausübung demokratischer Herrschaft, sondern allein deren Begründung durch legitim gesetztes Recht. Auch die mit der staatlichen Schulhoheit verbundenen Aufgaben der schulischen Leistungsverwaltung in Wahrnehmung des staatlichen Erziehungsauftrages gemäß Art. 7 Abs. 1 GG als notwendige Staatsaufgabe sind deshalb prinzipiell dem Geltungsanspruch des grundgesetzlichen Demokratieprinzips unterworfen.<sup>263</sup>

Im Hinblick auf die im Rahmen des Hamburger Stiftungsmodells vorgesehene Mitwirkung Privater an der staatlichen Schulverwaltung in einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung der mittelbaren Staatsverwaltung und der in Bremen im Rahmen einer Organisationsprivatisierung beabsichtigten Übertragung der vom Schulträger zu erfüllenden Aufgaben, dem sogenannten operativen Geschäft, auf eine ausschließlich vom Senat besetzte GmbH, stellt sich deshalb die Frage, ob die beiden Varianten für eine Reorganisation der beruflichen Schulen mit den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Anforderungen für die strikte Beachtung des Erfordernisses demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns mit Entscheidungscharakter im Einklang stehen. In gleicher Weise

---

<sup>261</sup> BVerfGE 83, 60; 71; 93, 37, 66; 107, 59, 87

<sup>262</sup> BVerfGE 107, 59, 87.

<sup>263</sup> Für *Denninger/Frankenberg*, Grundsätze zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, S. 17, ist das dagegen keineswegs klar.

betrifft dies die Problematik, inwieweit den einzelnen Schulen ein größeres Maß an Entscheidungsautonomie für bestimmte Aufgabenfelder eingeräumt werden kann.

Im Kern geht es mithin darum, ob die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien für die demokratische Verwaltungslegitimation eine bestimmte Organisationsstruktur der Schulverwaltung für die Ausübung der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG voraussetzen. Mit Blick auf die demokratierelevante Judikatur des Bundesverfassungsgerichts könnten sich wegen der Bindungswirkung seiner Entscheidungen hinsichtlich der sie tragenden Gründe (§ 31 BVerfGG) für den Schulgesetzgeber Grenzen für die Ausübung der ihm zustehenden Organisationshoheit ergeben, auch wenn ihm hierbei grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zugestanden wird.<sup>264</sup>

Das Bundesverfassungsgerichts geht in seiner Spruchpraxis bekanntlich davon aus, dass die maßgeblichen, weil tragenden Entscheidungsgründe seiner Judikate als richterrechtliche Konkretisierungen der geltenden Verfassungsordnung anzusehen sind. Das Gericht sieht seine Funktion „als maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung“.<sup>265</sup> Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang seine Rechtsauffassung, dass seine Entscheidungen gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung entfalten, und zwar „insofern die sich aus dem Tenor und den tragenden Gründen der Entscheidung ergebenden Grundsätze für die Auslegung der Verfassung ... in allen künftigen Fällen beachtet werden müssen.“<sup>266</sup> Dieser Ausweitung der Bindungswirkung auf die „tragenden Gründe“ durch eine extensive Auslegung des § 31 Abs. 1 BVerfGG wurde in der Literatur zu Recht widersprochen<sup>267</sup>, weil das höchste deutsche Gericht seine Rechtsprechungsfunktion dadurch in einer Weise überdehnt, dass es ohne Änderung des Verfassungstextes Verfassungsgesetzgebung betreiben kann.<sup>268</sup> Insofern ist bemerkenswert, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung zur

---

<sup>264</sup> BVerfGE 41, 29, 44, 47 f.; 52, 223, 242 f.; 108, 282, 302.

<sup>265</sup> BVerfGE 40, 88, 93.

<sup>266</sup> BVerfGE 19, 377, 392.

<sup>267</sup> Vgl. *Rinken-AK-GG*, Art. 94 Rz. 68 ff. m. w. Nachweisen aus der Literatur.

<sup>268</sup> *Vosskuhle* in: *M/K/S, GG*, Art. 94 Abs. 2, Rz. 32.

Bindungswirkung diese Lehre i. S. eines judicial self restraint nicht unwesentlich eingeschränkt hat.<sup>269</sup> Ungeachtet dieser Relativierung wird durch die einschlägige Judikatur dieses Verfassungsorgans<sup>270</sup> zur Bedeutung des Demokratieprinzips ein Maßstab vorgegeben, den die Legislative in ihrer Gesetzgebung in den Grundzügen zu beachten hat.

Für die hier in Rede stehenden Organisationsmodelle ist deshalb zu klären: Welche Möglichkeiten besitzt der Staat zur Ausgestaltung der Schulverwaltung nach Maßgabe des Art. 7 Abs. 1 GG unter Beachtung der vom Bundesverfassungsgericht für die Anwendung des Demokratieprinzips im Bereich staatlichen Handelns aufgestellten Grundsätze? Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob er die hierbei zu erfüllenden Aufgaben im Rahmen einer strikt hierarchisch aufgebauten, öffentlich-rechtlich verfassten Verwaltungsorganisation erfüllen muss bzw. ob insoweit auch eine Beteiligung Privater an den verwaltungstechnischen Entscheidungsprozessen zulässig ist. Zu diesem Zweck ist auf die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung, und zwar sowohl des Bundesverfassungsgerichts als auch der Landesverfassungsgerichte zur Relevanz des Demokratieprinzips für staatliches Handeln genauer einzugehen, um die verfassungsrechtliche Überprüfung der in Hamburg und Bremen entwickelten, in gewisser Weise konträren Organisationsmodelle vornehmen zu können.

#### **4.1. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Erfordernis demokratischer Legitimation staatlichen Handelns**

Die Frage der ausreichenden demokratischen Legitimation staatlichen Handelns hat in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und einiger Landesverfassungsgerichte aus unterschiedlichen Anlässen eine wichtige Rolle gespielt. Drei Judikate des Bundesverfassungsgerichts beziehen sich auf die Umsetzung des Demokratiegebots im Bereich der Staatsverwaltung und der kommunalen Selbstverwaltung<sup>271</sup>, während der sogenannte Wasserverbandsbeschluss v. 5. 12. 2002 sich aus Anlass zweier

---

<sup>269</sup> BVerfGE 77, 84, 103 f.; 96, 260, 263.

<sup>270</sup> Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet sich selbst als Verfassungsorgan, BVerfGE 7, 11, 14; 7, 377, 413; 65, 152, 154; vgl. auch § 1 Abs. 1 BVerfGG; *G. Sturm*, Art. 93 Rz. 6, in: Sachs, GG; kritisch *J. Ipsen*, Staatsrecht I, 15. Auflage 2003, S. 231 Rz. 832.

<sup>271</sup> BVerfGE 83, 37; 83, 60 – Ausländerwahlrecht; 93, 37 – sh-Mitbestimmung.

Vorlagebeschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts<sup>272</sup> mit der funktionalen Selbstverwaltung befasst.<sup>273</sup> Die Urteile der Landesverfassungsgerichte Bayerns<sup>274</sup>, Hessens<sup>275</sup> und Niedersachsens<sup>276</sup> betreffen die Zulässigkeit schulischer Selbstverwaltung im Lichte des Demokratieprinzips. Der Berliner Verfassungsgerichtshof hat in einer Entscheidung die demokratierechtlichen Voraussetzungen der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe geprüft<sup>277</sup>; die Entscheidung ist für die in Bremen vorgesehene Organisationsprivatisierung von Teilbereichen der Schulverwaltung von Bedeutung.

#### **4.1.1. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts**

Für das vom Bundesverfassungsgericht im Anschluss an *E. W.*

*Böckenförde*<sup>278</sup> entwickelte Demokratiemodell im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung sowie der kommunalen Selbstverwaltung kommt dem Beschluss v. 24. 5. 1995 zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein<sup>279</sup> im Hinblick auf die hier zu beurteilenden Rechtsfragen eine Schlüsselbedeutung zu. Die Entscheidung des 2. Senats grenzt die Möglichkeiten einer Mitbestimmung im öffentlichen Dienst im Hinblick auf das Erfordernis demokratischer Legitimation der Staatsgewalt bei der Ausübung der Personalgewalt des Dienstherrn ein. Als vorbereitende Entscheidungen sind die Urteile zum kommunalen Ausländerwahlrecht in Schleswig-Holstein<sup>280</sup> und zum Ausländerwahlrecht zu den kommunalen Bezirksversammlungen in Hamburg<sup>281</sup> anzusehen. Die Relevanz der in diesen Judikaten getroffenen Aussagen zum grundgesetzlichen Demokratieprinzip im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung werden im Wasserverbandsbeschluss, der sich mit der demokratischen Legitimation funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen befasst, nachdrücklich bestätigt.<sup>282</sup>

---

<sup>272</sup> BVerwG NVwZ 1999, 870; BVerwGE 106, 64, 73 ff.

<sup>273</sup> BVerfGE 107, 59.

<sup>274</sup> BayVerfGH DVBl. 1995, 419.

<sup>275</sup> HessStGH Hess. StAnz. 1995, 3391.

<sup>276</sup> NdsStGH NVwZ 1997, 267.

<sup>277</sup> NVwZ 2000, 794.

<sup>278</sup> *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HdBStR I, § 22 Rz. 14.

<sup>279</sup> BVerfGE 93, 37, 66 ff.

<sup>280</sup> BVerfGE 83, 37.

<sup>281</sup> BVerfGE 83, 60.

<sup>282</sup> BVerfGE 107, 59, 87 f.

**a) Die auf die unmittelbare Staatsverwaltung bezogenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts**

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Organisation der Staatsverwaltung ist für das Bundesverfassungsgericht Art. 20 Abs. 2 GG. Dessen Aussage, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, gilt gemäß Art. 28 Abs. 1 GG auch für die Gebietskörperschaften der Länder, Kreise und Gemeinden. Der Grundsatz demokratischer Legitimation fußt auf der Annahme, dass der Volkssouverän keinen Nebensouverän duldet<sup>283</sup> und es im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung grundsätzlich keine „fachlichen Teilverölker“ (Herzog)<sup>284</sup> geben kann. Der 2. Senat hat dies im Wasserverbandsbeschluss mit der Feststellung ausdrücklich bekräftigt<sup>285</sup>, dass es für die Ausübung der Staatsgewalt „einer Legitimation bedarf, die sich auf die Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk zurückführen lässt.“<sup>286</sup> Volk im Sinne dieser Verfassungsnormen und damit Legitimationssubjekt ist das jeweilige Bundes- oder Landesstaatsvolk.<sup>287</sup> Dies hat zur Voraussetzung, dass *im Bereich der Verwaltung durch die Volkswahl des Parlaments, den Erlass von Gesetzen, die Bestellung von Amtsträgern (organisatorisch-personelle Legitimation) eine lückenlose Legitimationskette hergestellt wird, die in der Form demokratischer Verantwortlichkeit an das Volk durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der ihrerseits parlamentsverantwortlichen Regierung, die sich der Kontrolle des Volks im nächsten Wahlakt stellen muss (sachlich-inhaltliche Legitimation), rückgebunden ist.*<sup>288</sup>

Das daraus resultierende *Zusammenspiel von Kontrolle und Verantwortung* verlangt im Sinne dieser *Legitimationskettentheorie im einzelnen folgende organisationsrechtliche Vorgaben für die unmittelbare Staatsverwaltung:*

1. Das Volk übt „die Staatsgewalt, deren Träger es ist, außer durch Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung aus ... Das setzt voraus, dass

---

<sup>283</sup> *Isensee*, Der öffentliche Dienst, HdbVerfR, § 32 Rz. 24.

<sup>284</sup> *R. Herzog*, Art. 20 II, Rz. 56, in: MDH, GG.

<sup>285</sup> BVerfGE 107, 59, 87.

<sup>286</sup> Insoweit unter Verweis auf BVerfGE 38, 258, 271; 47, 253, 272; 77, 1, 40; 83, 60, 71; 93, 37, 66.

<sup>287</sup> Unter Bezugnahme auf BVerfGE 83, 60, 74.

<sup>288</sup> *Geis*, FS Vogel, 1998, S. 40.

*das Volk einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe* hat. Deren Akte müssen sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden. Dieser Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft<sup>289</sup> erfordert die Bildung von Legitimationsketten, wie sie im Rahmen einer prinzipiell weisungsgebundenen, hierarchisch strukturierten Staatsverwaltung sichergestellt wird.

2. Als *Ausübung von Staatsgewalt*, die demokratischer Legitimation bedarf, gilt „*alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter*“, wobei es nicht darauf ankommt, „ob es unmittelbar nach außen wirkt oder nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schafft.“<sup>290</sup> *Es gilt auch „für die Wahrnehmung von Mitentscheidungsbefugnissen einschließlich der Ausübung von Vorschlagsrechten.“*<sup>291</sup>

3. Dafür ist „ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation“ erforderlich.<sup>292</sup> Für das notwendige Legitimationsniveau<sup>293</sup> wird auf die unterschiedlichen Komponenten der „*institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation*“ abgestellt, die „nicht je für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken Bedeutung“ erhalten. Entscheidend soll „nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität (sein). Dieses kann bei den verschiedenen Formen staatlichen Handelns im allgemeinen und der vollziehenden Gewalt im besonderen unterschiedlich ausgestaltet sein.“<sup>294</sup>

4. Während der Aspekt der *institutionellen Legitimation* nicht näher erläutert wird, heißt es zum Erfordernis der ausreichenden *sachlich-inhaltlichen Legitimation*, dass die durch die Art und Weise ihrer Bestellung *personell legitimierten* „Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung – ohne Bindung an die Willensentschließung einer außerhalb

---

<sup>289</sup> BVerfGE 93, 37, 66, Hervorhebung D. St.

<sup>290</sup> BVerfGE 93, 37, 68.

<sup>291</sup> BVerfGE 83, 60, 73; bestätigt in E 107, 59, 87.

<sup>292</sup> BVerfGE 93, 67.

<sup>293</sup> BVerfGE 83, 60, 72.

<sup>294</sup> BVerfGE 93, 37, 67.

parlamentarischer Verantwortung stehenden Stelle – die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament übernehmen<sup>295</sup> müssen.

5. Im Mittelpunkt der vom Bundesverfassungsgericht entfalteten Theorie für eine demokratieadäquate Verwaltungssteuerung im Rahmen einer „ununterbrochenen Legitimationskette“ steht mithin die *ununterbrochene personenbezogene Legitimation* der für „alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“ verantwortlichen Amtswalter.<sup>296</sup> Dies erfordert im Sinne einer dadurch abgesteckten „Verantwortungsgrenze“, dass sich die „Bestellung der Amtsträger – personelle Legitimation vermittelnd – auf das Staatsvolk zurückführen lässt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt, d.h. die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.<sup>297</sup> Kurzum: für die Ausübung von Staatsgewalt muss die „Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert“<sup>298</sup> sein. Das Primat der personellen Legitimation ist in dieser demokratischen Rechtsfertigungslehre letztlich dem Gebot einer der parlamentarischen Kontrolle unterliegenden, weisungsabhängigen Aufgabenerledigung jedes Amtswalters geschuldet<sup>299</sup>; es setzt ein hierarchisch Verwaltungsorganisation voraus. Dies erhellt nicht zuletzt der hohe Anspruch, den der 2. Senat mit dem Erfordernis der personellen Legitimation als Element der ununterbrochenen Legitimationskette verbindet: *„Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtsträger dann, wenn er verfassungsgemäß sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament erhalten hat, dass durch einen seinerseits personell legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträger oder mit dessen Zustimmung bestellt worden ist (ununterbrochene Legitimationskette).“*<sup>300</sup>

---

<sup>295</sup> BVerfGE 93, 37, 67.

<sup>296</sup> BVerfGE 93, 37, 68.

<sup>297</sup> BVerfGE 107, 59, 87 f., unter Bezug auf E 93, 37, 67 f.

<sup>298</sup> BVerfGE 93, 37, 70.

<sup>299</sup> T. Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, in: Kritische Justiz, Hrsg., Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 32 ff., 49.

<sup>300</sup> BVerfGE 93, 37, 67 f., im Anschluss an BVerfGE 83, 60, 73, Hervorhebung D. St.



6. Für das Bundesverfassungsgericht folgt daraus: „Sieht das Gesetz ein *Gremium als Kurationsorgan für die definitive Bestellung eines Amtsträgers* vor, das nur teilweise aus personell legitimierten Amtsträgern zusammengesetzt ist, so erhält der zu Bestellende volle demokratische Legitimation für sein Amt nur dadurch, dass die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit uneingeschränkt demokratisch legitimer Mitglieder des Kurationsorgans ergibt. Die Vermittlung demokratischer Legitimation setzt weiter voraus, dass die personell demokratisch legitimierten Mitglieder eines solchen Kurationsorgans ihrerseits auch parlamentarisch verantwortlich handeln.“<sup>301</sup>

7. Mit Blick auf die Hamburger Stiftungskonstruktion ist die Klarstellung im Hamburg-Beschluss<sup>302</sup> bemerkenswert, dass als *Ausübung von Staatsgewalt auch diejenige Wahrnehmung von Entscheidungsbefugnissen der erforderlichen demokratischen Legitimation* im vorgenannten Sinne bedarf, die „*mit den Zuständigkeiten eines anderen Organs verschränkt ist*. Entscheidungsbefugnisse können im Bereich der Verwaltung auch einem unbegrenzt weisungsabhängigen Amtsträger oder Organ zukommen. .... die Zuständigkeiten der weisungsunterworfenen Organe verlieren dadurch ihren Charakter als Entscheidungskompetenzen nicht.“ Dies gilt „*ebenso beim Bestehen von Selbsteintrittsrechten, Letztentscheidungs- oder Abänderungsrechten eines übergeordneten aufsichtsführenden Organs in Konfliktfällen*“. „*Solange und soweit derartige Ingerenzrechte nicht ausgeübt werden, kommt die Entscheidungsgewalt des weisungsunterworfenen Amtsträgers zur Geltung; er übt insoweit, auch wenn er eine ihm bekannte allgemeine Haltung der Aufsichtsbehörde bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt, selbst staatliche Herrschaft aus*.“

Deshalb hält das Bundesverfassungsgericht „*das Aufhebungs- und Letztentscheidungsrecht der obersten Dienststelle ... bei Entscheidungen in Angelegenheiten, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, nicht geeignet, den Mangel an demokratischer Legitimation auszugleichen, der ihnen anhaftet*. Hier verfehlt eine auf ein bloßes

---

<sup>301</sup> BVerfGE 93, 37, 67 f., Hervorhebung D. St.

<sup>302</sup> BVerfGE 83, 60, 73, auch die folgenden Zitate, Hervorhebung D. St..

*Evokationsrecht zurückgenommene Entscheidungsbefugnis des demokratisch legitimierten und parlamentarisch verantwortlichen Amtsträgers schon im Ansatz die Anforderungen des demokratischen Prinzips, weil solche Entscheidungen einer Mediatisierung durch eine nicht voll demokratisch legitimierte Stelle unzulänglich sind. In diesen Fällen kann die Entscheidung der nachgeordneten Behörde nur den Charakter einer Empfehlung an die zuständige Dienstbehörde haben.*<sup>303</sup>

8. Das Bundesverfassungsgericht geht, wie bereits erwähnt, davon aus, dass im Hinblick auf die verschiedenen Erscheinungsformen der Staatsgewalt das erforderliche Legitimationsniveau unterschiedlich ausgestaltet sein kann.<sup>304</sup> Unterschieden werden im schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsbeschluss drei Typen behördlichen Aufgabenvollzugs, für die es unter starker Betonung der personellen Legitimationskomponente eine „Dreistufenlehre“ bereitstellt.<sup>305</sup> Je nach der Bedeutung für die Aufgabenerfüllung des Staates sind nach einer Je-desto-Formel<sup>306</sup> Abstufungen bei den Legitimationsanforderungen der Personalvertretung vorzunehmen. Der Kerngedanke dabei ist: *„Der Amtsauftrag selbst muss stets in Verantwortung gegenüber Volk und Parlament wahrgenommen werden, weil die Ausübung staatlicher Herrschaft gegenüber dem Bürger – unbeschadet möglicher Einschränkungen bei Aufgaben von besonders geringem Entscheidungsgehalt – stets den demokratisch legitimierten Amtsträgern vorbehalten ist.“*<sup>307</sup> Darauf fußend ist das Erfordernis der Entscheidungsherrschaft personell demokratisch legitimer Amtsträger im Bereich der Staatsaufgaben im engeren Sinn von der Bedeutung der jeweils zu erledigenden Amtsaufgabe für die Erfüllung des Amtsauftrages, also von der Aufgabenqualität bzw. der Intensität ihres Bezugs zum Amtsauftrag abhängig.

---

<sup>303</sup> BVerfGE 93, 37, 78 f., Hervorhebung D. St.

<sup>304</sup> BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 67.

<sup>305</sup> Näher dazu D. Sterzel, Die Einheit von Grundrechtsidee und Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: Kritische Justiz, Hrsg., Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 156 ff. 161.

<sup>306</sup> Höfling, Die Bedingungen für eine Schule in erweiterter Verantwortung nach deutschem Verfassungsrecht, in: Avenarius/Baumert/Döbert/Füssel, Hrsg., Schule in erweiterter Verantwortung, S. 57.

<sup>307</sup> BVerfGE 93, 37, 70 ff., Hervorhebung D. St.

Für die organisatorische Ausgestaltung staatlicher Entscheidungsprozesse gilt im Hinblick auf die Beteiligung Privater an der Entscheidungsfindung im Lichte der hierbei zugrunde zu legenden *Dreistufentheorie* folgendes Grundmuster:

*1. Stufe:* Lediglich bei Aufgaben, die „typischer Weise nicht oder nur unerheblich die Wahrnehmung von Amtsaufgaben gegenüber dem Bürger berühren“<sup>308</sup> oder bei Aufgaben mit einem „besonders geringen Entscheidungsgehalt“ lässt sich rechtfertigen, dass einzelne Legitimationselemente, insbesondere aber das an sich erforderliche Element personeller Legitimation zurücktreten.<sup>309</sup> Dies gilt z. B., wenn „Kompetenzen gegenständlich im einzelnen und auch ihrem Umfang nach eng begrenzt sind und die zu treffenden Entscheidungen inhaltlich so weit vorstrukturiert sind, dass sie sich etwa auf die messbar richtige Plan- oder Gesetzesdurchführung beschränken“. Gänzlich ausscheiden aus dem Bereich des demokratisch zu legitimierenden Handelns sollen dagegen „bloß vorbereitende und rein konsultative Tätigkeiten..... Die Tätigkeit von Beiräten oder sonstigen Expertengremien, die mit beratenden Aufgaben befasst sind, ohne Mitbestimmungsbefugnisse zu haben, muss daher insoweit nicht auf das Volk zurückgeführt werden. ... Verdichtet sich indes die unverbindliche, bloß beratende Teilhabe an der Verwaltung zur Mitentscheidung, so wird staatliche Herrschaft ausgeübt, die stets demokratisch, d.h. vom Staatsvolk legitimiert sein muss.“<sup>310</sup>

*2. Stufe:* Bei Entscheidungen über Angelegenheiten, die zwar dem innerdienstlichen Bereich angehören, aber „typischer Weise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtsauftrages“ einer Behörde nicht unerheblich berühren, ist dagegen die verbindliche Letztentscheidung eines gegenüber Volk und Parlament verantwortlichen Amtswalters unverzichtbar.<sup>311</sup> Ergehen Verwaltungsentscheidungen unter Beteiligung der Betroffenen, muss die Mehrheit der Mitglieder des Entscheidungsorgans uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert sein und die Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen

---

<sup>308</sup> BVerfGE 93, 37, 71

<sup>309</sup> BVerfGE 83, 60, 74, auch die folgenden Zitate.

<sup>310</sup> BVerfGE 83, 60, 74, unter Bezugnahme auf *W. Schmitt-Glaeser*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL H. 31 (1973), S. 175 ff., 183 f.

<sup>311</sup> BVerfGE 93, 37, 71.

werden (*Prinzip der doppelten Mehrheit*). Die Möglichkeit eines verbindlichen Letztentscheidungsrecht muss einem demokratisch legitimierten, gegenüber Volk und Parlament verantwortlichen Amtsträger vorbehalten bleiben.<sup>312</sup>

3. Stufe: Bei allen Maßnahmen, insbesondere organisatorischen und personellen Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, muss die Dominanz der Amtsträger schon bei der Willensbildung und erst recht die Entscheidungsherrschaft bei der Entscheidungsfindung sichergestellt sein.<sup>313</sup>

Dem gemäß dürfen Maßnahmen, die den Kernbereich des Amtauftrages erfassen, nicht Stellen „zur Alleinentscheidung übertragen werden ..., die Parlament und Regierung nicht verantwortlich sind.“<sup>314</sup> M. a. Worten: In diesen Fällen muss die Entscheidungsherrschaft der Amtsträger gesichert sein; die Beschlüsse eines Gremiums oder einer Instanz, bei denen diese Entscheidungsherrschaft nicht gegeben ist, dürfen nur Empfehlungscharakter an die Aufsichtsbehörde haben.<sup>315</sup> Eine bloß fachaufsichtliche Kontrolle reicht hier nicht aus.

Aus dieser Abstufung wird deutlich, dass es dem Bundesverfassungsgericht bei den Staatsaufgaben im engeren Sinne generell darum geht, *in den für den Amtsauftrag gewichtigen Angelegenheiten* „die Entscheidungsherrschaft demokratisch legitimierter Entscheidungsträger zu wahren“<sup>316</sup>, weshalb sich die personell-demokratisch verantwortlichen Amtswalter bei der Entscheidung durchsetzen können müssen.

9. Schlussendlich ist in jedem Fall zu beachten, dass *Beteiligungsrechte von nicht personell demokratisch legitimierten und deshalb nicht verantwortlichen Personen* „mit dem Demokratieprinzip vereinbar (sind), solange sie nicht den Grundsatz berühren, dass alle der Staatsgewalt

---

<sup>312</sup> BVerfGE 93, 37, 72.

<sup>313</sup> BVerfGE 93, 37, 72 f. - Das Bundesverfassungsgericht weist in diesem Zusammenhang unter Verweis auf BVerfGE 9, 268, 287, ergänzend darauf hin, „dass entsprechend hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums über Personalangelegenheiten eines Beamten in der Regel allein die ihm vorgesetzten Dienstbehörden entscheiden, die in einem hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnis stehen.“

<sup>314</sup> BVerfGE 93, 37, 73.

<sup>315</sup> BVerfGE 93, 37, 73.

<sup>316</sup> G. Britz, Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, VerwArch 91 (2000), S. 418 ff., 432, unter Verweis auf E.-W. Böckenförde, in: HdBSTr I, § 22 Rz. 20.

*Unterworfenen den gleichen Einfluss auf die Ausübung von Staatsgewalt haben müssen und deshalb Bürgern, die von einer bestimmten Ausübung von Staatsgewalt individuell betroffen sind, keine besonderen Mitentscheidungsrechte eingeräumt werden dürfen.*<sup>317</sup>

### **b) Der Wasserverbandsbeschluss zur demokratischen Legitimation funktionaler Selbstverwaltung**

Im Wasserverbandsbeschluss hat sich das Bundesverfassungsgericht<sup>318</sup> mit den Anforderungen demokratischer Legitimation funktionaler Selbstverwaltung befasst. Es ist hierbei einer pluralistischen Sichtweise gefolgt und hat der vom Bundesverwaltungsgericht in seine Vorlagebeschlüssen<sup>319</sup> favorisierten parlamentszentrierten Sichtweise<sup>320</sup> eine Absage erteilt.<sup>321</sup> Auf der Grundlage einer ungewöhnlich ausführlichen Auseinandersetzung mit der umfangreichen Literatur<sup>322</sup> präzisiert der 2. Senat den Rahmen für die Anwendung des Demokratieprinzips des Grundgesetzes im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung und steckt die *Voraussetzungen für die möglichen Formen der Beteiligung Privater an der*

<sup>317</sup> BVerfGE 93, 69.

<sup>318</sup> BVerfGE 107, 59.

<sup>319</sup> NVwZ 1999, 870; BVerwGE 106, 64, 73 ff. Den Anlass bildeten anhängige Verwaltungsgerichtsverfahren über die Rechtmäßigkeit der Organisations- und Entscheidungsstrukturen zweier öffentlich-rechtlich organisierter nordrhein-westfälischer Wasserverbände (Emschergenossenschaft und Lippeverband).

<sup>320</sup> Für das Bundesverwaltungsgericht „... die Einrichtung von Selbstverwaltungskörperschaften, denen die Erledigung von derartigen Aufgaben des gemeinen Wohls übertragen wird, bedeutet – ungeachtet der Intensität und Wirksamkeit notwendiger Staatsaufsicht – nicht nur einen Rückzug des Staates aus der eigenen Verantwortung, sondern mit abnehmender Legitimation der Körperschaftsorgane auch eine Fremdbestimmung der Gemeinschaft in ihren ureigensten Angelegenheiten durch die Träger von Partikularinteressen und bewirkt damit letztlich einen ungleichen Einfluss der Staatsbürger auf die Ausübung von Staatsgewalt. Diese Bedenken lassen sich nicht damit überwinden, dass es auch für die Erfüllung solcher Aufgaben sinnvoll sein kann, wenn der Staat sich der dauernden Mitwirkung der von der Aufgabenerfüllung in besonderer Weise Betroffenen und deshalb an ihr besonders Interessierten versichert .... Eine solche Mitwirkung hätte indessen in einem Rahmen zu bleiben, der ein Mindestmaß an demokratischem Legitimationsniveau nicht unterschreitet. Sie darf nicht dazu führen, dass die Ausübung von Staatsgewalt letztlich nicht mehr parlamentarisch, sondern von Interessengruppen verantwortet wird.“, BVerwGE 106, 78, Hervorhebung D. St.

<sup>321</sup> A. Musil, Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, DÖV 2004, S. 116 ff., 116.

<sup>322</sup> BVerfGE 107, 89; A. v. Mutius, Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983, S. X – XIII, G. F. Schuppert, in: A. v. Mutius, Hrsg., Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983, S. 203 ff.; ders., Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, S. 5, 65 ff.; R. Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, S. IX; W. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. XVI – XXIX u. S. 12 f., 30 ff., 565; E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 5 ff., 363 ff.; Böckenförde, HdbStR I, § 22, Rz. 31 – 34; P. Tettinger/T. Mann und J. Salzwedel, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000; T. Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, in: Demokratie und Grundgesetz, S. 32 – 58.

*staatlichen Verwaltung*<sup>323</sup> in *funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen* genauer ab. Nach Maßgabe dieser Entscheidung sind bei der Schaffung und näheren Ausgestaltung von Organisationseinheiten der funktionalen Selbstverwaltung geringere Anforderungen an die

Legitimationskomponente der personell-demokratischen Legitimation zu stellen und insbesondere folgende Grundsätze zu beachten:

1. Das als Staatszielbestimmung und Verfassungsprinzip qualifizierte *entwicklungsoffene Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG* lässt außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der gemeindlichen Selbstverwaltung Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt zu, die vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichen.<sup>324</sup> Für *abgegrenzte Bereiche kann der Gesetzgeber für die Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung schaffen, die „besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ vorsehen*<sup>325</sup> und stärker auf die institutionellen und sachlich-inhaltlichen Legitimationskomponenten abstellen.<sup>326</sup> Mit Hilfe funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen lassen sich nicht nur verwaltungsexterner Sachverstand aktivieren<sup>327</sup>, sondern auch „die im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundsätze der Selbstverwaltung und der Autonomie angemessen zur Geltung“ bringen.<sup>328</sup>

2. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter kann den Organen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht aber nur gestattet werden, weil und soweit dass *Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrt, indem es maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln behält*. „Das erfordert, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell demokratisch legitimierter

---

<sup>323</sup> BVerfGE 107, 59, 89.

<sup>324</sup> BVerfGE 107, 59, 91.

<sup>325</sup> BVerfGE 107, 59, 91 f.

<sup>326</sup> Ebenso *Musil*, DÖV 2004, S. 118.

<sup>327</sup> BVerfGE 107, 59, 92, Hervorhebung D. St..

<sup>328</sup> BVerfGE 107, 59, 91.

Amtswalter unterliegt.<sup>329</sup> Dementsprechend muss durch detaillierte gesetzliche Regelungen eine umfassende staatliche Aufsicht, die neben der Rechtsaufsicht auch Ansätze der Fachaufsicht einschließt, sichergestellt werden.<sup>330</sup>

3. Bei der *Auswahl der zu beteiligten Interessenten* darf der Gesetzgeber „keine Ausgestaltung vorschreiben, die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre. Deshalb müssen die Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten auch ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen ausreichend berücksichtigt werden und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.“<sup>331</sup>

4. Dem *Gesetzgeber steht grundsätzlich ein Ermessen bei der Auswahl der auf Organisationseinheiten der Selbstverwaltung zu übertragenden Aufgaben* und auch *bezüglich der Regelung von deren Organisationsstrukturen und Entscheidungsprozessen* zu. Jedoch sind „von einer Übertragung ausgeschlossen ... *diejenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgabe im engeren Sinne wahrnehmen muss.*“ Darüber hinaus ergibt sich aber für das Bundesverfassungsgericht aus dem demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG nicht, welche Aufgaben dem Staat als im engeren Sinne staatliche Aufgaben vorbehalten sind.<sup>332</sup> Freilich weist es darauf hin, dass es sich „*überwiegend um überschaubare Aufgabenbereiche handeln (wird), bei denen die Erledigung durch Organisationseinheiten der Selbstverwaltung historisch überkommen ist und sich traditionell bewährt hat.*“<sup>333</sup>

5. Funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen können im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit auch *Entscheidungskompetenzen* eingeräumt werden, die *im begrenztem Umfang zu einem Handeln gegenüber Dritten, also Nichtmitgliedern berechtigen.*<sup>334</sup>

---

<sup>329</sup> BVerfGE 107, 59, 94, Hervorhebung D. St.

<sup>330</sup> BVerfGE 107, 59, 97.

<sup>331</sup> BVerfGE 107, 59, 93, Hervorhebung D. St., unter Verweis auf T. Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 251 f.

<sup>332</sup> BVerfGE 107, 59, 93, auch das Zitat zuvor, Hervorhebung D. St.

<sup>333</sup> BVerfGE 107, 59, 93; Hervorhebung D. St.

<sup>334</sup> BVerfGE 107, 59, 94.

#### 4.1.2. Die Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofes zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe

Die Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofes v. 21.10.1999<sup>335</sup>

betrifft die Frage, ob die gesetzlich vorgesehene Unterstellung der als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten Berliner Wasserbetriebe (BWB), die ihrerseits vom Land Berlin auf gesetzlicher Grundlage errichtet worden waren, unter die Leitung einer als juristische Person des privaten Rechts geführten Holding mit dem Demokratieprinzip vereinbar ist. Das Gericht sah darin eine zulässige Teilprivatisierung, bei der sichergestellt ist, dass die Entscheidung über die Erteilung von Weisungen an die Anstalt letztlich in der Hand des Gewährträgers, dem Land Berlin, verbleibt.<sup>336</sup> Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>337</sup> wird insbesondere für erforderlich gehalten, dass die *demokratisch legitimierten Vertreter des Gewährträgers die letztentscheidende Einflussmöglichkeit behalten*. Dabei wird davon ausgegangen, dass „die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ... selbst dann Ausübung staatlicher Gewalt (ist), wenn sie durch öffentlich-rechtlich organisierte selbständige Einrichtungen des Staates wahrgenommen wird.“ Da die Teilprivatisierung die Rechtsform der BWB nicht berührt, bleibt ihre Verwaltungstätigkeit als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung – unabhängig davon, ob sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgeübt wird, – dem Demokratieprinzip unterworfen. Dementsprechend muss die Ausübung staatlicher Herrschaft gegenüber den Bürgern, wenn es um die Erfüllung des Amtsauftrages geht, stets der Letztentscheidung der demokratisch legitimierten Amtsträger vorbehalten sein.<sup>338</sup> Der Verwaltungsträger der Anstalt könne im Rahmen der ihm zustehenden Organisationsgewalt – durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage – auch die Möglichkeit einer kapitalmäßigen Beteiligung von Privatpersonen eröffnen, solange „die Leitungsmacht und damit die Ausübung staatlicher Gewalt allein bei den geschäftsführenden Organen der Anstalt des öffentlichen Rechts“ verbleibt. Das Demokratieprinzip wird dadurch nicht

---

<sup>335</sup> NVwZ 2000, 794.

<sup>336</sup> NVwZ 2000, 794, LS 1.

<sup>337</sup> BVerfGE 93, 37.

<sup>338</sup> NVwZ 2000, 794 f., auch die folgenden Zitate, Hervorhebung D. St.



berührt. Voraussetzung sei in jedem Fall, dass die Anstalt des öffentlichen Rechts nicht daran gehindert wird, die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben *eigenverantwortlich* zu erfüllen.

#### **4.2. Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes sowie des Hessischen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes zu den Grenzen schulischer Selbstverwaltung**

In divergierenden Entscheidungen haben sich die Verfassungsgerichte Bayerns<sup>339</sup>, Hessens<sup>340</sup> und Niedersachsens<sup>341</sup> mit den Anforderungen demokratischer Legitimation im Hinblick auf die Möglichkeiten schulischer Selbstverwaltung befasst. Während der Bayerische Verfassungsgerichtshof hierfür sehr enge Grenzen setzt, gelangen der Hessische und der Niedersächsische Staatsgerichtshof zu einem deutlich differenzierteren Ergebnis hinsichtlich der Voraussetzungen größerer schulischer Autonomie. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit der Frage einer Kollision von schulischer Selbstverwaltung und staatlicher Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG bislang noch nicht befasst; die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs wurde als nicht ausreichend substantiiert zurückgewiesen.<sup>342</sup>

##### **4.2.1. Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zur Unzulässigkeit der Einrichtung von Schulforen**

In der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs v. 17. 11. 1994<sup>343</sup> ging es um ein Volksbegehren, das u. a. auf die Einführung schulischer Selbstverwaltung zielte. Ein Schulforum für jede Schule sollte insbesondere über wesentliche Fragen der Schulorganisation, über die Bildung eines pädagogischen Profils und über Abweichungen von einzelnen Bestimmungen der geltenden Stundentafel entscheiden. Dieses mit Zweidrittelmehrheit entscheidende Selbstverwaltungsorgan sollte sich paritätisch aus Lehrern einerseits und Eltern und Schülern andererseits zusammensetzen (an Grundschulen nur aus Lehrern und Eltern).

---

<sup>339</sup> BayVerfGH DVBl. 1995, 419.

<sup>340</sup> HessStGH Hess. StAnz. 1995, 3391.

<sup>341</sup> NdsStGH NVwZ 1997, 267.

<sup>342</sup> BVerfG –Kammerbeschluss v. 23. 7. 1998 – 1 BvR 2470/94 – = <http://www.bverfg.de>.

<sup>343</sup> DVBl. 1995, 419.

Das Gericht sah in der Gesetzesinitiative einen Verstoß gegen *Art. 7 Abs. 1 GG*, das *Demokratie-* und *Rechtsstaatsgebot* und den *Gleichheitssatz*. Ausgehend vom Wechselbezug dieser Strukturelemente hielt es die durch den Primat der staatlichen Schulaufsicht abgesteckten Grenzen schulischer Selbstverwaltung verletzt, da „wesentliche Entscheidungen im Schulwesen“ nicht von Selbstverwaltungsgremien getroffen werden dürften.<sup>344</sup> Wenn der Gesetzgeber auf Grund des Parlamentsvorbehalts schon der demokratisch legitimierten Schulverwaltung „wesentliche Entscheidungen nicht überlassen darf, so darf er diese Entscheidung noch weniger Selbstverwaltungsgremien einer Schule überlassen.“ *Der Staat sei nämlich verpflichtet, die ihm mit der Schulaufsicht eingeräumte Kompetenz auch selbst wahrzunehmen*<sup>345</sup> M. a. Worten: schulische Selbstverwaltung könne sich nicht über das Demokratiegebot hinwegsetzen, denn „die Selbstverwaltung der Schule darf nicht dazu führen, dass sich der Staat, der seine Verantwortung für das Schulwesen im Interesse der Gesamtheit der Bürger wahrzunehmen hat, in nicht mehr beeinflussbare Subsysteme auflöst und damit handlungsunfähig wird.“<sup>346</sup>

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof beanstandet zudem, dass nach der gesetzlichen Konstruktion die Entscheidungen des Schulforums bindend sein sollten, so dass Maßnahmen der Rechts- oder Fachaufsicht praktisch kaum noch getroffen werden könnten.<sup>347</sup> Es gehöre aber elementar zur Schulaufsicht des Staates, dass die für das Schulwesen „wesentlichen Entscheidungen vom Staat getroffen und verantwortet werden müssen“, d. h. auch „originär und unmittelbar gesteuert“ werden können.<sup>348</sup>

Schließlich sah das Gericht durch die den Schulforum eingeräumten Kompetenzen bezüglich des pädagogischen Profils der Schule und der Möglichkeit zur Abweichung von Stundentafeln die gleichheitsrechtlichen Anforderungen an ein Mindestmaß an gleicher Qualität des Unterrichts in Bayern nicht mehr gewährleistet.<sup>349</sup>

---

<sup>344</sup> DVBl. 1995, 419, 420, auch die folgenden Zitate.

<sup>345</sup> Insoweit unter Verweis auf *B. Pieroth*, DVBl. 1994, S. 949 ff., 951; ders., *Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen*, AöR Bd. 114 (1989), S. 422 ff., 436; *Avenarius*, RdJB 1994, S. 256 ff., 263.

<sup>346</sup> Unter Bezugnahme auf *Avenarius*, RdJB 1994, S. 256 ff., 263.

<sup>347</sup> DVBl. 1995, 419, 421.

<sup>348</sup> DVBl. 1995, 419, 422, Hervorhebung D. St.

<sup>349</sup> DVBl. 1995, 419, 420.

#### 4.2.2. Die Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofes zur Zulässigkeit der Übertragung schulischer Kompetenzen auf Schulkonferenzen

Der Hessische Staatsgerichtshof<sup>350</sup> sieht in der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf Schulkonferenzen, einem Organ der schulischen Selbstverwaltung, in dem Lehrer, Eltern und Schüler (Schulgemeinde) in gemeinsamer Beratung und Beschlussfassung zusammenwirken<sup>351</sup>, weder einen Verstoß gegen das *Elternrecht*, noch gegen den *Gesetzesvorbehalt* sowie gegen das *Demokratieprinzip*.<sup>352</sup>

Eine Verletzung des im Rechtsstaatsprinzip und dem Geltungsanspruch der Grundrechte begründeten Parlaments- bzw. Gesetzesvorbehalts wird verneint, da es sich bei den angegriffenen Regelungen um die *Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf die Schulkonferenz* handelt, „die sich einer generellen Regelung entziehen“.<sup>353</sup> Der Gesetzgeber brauchte deshalb diese Einzelentscheidungen nicht selbst zu treffen. Zudem handele es sich um Befugnisse zur Regelung von Einzelangelegenheiten (allerdings überwiegend mit längerfristiger Wirkung), die entweder ohne große Grundrechtsrelevanz oder inhaltlich ausreichend begrenzt oder festgelegt seien oder bezüglich derer das Gesetz hinreichende Vorgaben aufgestellt habe. Es ging um folgende Angelegenheiten:

- Unterrichtsverteilung auf sechs anstatt auf fünf Tage;
- die Möglichkeit der Abweichung von der Stundentafel zur Entwicklung eines schulspezifischen Profils unter Beachtung des vom Verordnungsgeber abgesteckten engen Rahmens, der seinerseits von der Kultusministerkonferenz vorgegeben wird;
- Unterrichtung in fächerübergreifenden Lernbereichen auf der Grundlage einer Konzeption der Fachkonferenz;
- Grundsätze für Umfang und Verteilung der Hausaufgaben und Klassenarbeiten, Einführung eines Fremdsprachenangebots in der Grundschule und Verzicht auf Ziffernnoten in der 3. Jahrgangsstufe zur Beurteilung des Arbeits- und Sozialverhaltens;
- Grundsätze über die Elternmitarbeit außerhalb des Pflichtunterrichts;

---

<sup>350</sup> Entscheidung v. v. 4. 10. 1995, Hess. StAnz. 1995, 3391.

<sup>351</sup> Hess StAnz. 1995, 3391, 3418. Die konkrete Zusammensetzung dieser Konferenzen, die in allen Schulgesetzen mit unterschiedlichen Bezeichnungen vorgesehen sind, weicht in den einzelnen Ländern von einander ab. Nordrhein-Westfalen und Hessen sehen eine Stimmenmehrheit der Lehrer vor, in Berlin, Bremen, Rheinland-Pfalz, Hamburg ist eine drittelparitätische Regelung (Lehrer, Eltern, Schüler) festgelegt. Die Kompetenzen dieses Organs der schulischen Selbstverwaltung sind unterschiedlich geregelt. In dem meisten Ländern hat die Schulkonferenz über formelle Beteiligungsrechte hinausgehend auch hechte Entscheidungsrechte; vgl. Geis, FS Vogel, S. 33 f.

<sup>352</sup> Hess. StAnz. 1995, 3391, 3417 f.

<sup>353</sup> Hess. StAnz. 1995, 3391, 3417 f., auch die folgenden Zitate.

- Verwendung zusätzlicher Mittel und Grundsätze zur Zusammenarbeit mit anderen Schulen und außerschulischen Institutionen u. ä.;
- Ermächtigung zur Einrichtung eines 10. Schuljahres an der Hauptschule, der der Schulträger und der Kultusminister zustimmen muss.

In den vorgesehenen Kompetenzübertragungen an die Schulkonferenz sieht der Hessische Staatsgerichtshof keinen Verstoß gegen das Demokratieprinzip, da dieses „Organ der schulischen Selbstverwaltung“ nicht als „ein aus der staatlichen Verwaltung ausgegliederter, dem Parlament nicht verantwortlicher, unabhängiger Ausschuss“ angesehen wird.<sup>354</sup> Vielmehr unterliegt die Schulkonferenz auf Grund ihrer organisationsrechtlichen Stellung „wie alle anderen Verwaltungsorgane der Schule der uneingeschränkten staatlichen Fachaufsicht“, die „die originären Handlungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde“ im Fall pflichtwidriger Untätigkeit der Schulleitung unberührt lässt.

#### **4.2.3. Die Entscheidung des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes zu den Möglichkeiten und Grenzen der Eltern- und Schülermitbestimmung in Schulkonferenzen**

In der Entscheidung des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes v. 8. 5. 1996<sup>355</sup> ging es u. a. um die verfassungsrechtliche Überprüfung der Stellung von Eltern und Schülern in Teilkonferenzen und Ausschüssen im Rahmen der Schulverfassung am Maßstab der *Funktionsfähigkeit der Schulaufsicht* und des *Demokratieprinzips*.<sup>356</sup> Hinsichtlich der Grundsatzfrage einer Beteiligung von Eltern und Schülern an der Schulverwaltung geht das Gericht davon aus, dass „eine innere Schulverfassung, die über Konferenzen und Ausschüsse eine Beteiligung von Eltern und Schülern an der Willenbildung der Schule ermöglicht, ... den Interessen und Belangen dieser Grundrechtsträger“ entgegenkommt, auch wenn eine solche Partizipation sich weder aus dem Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 GG noch aus dem Recht der Schüler auf Bildung (Art. 4 Abs. 1 ndsVerf.) ableiten lässt.<sup>357</sup> Für die Funktionsfähigkeit der staatlichen Schulaufsicht kommt es dabei nicht allein auf die den Lehrern übertragene Stellung als Sachwalter des Staates im Rahmen ihrer Lehrtätigkeit an, sondern vor allem auf die dem

---

<sup>354</sup> Hess. StAnz. 1995, 3391, 3418, auch das folgende Zitat.

<sup>355</sup> NVwZ 1997, 267.

<sup>356</sup> NVwZ 1997, 267, 269 ff.

<sup>357</sup> NVwZ 1997, 267, 270; Hervorhebung D. St.

Schulleiter eingeräumten Kompetenzen, und die Möglichkeiten der Schulaufsichtsbehörden (Schulaufsichtsämter, Bezirksregierung, Kultusministerium). Von daher werde durch die Gesamtkonzeption des Niedersächsischen Schulgesetzes grundsätzlich die Funktionsfähigkeit der staatlichen Schulaufsicht durch die stimmberechtigte Mitwirkung von Eltern und Schülern in Schulkonferenzen nicht infrage gestellt, selbst wenn die Lehrkräfte von vorneherein nicht die Mehrheit stellen oder eine Mehrheit der abstimmenden Lehrkräfte überstimmt wird. Abgesehen davon, dass die vorgesehenen Befugnisse im Zusammenhang mit Einzelmaßnahmen von minderer Bedeutung stehen, lasse sich durch die vorgesehenen aufsichtlichen Korrekturmöglichkeiten die staatliche Schulhoheit auch dann zur Geltung zu bringen, wenn Konferenz- und Ausschussbeschlüsse deren Kriterien nicht entsprechen. Die Teilkonferenzen und Ausschüsse seien nicht aus der staatlichen Verwaltung ausgegliedert, sondern unterliegen als Organe der Schule der Einspruchspflicht des Schulleiters und der Fachaufsicht, die beide in einer ununterbrochenen demokratischen Legitimationskette stehen.<sup>358</sup>

Die *Effektivität der staatlichen Schulaufsicht* werde insbesondere dadurch gewährleistet, dass es sich bei den *aufsichtlichen Instrumentarien nicht um bloße Evokationsrechte handelt*, sondern mit deren Hilfe auf den gesamten Tätigkeitsbereich der Gremien eingewirkt werden kann. Dies reicht nach Auffassung des Staatsgerichtshofs zur demokratischen Legitimation der Teilkonferenzen und Ausschüsse aus, da nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns entscheidend ist, sondern deren Effektivität. Diese Grundsätze lässt die Entscheidung freilich nicht für *Entscheidungen über Zeugnisse, Versetzungen, Abschlüsse und Übergänge* gelten.<sup>359</sup> In diesen Fällen sei ein Stimmrecht der Vertreter der Eltern und Schüler auszuschließen, da hierfür in besonderem Maße fachliche und pädagogische Kenntnisse und Erfahrungen erforderlich seien, über die nur die Lehrkräfte verfügen, zumal die Eltern und Schüler Betroffene seien. In Anbetracht der Vielzahl der Fälle werde die Funktionsfähigkeit der Schulaufsicht nur gewahrt, „wenn die Entscheidungen selbst durch die

---

<sup>358</sup> NVwZ 1997, 267, 271, Hervorhebung D. St.

<sup>359</sup> NVwZ 1997, 267, 270 f.

Lehrkräfte als Gewährsträger der staatlichen Schulhoheit getroffen werden.<sup>360</sup>

### 4.3. Fazit

- a) Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes erfordert, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 GG). Daraus leitet sich das Erfordernis eines bestimmten Legitimationsniveaus bei der Ausübung von Staatsgewalt ab. Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeitigt dies Folgen bei allem „amtlichen Handeln mit Entscheidungscharakter“ im Hinblick auf die notwendige Bildung von Legitimationsketten im Rahmen einer prinzipiell weisungsgebundenen, hierarchisch organisierten Staatsverwaltung. Für die Beurteilung ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, kommt es auf die unterschiedlichen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation an. Dies gilt gleichermaßen in Einrichtungen des öffentlichen Rechts wie in vom Staat getragenen privatrechtlichen Einrichtungen, die im Fall einer Organisationsprivatisierung gleichfalls der öffentlichen Verwaltung zugerechnet werden.
- b) Im Bereich derjenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinn wahrnehmen muss, wozu die Hoheitsverwaltung und damit auch die Schulverwaltung gehört, gilt das Primat der personell-demokratischen Legitimation „aller Entscheidungsbefugten“. Dies setzt ein Organisationsprogramm voraus, wie es in dem hierarchisch strukturierten, dem fachaufsichtlichen Weisungsrecht eines parlamentarisch verantwortlichen Ministers unterworfenen Behördensystem mit seinem dazugehörigen öffentlichen Dienst nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 4 GG institutionell gewährleistet ist. Diese Rückbindung der demokratischen Legitimation an das Volk über die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung und der damit verbundenen Verantwortlichkeit der Regierung vor dem Parlament, das seinerseits dem Volk in Wahlen rechenschaftspflichtig ist, entspricht zugleich dem Erfordernis der sachlich-inhaltlichen

---

<sup>360</sup> NVwZ 1997, 267, 271, Hervorhebung D. St.

Legitimation, so dass dieses Legitimationselement die zweite wichtige Legitimationskomponente für das Handeln des Staates im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung darstellt. Aus diesem Grund stellt das Demokratieprinzip eine Schranke für die Entstaatlichung bzw.

Teilprivatisierung der Schulverwaltung in den zum Kernbereich der staatlichen Schulaufsicht gehörenden Aufgabenfeldern dar.

Dagegen ist die Mitwirkung Privater an der Aufgabenerfüllung im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung grundsätzlich zulässig, wenn dabei i. S. der Dreistufentheorie der Bedeutung der jeweils zu erledigenden Amtsaufgabe Rechnung getragen wird.

c) Die demokratiethoretische Sonderstellung von funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen, für die als aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliederte Organisationseinheiten der mittelbaren Staatsverwaltung ein geringeres Legitimationsniveau verlangt wird, rechtfertigt sich aus deren Mittlerstellung zwischen Staat und Gesellschaft.

Träger derartiger Selbstverwaltungseinrichtungen sind autonome gesellschaftliche Gruppen, die ein funktions- und sachbezogenes gemeinsames Interesse an der gemeinschaftlichen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zusammenführt und deren Einrichtung und Tätigwerden der Gesetzgeber legitimiert. Für sie ist aus diesem Grund eine sachlich-inhaltliche Legitimation ausreichend.

d) Im Bereich der hoheitlichen Aufgabenerfüllung und damit auch im Bereich der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 87 Abs. 1 GG bietet dagegen die Dreistufentheorie einen verallgemeinerungsfähigen Maßstab, wie der Einfluss des Staates im Fall der Mitwirkung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen sicherzustellen ist bzw. welcher Grad von Selbstständigkeit den Verwaltungseinrichtungen des Staates zugestanden werden kann. Auch die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte Bayerns, Hessens und Niedersachsens lässt keinen Zweifel, dass eine Mitwirkung Privater, d. h. von Eltern- und Schülervertretern im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung im Rahmen der Schulverfassung grundsätzlich zulässig ist.

Das Erfordernis der Entscheidungsherrschaft personell demokratisch legitimerter Amtsträger im Bereich der obligatorischen Staatsaufgaben

(Staatsaufgaben im engeren Sinn) ist nach Maßgabe einer Je-desto-Formel von der Bedeutung der jeweils zu erledigenden Amtsaufgabe für die Erfüllung des Amtsauftrages, also von der Aufgabenqualität bzw. der Intensität ihres Bezugs zum Amtsauftrag abhängig. Hierbei gilt im Sinne der Theorie der abgestuften Legitimationsdichte<sup>361</sup> (Dreistufentheorie) folgendes Grundmuster:

1. Stufe: Lediglich bei Aufgaben, die nur unerheblich die Wahrnehmung von Amtsaufgaben berühren oder bei Aufgaben mit einem „besonders geringen Entscheidungsgehalt“ dürfen einzelne Legitimationselemente, insbesondere aber das an sich erforderliche Element personeller Legitimation, zurücktreten.

2. Stufe: Bei Entscheidungen, die „typischer Weise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtsauftrages“ einer Behörde nicht unerheblich berühren, ist dagegen die verbindliche Letztentscheidung eines gegenüber Volk und Parlament verantwortlichen Amtswalters unverzichtbar. Bei kollegialen Beschlussgremien muss die Mehrheit der Mitglieder uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert sein und die Entscheidung muss von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen werden (Prinzip der doppelten Mehrheit).

3. Stufe: Bei allen Maßnahmen, insbesondere organisatorischen und personellen Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, muss die Dominanz der Amtsträger schon bei der Willensbildung und erst recht die Entscheidungsherrschaft bei der Entscheidungsfindung sichergestellt sein.

e) Der staatliche Schulgesetzgeber kommt bei einer Reorganisation der Schulverwaltung, auf welcher Ebene auch immer, an dieser durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entscheidend mitgeprägten Verfassungsrechtslage nicht vorbei.

## **5. Ergebnis**

### **5.1. Schulaufsicht als obligatorische Staatsaufgabe**

Die mit der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG verbundenen staatlichen Aufgaben gehören zum Kernbereich der Staatstätigkeit. Es handelt sich

---

<sup>361</sup> Geis, FS Vogel, S. 46 ff.



dabei um eine Staatsaufgabe im engeren Sinne (obligatorische Staatsaufgaben), die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden wahrnehmen muss. Die sich daraus ergebenden Aufgabenverpflichtung, deren Erfüllung durch den Staat in Art. 7 Abs. 1 GG verbindlich vorgeschrieben ist, beinhaltet für den nach Maßgabe der föderalen Kompetenzordnung (Art. 30, 80 ff. GG) zuständigen Landesschulgesetzgeber, dass er die Aufgabenwahrnehmung im Bereich der öffentlichen Verwaltung halten muss. Des weiteren folgt daraus, dass ohne Verfassungsänderung die mit der Schulaufsicht verbundenen Verwaltungsaufgaben weder entstaatlicht bzw. privatisiert noch in ein System echter schulischer Autonomie oder Selbstverwaltung entlassen werden können.

### **5.2. Beachtung des Rechtsstaatsgebots im Schulverhältnis**

Der im Geltungsanspruch der Grundrechte und im Rechtsstaatsprinzip begründete Gesetzesvorbehalt gebietet, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Merkmale der Schulorganisation und auch des Schulverhältnisses in den für die Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) und die Schüler (Art. 2 Abs. 1 u. 12 Abs. 1 GG) grundrechtsrelevanten Bereichen selbst festlegt. Die nach Maßgabe der Wesentlichkeitstheorie notwendige gesetzliche Konkretisierung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages gemäß Art. 7 Abs. 1 GG gilt außer für Unterrichts- und Erziehungsfragen auch für den schulorganisatorischen Bereich und die Schulverfassung im Hinblick auf die Ausgestaltung der schulischen Selbstverwaltung. Einer gesetzlichen Regelung bedarf auch der Bereich der Finanz- und Personalautonomie der Schulen. Die Beachtung des Rechtsstaatsgebots im Schulbereich hat zur Folge, dass eine weitgehende Durchnormierung des Schulrechts erforderlich geworden ist.

### **5.3. Die Bedeutung des Funktionsvorbehalts gemäß Art. 33 Abs. 4 GG im Bereich der notwendigen Staatsaufgabe Schulaufsicht**

Der Funktionsvorbehalt hat mit seinem beamtenspezifischen Aufgabenvorbehalt für die im hoheitlichen Bereich zu erfüllenden staatlichen Aufgaben zugleich die Bedeutung einer den Staatsapparat prägenden Organisationsnorm. Wegen dieses organisationsrechtlichen Gehalts löst er bezogen auf die staatliche Schulhoheit (Art. 7 Abs. 1 GG)

einen verfassungsrechtlichen Dominoeffekt aus. Lehrer nehmen als Sachwalter des Staates bei ihrer Erziehungs- und Bildungsarbeit im Unterricht eine notwendige Staatsaufgabe wahr. Ihre Tätigkeit ist deshalb als hoheitliche Aufgabenerfüllung i. S. des Art. 33 Abs. 4 GG zu qualifizieren. Dies wirkt auf die Wahrnehmung der in Art. 7 Abs. 1 GG normierten Schulaufsicht dergestalt zurück, dass Lehrer nicht nur als Beamte in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zu berufen sind, sondern kraft ihrer beamtenrechtlichen Stellung auch in ein öffentlich-rechtlich organisiertes, demokratisch-rechtsstaatlich legitimiertes Verwaltungssystem integriert sein müssen. Dazu gehört, dass sie einem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu unterstellen sind, der seinerseits gegenüber dem Parlament rechenschaftspflichtig ist. Umgekehrt folgt daraus, dass der Beamte bezüglich der Wahrnehmung seines Amtsauftrages nur Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist. Nur diese Stellen sind befugt, ihm auf der Grundlage des bestehenden Sonderrechtsverhältnisses im Rahmen eines hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnisses, die eine Einheit bilden, dienstrechtliche Anordnungen (Weisungen) zur ordnungsgemäßen Erfüllung seines Amtsauftrages zu erteilen.

In Art. 33 Abs. 4 GG verschränkt sich somit das im öffentlich-rechtlichen Sonderstatus des Beamten begründete personalrechtliche Element mit seiner Bedeutung als Organisationsnorm. Die letztlich aus Art. 20, 28 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitete Staatsorientierung des Beamtenverhältnisses korreliert mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen für die demokratisch legitimierte Ausübung staatlicher Funktionen durch Beamte als Repräsentanten bzw. Organwalter des Staates. Die Sicherstellung demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns gemäß Art. 20 Abs. 2 GG erfordert einen bestimmten hierarchischen Verwaltungsaufbau des Staatsapparates.

Um die Funktionsfähigkeit der staatlichen Schulaufsicht als hoheitliche Aufgabenerfüllung gewährleisten zu können, dient der Funktionsvorbehalt von seiner Normlogik her dem Zweck, sowohl personell-demokratisch durch die Berufung von Lehrern in ein Beamtenverhältnis als auch institutionell-organisatorisch wie sachlich-inhaltlich durch die entsprechende Einbindung des Lehrpersonals in die Staatsverwaltung den gemäß Art. 20 Abs. 2 GG notwendigen Zurechnungszusammenhang

zwischen Volk und staatlicher Herrschaft bei der zum Kernbereich der Staatstätigkeit gehörenden Erfüllung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages gemäß Art. 7 Abs. 1 GG sicherzustellen.

#### **5.4. Demokratiegebot und Schulorganisation**

a) Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes erfordert, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 GG). Daraus leitet sich das Erfordernis eines bestimmten Legitimationsniveaus bei der Ausübung von Staatsgewalt ab. Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeitigt dies Folgen bei allem „amtlichen Handeln mit Entscheidungscharakter“ im Hinblick auf die notwendige Bildung von Legitimationsketten im Rahmen einer prinzipiell weisungsgebundenen, hierarchisch organisierten Staatsverwaltung. Für die Beurteilung, ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, kommt es auf die unterschiedlichen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation an. Dies gilt gleichermaßen in Einrichtungen des öffentlichen Rechts wie in vom Staat getragenen privatrechtlichen Einrichtungen, die im Fall einer Organisationsprivatisierung gleichfalls der öffentlichen Verwaltung zugerechnet werden.

b) Im Bereich derjenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinn wahrnehmen muss, wozu die Hoheitsverwaltung und damit auch die Schulverwaltung gehört, gilt das Primat der personell-demokratischen Legitimation „aller Entscheidungsbefugten“. Dies setzt ein Organisationsprogramm voraus, wie es in dem hierarchisch strukturierten, dem fachaufsichtlichen Weisungsrecht eines parlamentarisch verantwortlichen Ministers unterworfenen Behördensystem mit seinem dazugehörigen öffentlichen Dienst nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 4 GG institutionell gewährleistet ist. Diese Rückbindung der demokratischen Legitimation an das Volk über die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung und der damit verbundenen Verantwortlichkeit der Regierung vor dem Parlament, das seinerseits dem Volk in Wahlen rechenschaftspflichtig ist, entspricht zugleich dem Erfordernis der sachlich-inhaltlichen Legitimation, so dass dieses Legitimationselement die zweite wichtige

Legitimationskomponente für das Handeln des Staates im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung darstellt. Aus diesem Grund stellt das Demokratieprinzip eine Schranke für die Entstaatlichung bzw. Teilprivatisierung der Schulverwaltung in den zum Kernbereich der staatlichen Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG gehörenden Aufgabenfeldern dar. Dagegen ist die Mitwirkung Privater an der Aufgabenerfüllung im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung grundsätzlich zulässig, wenn dabei i. S. der Dreistufentheorie der Bedeutung der jeweils zu erledigenden Amtsaufgabe Rechnung getragen wird.

c) Die demokratiethoretische Sonderstellung von funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen, für die als aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliederte Organisationseinheiten der mittelbaren Staatsverwaltung ein geringeres Legitimationsniveau verlangt wird, rechtfertigt sich aus deren Mittlerstellung zwischen Staat und Gesellschaft. Träger derartiger Selbstverwaltungseinrichtungen sind autonome gesellschaftliche Gruppen, die ein funktions- und sachbezogenes gemeinsames Interesse an der gemeinschaftlichen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zusammenführt und deren Einrichtung und Tätigwerden der Gesetzgeber legitimiert. Für sie ist aus diesem Grund eine sachlich-inhaltliche Legitimation ausreichend.

d) Im Bereich der hoheitlichen Aufgabenerfüllung und damit für die Ausübung der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG bietet dagegen die Dreistufentheorie einen verallgemeinerungsfähigen Maßstab, wie der Einfluss des Staates im Fall der Mitwirkung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen sicherzustellen ist bzw. welcher Grad von Selbstständigkeit den Verwaltungseinrichtungen des Staates zugestanden werden kann. Auch die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte Bayerns, Hessens und Niedersachsens lässt keinen Zweifel, dass eine Mitwirkung Privater, d. h. von Eltern- und Schülervertretern im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung im Rahmen der Schulverfassung grundsätzlich zulässig ist.

Das Erfordernis der Entscheidungsherrschaft personell demokratisch legitimierter Amtsträger im Bereich der obligatorischen Staatsaufgaben (Staatsaufgaben im engeren Sinn) ist nach Maßgabe einer Je-desto-Formel

von der Bedeutung der jeweils zu erledigenden Amtsaufgabe für die Erfüllung des Amtsauftrages, also von der Aufgabenqualität bzw. der Intensität ihres Bezugs zum Amtsauftrag abhängig. Hierbei gilt im Sinne der Theorie der abgestuften Legitimationsdichte (Dreistufentheorie) folgendes Grundmuster:

1. Stufe: Lediglich bei Aufgaben, die nur unerheblich die Wahrnehmung von Amtsaufgaben berühren oder bei Aufgaben mit einem „besonders geringen Entscheidungsgehalt“ dürfen einzelne Legitimationselemente, insbesondere aber das an sich erforderliche Element personeller Legitimation, zurücktreten.

2. Stufe: Bei Entscheidungen, die „typischer Weise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtsauftrages“ einer Behörde nicht unerheblich berühren, ist dagegen die verbindliche Letztentscheidung eines gegenüber Volk und Parlament verantwortlichen Amtswalters unverzichtbar. Bei kollegialen Beschlussgremien muss die Mehrheit der Mitglieder uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert sein und die Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen werden (Prinzip der doppelten Mehrheit).

3. Stufe: Bei allen Maßnahmen, insbesondere organisatorischen und personellen Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, muss die Dominanz der Amtsträger schon bei der Willensbildung und erst recht die Entscheidungsherrschaft bei der Entscheidungsfindung sichergestellt sein.

e) Der staatliche Schulgesetzgeber kommt bei einer Reorganisation der Schulverwaltung, auf welcher Ebene auch immer, an dieser durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entscheidend mitgeprägten Verfassungsrechtslage nicht vorbei.

### **C. Schlussfolgerungen für die verfassungsrechtliche Bewertung der Reorganisation des beruflichen Schulwesens in Hamburg und Bremen**

Auf der Grundlage der bisher gewonnenen Untersuchungsergebnisse zur Organisation des öffentlichen Schulwesens, und damit auch der vom Staat getragenen beruflichen Schulen<sup>362</sup>, lassen sich nun die verfassungsrechtlichen Fragen klären, die sich aus Anlass der

---

<sup>362</sup> *Avenarius*, RdJB 2001, S. 473.

Reorganisation des beruflichen Schulwesens in Hamburg und Bremen stellen. Beide Modelle verfolgen unterschiedliche Zielsetzungen. In Hamburg geht es um die Einbeziehung Privater in die staatliche Schulorganisation, wobei den Wirtschaftsvertretern in den Leitungsgremien der Stiftung ein maßgeblicher, wenn nicht sogar bestimmender Einfluss auf schulwesentliche Angelegenheiten eingeräumt werden soll, so dass insoweit von einer Teilprivatisierung gesprochen werden kann. Dagegen sollen in Bremen im Rahmen einer Organisationsprivatisierung die für das Vorhalten von Schulen notwendigen Infrastrukturaufgaben, für die in den Flächenstaaten der (kommunale) Schulträger zuständig ist, auf eine Alleingesellschaft (gemeinnützige GmbH) übertragen werden, so dass das staatliche Alleinbestimmungsrecht nicht infrage gestellt wird.

### **I. Unvereinbarkeit des Hamburger Stiftungsmodells für das berufliche Schulwesen mit Art. 7 Abs. 1 GG und dem grundgesetzlichen Demokratiegebot**

Dem Hamburger Stiftungsmodell liegt die Annahme zugrunde, dass es sich hierbei um eine verfassungsrechtlich zulässige Variante funktionaler Selbstverwaltung handelt. Die Überführung der bisher als unselbständige Anstalten des öffentlichen Rechts organisierten, unter der unmittelbaren Aufsicht des Staates stehenden beruflichen Schulen in Hamburg in die öffentlich-rechtliche Trägerschaft einer Stiftung in Kooperation mit den berufsständischen Kammern<sup>363</sup> im Gesetzeswege soll offenkundig Zweifel ausräumen, dass im Rahmen der neuen Organisationsstruktur die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die im Hinblick auf die staatliche Schulaufsicht und das Demokratie- und Rechtsstaatsgebot sowie den Funktionsvorbehalt im öffentlichen Schulwesen zu beachten sind, nicht hinreichend beachtet werden. Der Referentenentwurf für das „Gesetz zur Errichtung der Stiftung Berufliche Schulen Hamburg“ stützt sich dabei, wie oben (A.II.3. u. 4.) dargelegt, auf das vom Senat der Hansestadt in Auftrag gegebene Gutachten von *H.-P. Schneider*<sup>364</sup>, das hierfür die passgenaue Vorlage geliefert hat. Der gesetzliche Regelungsvorschlag setzt die darin formulierten Voraussetzungen für die Kompetenzordnung der Stiftung im Verhältnis zum Senat mit Hilfe eines komplizierten Kontrollmanagements,

---

<sup>363</sup> *Breßler*, DÖV 2003, S. 617.

<sup>364</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen.

das die letztendliche staatliche Entscheidungsherrschaft sicherstellen soll, 1:1 um. Die Vorlage der Behörde für Bildung und Sport für die Kammern zum Referentenentwurf geht dementsprechend als selbstverständlich davon aus, dass die Einbeziehung Privater in schulrelevante Entscheidungsstrukturen und -vorgänge mit den sich aus Art. 7 Abs. 1 GG und dem Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 2 GG ergebenden Anforderungen an die notwendige Verantwortung des Staates für die berufliche Schulbildung vereinbar ist.<sup>365</sup> Hierbei spielt die Annahme des Gutachters eine entscheidende Rolle, dass Berufsschulen zwar Teil des Schulwesens gemäß Art. 7 Abs. 1 GG sind, aber doch eher am Rande der institutionellen Garantie stehen.<sup>366</sup> Jedenfalls sei die Schulaufsicht keineswegs in toto den obligatorischen Staatsaufgaben zuzuordnen<sup>367</sup>, zumal das Bundesverfassungsgericht sich bislang einer Nennung der obligatorischen Staatsaufgaben enthalten habe.<sup>368</sup>

Insofern kommt es für die verfassungsrechtliche Bewertung entscheidend darauf an, ob die von der Stiftung wahrzunehmenden Aufgaben dem Kernbereich der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zuzurechnen sind, sie also als Staatsaufgaben im engeren Sinne zu qualifizieren sind, oder ob es sich insoweit um außerhalb dieses Aufgabenfeldes liegende Angelegenheiten handelt, die grundsätzlich unter dem Aspekt der Grundrechtsverwirklichung der Träger der Selbstverwaltungseinrichtung<sup>369</sup> an Einheiten funktionaler Selbstverwaltung delegiert werden können. Handelt es sich aber um hoheitliche Kernaufgaben des Staates, muss bei den Entscheidungen der Stiftungsorgane die Entscheidungsherrschaft demokratisch legitimierter Amtsträger nach Maßgabe der Dreistufentheorie<sup>370</sup> gewährleistet sein. Ebenso ist zu prüfen, ob die Übertragung der Dienstherrenfähigkeit an eine Stiftung des öffentlichen Rechts, in der Wirtschaftsvertreter einen

---

<sup>365</sup> Vorlage der Behörde für Bildung und Sport für die Kammern, August 2003, S. 9.

<sup>366</sup> *Schneider*, , Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 22 unter Verweis auf *Bader*, Art. 7 Rz. 23, 47, in: MAK, GG.

<sup>367</sup> *Schneider*, , Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 40.

<sup>368</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 40.

<sup>369</sup> *Sterzel*, Die Einheit von Grundrechtsidee und Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: Kritische Justiz, Hrsg., Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 172.

<sup>370</sup> BVerfGE 93, 37, 70 ff., vgl. oben B. III. 5.1.

bestimmenden Einfluss ausüben können, mit dem sich aus dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG ergebenden staatsorganisationsrechtlichen Anforderungen zu vereinbaren ist.

### **1. Staatsorganisationsrechtliche Einordnung von Stiftungen des öffentlichen Rechts**

Im Sinne der Organisationstypologie des Verwaltungsrechts sind Stiftungen des öffentlichen Rechts Organisationen zur Verwaltung eines zweckgebunden gewidmeten Bestandes von Vermögenswerten (Kapital oder Sachgüter), weshalb als tragende Elemente einer Stiftung Stiftungszweck, Stiftungsvermögen und Stiftungsorganisation anzusehen sind.<sup>371</sup> Ihnen kann Rechtsfähigkeit verliehen werden, so dass sie Träger von Rechten und Pflichten sein und selbständig im Rechtsverkehr auftreten können. Errichtet durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes nehmen sie öffentliche Aufgaben wahr und können hoheitliche Befugnisse ausüben. Anders als Körperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere funktionale Selbstverwaltungseinrichtungen wie Universitäten, haben Stiftungen keine Mitglieder. So gesehen besteht organisationsrechtlich gesehen eine gewisse Affinität mit der anderen wichtigen Organisationsform mittelbarer Staatsverwaltung, der rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts. Auch für sie gilt im übrigen, dass der Einfluss des Trägers der Anstalt nur stark eingeschränkt geltend gemacht werden kann.<sup>372</sup>

Als Organisationsform der mittelbaren Staatsverwaltung sind Stiftungen des öffentlichen Rechts jedoch in das Verwaltungssystem des Staates eingebunden.<sup>373</sup> Allerdings bedeutet ihre Zuordnung zur mittelbaren Staatsverwaltung, dass der Staat nicht unmittelbar durch eigene Behörden tätig wird wie im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung, sondern die Erfüllung der infrage kommenden Verwaltungsaufgaben auf rechtlich selbständige Organisationen überträgt.<sup>374</sup> Da damit die typische Behördenhierarchie fehlt, besteht auch kein Weisungsrecht gegenüber der Stiftung als nachgeordneter Behörde und ebenfalls kann die Staatsaufsicht

---

<sup>371</sup> Kluth in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, § 89 I 2 Rz. 11; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rz. 55.

<sup>372</sup> Kluth, a. a. O., § 89 I 2 Rz. 15.

<sup>373</sup> Kluth, a. a. O., § 89 I 3 Rz. 19.

<sup>374</sup> Kluth, a. a. O., § 89 I 2 Rz. 14, auch das folgende Zitat.



gegenüber Stiftungen des öffentlichen Rechts bezüglich der Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben nur als Rechtsaufsicht wahrgenommen werden. Im Hinblick auf diesen organisationsrechtlichen Befund konstatiert *Kluth* zu Recht, dass „für alle im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung anzusiedelnden Institutionen daher ein Spannungsverhältnis zwischen eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung und durch Staatsaufsicht gewährleisteter Einbindung in das System der öffentlichen Verwaltung besteht.“ Nicht zuletzt aus diesem Grund erhalten für sie die Anforderungen der demokratischen Legitimation staatlichen Verwaltungshandelns ihre besondere Bedeutung. Denn auch die Wahl einer selbständigen Organisationsform des öffentlichen Rechts führt nicht zu einer Ausnahme der sich aus Art. 20 Abs. 2 GG ergebenden Anforderungen an staatliches Handeln mit Entscheidungsgehalt.<sup>375</sup>

## **2. Verletzung des Prinzips demokratischer Legitimation bei der Ausübung der staatlichen Schulgewalt im Rahmen der Stiftungsorganisation**

Die Anforderungen, die an die demokratische Legitimation bei der Mitwirkung Privater in öffentlich-rechtlichen Einrichtungen zu stellen sind, hängen entscheidend davon ab, ob es sich bei der Wahrnehmung der „Befugnis zu verbindlichen Handeln mit Entscheidungscharakter“<sup>376</sup> um die Erfüllung von Staatsaufgaben im engeren Sinne oder um die Aufgabenerledigung in Einrichtungen der funktionalen Selbstverwaltung handelt. Während es bei den für die Hoheitsverwaltung bedeutsamen Entscheidungen entscheidend darauf ankommt, dass die personell-demokratisch verantwortlich handelnden Akteure gegenüber den Privaten die Stimmenmehrheit besitzen<sup>377</sup>, gelten für letztere bereichsspezifisch deutlich geringere Legitimationsanforderungen. Im Hinblick auf die hier zu beachtende Differenz des erforderlichen Legitimationsniveaus ergibt sich also je nach dem verwaltungsorganisationsrechtlichen Standort der in Hamburg vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Stiftung Berufliche Schulen

---

<sup>375</sup> *A. Fiedler*, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, 2004, S. 106 f.

<sup>376</sup> BVerfGE 107, 59, 94.

<sup>377</sup> Vgl. oben B.III.4.1.1.; *Britz*, VerwArch 91, S. 432.

und der hierbei maßgeblichen Entscheidungsstrukturen eine unterschiedliche verfassungsrechtliche Bewertung

### **2.1. Erfordernis personell demokratischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung in Abgrenzung zum Prinzip autonomer Legitimation in Einrichtungen funktionaler Selbstverwaltung**

Hinsichtlich des Erfordernisses der demokratischen Legitimation gemäß Art. 20 Abs. 2 GG für *staatliches Handeln im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung* ist auf der Grundlage der unter B.III.4. vorgenommenen Untersuchung von folgendem auszugehen: Für die Beurteilung, ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die unterschiedenen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und personellen Legitimation nicht je für sich, sondern in ihrem Zusammenwirken Bedeutung. Auch wenn es dabei insgesamt gesehen nicht auf die Form der demokratischen Legitimation, sondern auf deren Effektivität ankommt, um ein bestimmtes Legitimationsniveau herzustellen<sup>378</sup>, lässt das Bundesverfassungsgericht keinen Zweifel, dass im Bereich derjenigen „*öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinn wahrnehmen muss*“<sup>379</sup>, prinzipiell das *Primat der personell-demokratischen Legitimation „aller Entscheidungsbefugten“* gilt.<sup>380</sup> Nach Maßgabe der Theorie der abgestuften Legitimationsdichte<sup>381</sup> (Dreistufentheorie) wird für das erforderliche Legitimationsniveau auf die Bedeutung der Aufgabenerledigung für den Amtsauftrag abgestellt. Als zweite wichtige Komponente tritt die *sachlich-inhaltliche Legitimation* hinzu. Im Wasserverbandsbeschluss wird dieser Aspekt der hier notwendigen Legitimationsanbindung nochmals ausdrücklich hervorgehoben.<sup>382</sup> Dementsprechend verlangt das Demokratieprinzip für die Ausübung von Staatsgewalt für die *dem Staat vorzubehaltenden staatlichen Aufgaben im engeren Sinn nicht nur, dass er sie „selbst durch seine eigenen Behörden*

<sup>378</sup> BVerfGE 93, 37, 67; 107, 59, 87.

<sup>379</sup> BVerfGE 107, 59, 93.

<sup>380</sup> BVerfGE 107, 59, 91.

<sup>381</sup> Geis, FS Vogel, S. 46 ff.

<sup>382</sup> BVerfGE 107, 59, 93, unter Bezugnahme auf E 38, 281, 291.

wahrnehmen muss<sup>383</sup>, sondern vor allem auch, dass *bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers sichergestellt ist.*<sup>384</sup>

Für die von den Organen und Amtswaltern Staatsgewalt geforderte *personelle Legitimation* genügt „in aller Regel ... ein *mittelbarer Legitimationszusammenhang*, der durch eine *ununterbrochene Legitimationskette* vom Volk über die von diesem gewählte Vertretung zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern hergestellt wird.“<sup>385</sup> Die Ausübung von Staatsgewalt gebietet zusätzlich *zweitens*, dass „das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende *sachlich-inhaltliche Legitimation* erfährt, d. h. die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.“<sup>386</sup>

Sowohl das personelle wie das sachlich-inhaltliche Legitimationselement setzen damit im Bereich der engeren Staatsaufgaben ein Organisationsprogramm voraus, wie es in dem hierarchisch strukturierten, dem fachaufsichtlichen Weisungsrecht eines parlamentarisch verantwortlichen Ministers unterworfenen Behördensystem mit seinem dazugehörigen öffentlichen Dienst institutionell gewährleistet ist. Für das vom Bundesverfassungsgericht aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes abgeleitete Legitimationsmodell ist insofern des weiteren von Bedeutung, dass *Subjekt der demokratischen Legitimation immer das gesamte Staatsvolk* ist. Deshalb lässt es das Grundgesetz nicht beliebig zu, „anstelle des Gesamtstaatsvolkes jeweils einer durch örtlichen Bezug gebildeten kleineren Gesamtheit von Staatsbürgern Legitimationskraft zuzuerkennen.“<sup>387</sup>

*Die geringeren Legitimationsanforderungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen der funktionalen Selbstverwaltung werden*

---

<sup>383</sup> Eine diesbezügliche Formulierung findet sich schon in BVerfGE 38, 281, 291.

<sup>384</sup> BVerfGE 93, 37, 70.

<sup>385</sup> BVerfGE 83, 37, 72 f., Hervorhebung D. St.; ebenso E 77, 1, 40; 93, 67 f.; 107, 87.

<sup>386</sup> BVerfGE 107, 59, 88; Bestätigung von E 93, 67 f.

<sup>387</sup> BVerfGE 83, 37, 60, LS 3; *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 213 ff.

damit begründet, dass das Demokratiegebot außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und gemeindlichen Selbstverwaltung offen sei, „für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt“.<sup>388</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht durch die funktionale Selbstverwaltung das Demokratieprinzip gestärkt. Sie wird als Ausprägung dieses Prinzips verstanden, weil die dadurch ermöglichte Beteiligung der Betroffenen am Verwaltungsverfahren der funktionalen Selbstverwaltungseinrichtung das übergeordnete Ziel der freien Selbstbestimmung aller ihrer Träger verwirklichen hilft.<sup>389</sup> In diesem Sinn dient die „grundrechtsgetragene Selbstverwaltung“<sup>390</sup> der Grundrechtseffektuiierung durch Organisation und Verfahren. Sie zielt mit den beiden für das *Rechtsinstitut Selbstverwaltung konstitutiven Elementen Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung*<sup>391</sup> *im autonomen Zuständigkeitsbereich eigener Angelegenheiten*<sup>392</sup> *auf die Stärkung und Erweiterung des Grundrechtsschutzes der Mitglieder der Selbstverwaltungskörperschaft*. Die Einbeziehung der von der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe Betroffenen in den Willensbildungs- und Entscheidungsprozess der Selbstverwaltungsorgane rechtfertigt es, von „materieller Verwaltungsausübung“<sup>393</sup> durch Betroffenenpartizipation<sup>394</sup> zu sprechen. Nur wenn also die Organe der Selbstverwaltungskörperschaft ohne Einreifen der staatlichen Aufsicht eigenverantwortlich über eigene Angelegenheiten entscheiden können, kann von Selbstverwaltung als „Betroffenenverwaltung“ im Rechtssinne gesprochen werden.<sup>395</sup>

Unter diesem Aspekt stellen die durch Gesetz legitimierten funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen einen eigenständigen Typus der Staats- und

---

<sup>388</sup> BVerfGE 107, 59, 91.

<sup>389</sup> BVerfGE 107, 59, 92, unter Bezugnahme auf E 44, 125, 142 sowie *Emde*, Die demokratische Legitimation funktionaler Selbstverwaltung, 1991, S. 356 f.

<sup>390</sup> *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 418.

<sup>391</sup> BVerfGE 6, 104, 118.

<sup>392</sup> *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 24.

<sup>393</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, Gedächtnisschrift W. Martens, S. 249 ff., 252.

<sup>394</sup> *R. Hendler*, Das Prinzip Selbstverwaltung, in: HdBStR IV, 1990, § 106 Rz. 16, 29;.

<sup>395</sup> *Schmidt-Aßmann*, a. a. O., S. 253.

Verwaltungsorganisation dar<sup>396</sup>, in dem der für die freiheitliche Demokratie wichtige Aspekt der Grundrechtseffektuation mit dem Grundsatz der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns grundgesetzadäquat zusammengeführt wird.<sup>397</sup> Aus diesen Gründen ist für funktionale Selbstverwaltungseinrichtungen, die sich aus den Betroffenen, typischer Weise aus den Mitgliedern, rekrutieren<sup>398</sup>, eine autonome, durch gesellschaftliche Gruppen oder Interessenten vermittelte, mithin *institutionell-funktionelle Legitimation* ausreichend.

Dass die Selbstverwaltungsträger funktions- und sachbezogen ein in der Regel grundrechtlich geschütztes gemeinsames Interesse an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verbindet, macht sie als Gemeinschaft Betroffener aber nicht zum Teilvolk im Sinne demokratischer Legitimation.<sup>399</sup> Da die von ihnen getragenen Einrichtungen auch nicht in die hierarchisch gesteuerte Ministerialverwaltung eingefügt sind, können sie auch keine staatlich abgeleitete demokratische Legitimation vermitteln.<sup>400</sup> Die Entscheidungsorgane der Selbstverwaltungskörperschaften (i. d. R. Körperschaften des öffentlichen Rechts) werden durch Gesetz ermächtigt, gegenüber ihren Mitgliedern rechtsverbindliche Entscheidungen zu treffen; das bedeutet – von Ausnahmefällen abgesehen – nicht gegenüber Dritten, also Nichtmitgliedern.<sup>401</sup> Ihr Kennzeichen ist ferner, dass es sich um eine Form nicht gebiets-, sondern aufgabenbezogener Verwaltung handelt, die grundsätzlich als von fachlichen Weisungen freie juristische Personen des öffentlichen Rechts auf gesetzlicher Grundlage gebildet werden.<sup>402</sup>

Weil in ihnen also funktionsbezogen Aufgaben durch Betroffene wahrgenommen werden, kann der Gesetzgeber für bestimmte abgegrenzte

---

<sup>396</sup> Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 24.

<sup>397</sup> Sterzel, Die Einheit von Grundrechtsidee und Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: Kritische Justiz, Hrsg., Demokratie und Grundgesetz, S. 169 f.

<sup>398</sup> Böckenförde, HdbStR I, § 22 Rz. 33; Emde, Die demokratische Legitimation funktionaler Selbstverwaltung, S. 6.

<sup>399</sup> Böckenförde, HdbStR I, § 22 Rz. 33, Fn. 51 unter Verweis auf Emde, Die demokratische Legitimation funktionaler Selbstverwaltung, S. 6.

<sup>400</sup> BVerfGE 107, 59, 89.

<sup>401</sup> BVerfGE 107, 59, 94; Britz, VerwArch 91, S. 431.

<sup>402</sup> Böckenförde, HdbStR I, § 22 Rz. 33, Fn. 51; Emde, Die demokratische Legitimation funktionaler Selbstverwaltung, S. 6.

Bereiche die Erledigung öffentlicher Aufgaben in Selbstverwaltungseinrichtungen ermöglichen, um „die eigenverantwortliche Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe mit privater Interessenwahrnehmung zu verbinden“.<sup>403</sup> Allein dieser sachliche Grund, dass funktionale Selbstverwaltungseinrichtungen außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung handeln, erklärt, dass sie im Hinblick auf die für sie bestimmenden institutionell-funktionellen Legitimationsfaktoren „vom Erfordernis lückenloser personell demokratischer Legitimation abweichen“ dürfen.<sup>404</sup>

Deshalb ist für die demokratierelevante Rückkoppelung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen von entscheidender Bedeutung, dass *die an der Selbstverwaltung beteiligten Bürger als Betroffene das Fehlen der an sich erforderlichen personellen Legitimation dadurch kompensieren*, dass sie als Mitglieder der Selbstverwaltungseinrichtung das *Handeln der Selbstverwaltungsorgane kontrollieren* und insoweit die fachaufsichtliche Kontrolle substituieren können.<sup>405</sup> Um die Einschränkungen bei der personellen Legitimation für den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung rechtfertigen zu können, muss dem Gedanken der autonomen Legitimation dadurch Rechnung getragen werden, dass „die Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten ... ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür treffen, dass *die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden*.“<sup>406</sup> In diesem Kontext erhält der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts sein besonderes Gewicht, *dass wegen des Defizits an demokratischer Legitimation, das auf Grund der lediglich vorhandenen sachlich-inhaltlichen Legitimation in Form von*

---

<sup>403</sup> BVerfGE 107, 59, 92.

<sup>404</sup> BVerfGE 107, 91.

<sup>405</sup> *Emde*, Die demokratische Legitimation funktionaler Selbstverwaltung, S. 421 ff.; *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 276 f.; *G. F. Schuppert*, Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation, *Der Staat* 32 (1993), S. 581 ff., 610 *Britz*, *VerwArch* 91, S. 431.

<sup>406</sup> BVerfGE 107, 59, 93 unter Verweis auf *Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, S. 251 f.

*Gesetzesbindung und staatlichen Aufsichtsrechten entsteht, funktionale Selbstverwaltung verfassungsrechtlich nur beschränkt zulässig ist.*<sup>407</sup>

Alles im allen machen die vom *Bundesverfassungsgericht* entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit funktionaler Selbstverwaltung *im Demokratiekonzept des Grundgesetzes deutlich, dass es staatliche Kernaufgaben gibt, die das Selbstverständnis des Verfassungsstaates betreffen und deshalb nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehen, sondern von den staatlichen Organen selbst erfüllt werden müssen.*<sup>408</sup>

Lediglich in den Bereichen, in denen der Grundrechtsbezug der öffentlichen Aufgaben die Einbeziehung gesellschaftlicher Akteure im Interesse der grundrechtsadäquaten Aufgabenerledigung nahe legt, bietet sich der Weg dezentraler Aufgabenerfüllung und Verantwortlichkeit mit Hilfe funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen an. Hier lässt sich die Absenkung der personellen Legitimationsanforderungen zugunsten institutionell-funktioneller Legitimationsfaktoren demokratietheoretisch im Sinne einer verfassungsstaatlichen Staatsaufgabenlehre im Hinblick auf die Wechselseitigkeit des Grundrechtsbezugs öffentlicher Aufgaben und des Staatsaufgabenbezugs der Grundrechte<sup>409</sup> rechtfertigen.

Bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch funktionale Selbstverwaltungseinrichtungen darf also nicht die *zweite Kernaussage* des Wasserverbandsbeschluss außer acht gelassen werden, dass dafür *nur solche Aufgaben in Betracht kommen, „die außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung“*<sup>410</sup> liegen. Mit der klaren Grenzziehung, dass von einer Übertragung diejenigen öffentlichen Aufgaben ausgeschlossen sind, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinne wahrnehmen muss<sup>411</sup>, trägt das Bundesverfassungsgericht offenkundig der Warnung des Bundesverwaltungsgerichts vor dem

---

<sup>407</sup> BVerfGE 107, 59, 89, unter Verweis auf *Böckenförde*, HdBStR I, § 22, Rz. 1 – 34.

<sup>408</sup> *K. Stern*, Staatsziele und Staatsaufgaben in verfassungsrechtlicher Sicht, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik*, Bitburger Gespräche, 1984, S. 5 ff., 21.

<sup>409</sup> Dazu *P. Häberle*, Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), S. 609 ff., 611.

<sup>410</sup> BVerfGE 107, 59, 91.

<sup>411</sup> BVerfGE 107, 59, 93 unter Verweis auf E 38 281, 299.

„Rückzug des Staates aus der eigenen Verantwortung“<sup>412</sup> Rechnung. Dieses Gericht hatte seine beiden Vorlagebeschlüsse<sup>413</sup> u. a. damit begründet, dass „mit abnehmender Legitimation der Körperschaftsorgane auch eine Fremdbestimmung der Gemeinschaft in ihren ureigensten Angelegenheiten durch die Träger von Partikularinteressen“<sup>414</sup> und damit letztlich ein demokratiewidriger ungleicher Einfluss der Staatsbürger auf die Ausübung von Staatsgewalt einhergehe. Mit der vom Bundesverfassungsgericht gezogenen Trennlinie der delegationstauglichen Materien funktionaler Selbstverwaltung soll ersichtlich die Gefahr einer Auflösung staatlichen Handelns „in nicht mehr beeinflussbare Subsysteme“<sup>415</sup> gebannt werden. Seine Absicht, einer Verringerung der hoheitlichen Ordnungskraft und -funktion im Bereich der genuin staatlichen Aufgaben durch die beliebige Ausweitung einer funktionspezifischer Relativierung des hierarchisch konzipierten Demokratiekonzepts<sup>416</sup> einen Riegel vorzuschieben, bringt das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich mit der folgenden apodiktischen Feststellung zum Ausdruck: „Für die unmittelbare Staatsverwaltung und die kommunale Selbstverwaltung gilt: Die verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern.“<sup>417</sup>

So richtig der Hinweis *Schneiders* ist, dass das Bundesverfassungsgericht im Wasserverbandsbeschluss einer Dogmatisierung der für den Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung entwickelten Legitimationskettentheorie für alle Bereiche des unter staatlicher Verantwortung stehenden „administrativen Gesamtapparates“<sup>418</sup> bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben entgetreten wollte, um „die Legitimationsordnung des Grundgesetzes“ im Sinne „eines pluralistischen Demokratieverständnisses

---

<sup>412</sup> BVerwGE 106, 64, 78.

<sup>413</sup> BVerwGE 106, 64, 73; NVwZ 1999, 870.

<sup>414</sup> BVerwGE 106, 64, 78.

<sup>415</sup> BayVerfGH DVBl. 1995, 419, 420.

<sup>416</sup> Für den Schulbereich fordern diese Absenkung nachdrücklich *W. Höfling*, Demokratiewidrige Schulautonomie, RdJB 1997, S. 361 ff., 366, und *Storck*, RdJB 2003, S. 508.

<sup>417</sup> BVerfGE 107, 59, 87; vgl. dazu oben B.III.4.1.1.

<sup>418</sup> *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 310.



für alternative Repräsentationsstrukturen<sup>419</sup> zu öffnen, so hat es andererseits eben doch bei der Erledigung bestimmter öffentlicher Aufgaben, die zum Aufgabenfeld der unmittelbaren Staatsverwaltung gehören, „einer *aufgabenspezifischen Rückkopplung des Verwaltungshandelns mit betroffenen gesellschaftlichen Interessen oder Trägern externen Sachverständes*“ klare Grenzen setzt. Zwar überlässt das Gericht es dem gesetzgeberischen Ermessen, nach Maßgabe des rechtsstaatlich-demokratisch begründeten Prinzips der funktionsgerecht ausgeübten Organisationsgewalt neue funktionale Selbstverwaltungskörperschaften *im Interesse der Grundrechtsverwirklichung von Betroffenen* zu kreieren und deren Strukturen und Entscheidungsprozesse zu regeln. Es macht aber zugleich unmissverständlich deutlich, dass für die Auswahl der dafür in Betracht kommenden Angelegenheiten die Staatsaufgaben im engeren Sinn nicht zur Verfügung stehen. Zudem muss es sich dabei „*überwiegend um überschaubare Aufgabenbereiche handeln, bei denen die Erledigung durch Organisationseinheiten der Selbstverwaltung historisch überkommen ist und sich traditionell bewährt hat.*“<sup>420</sup> Es liegt somit bei der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Grenzziehung auf der Hand, dass *für die im Bereich der Schulverwaltung nach Maßgabe des Art. 7 Abs. 1 GG zu erfüllenden Staatsaufgaben, bei denen es sich um historisch vermittelte notwendige Staatsaufgaben*<sup>421</sup> *im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung handelt und eben nicht um überkommene Selbstverwaltungsaufgaben, grundsätzlich die Schaffung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen gerade nicht zulässig ist.*

### **Fazit:**

Die Ausführungen zum *Geltungsanspruch der staatlichen Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG* und den damit verbundenen *Gestaltungspflichten* für die vom Staat in Vorsorge genommenen öffentlichen Schulen (vgl. oben B.II.1.) und zur *Anwendung des Funktionsvorbehalts gemäß Art. 33 Abs. 4 GG auf die Lehrtätigkeit der Lehrer* (B.II.4.) haben *hinreichend deutlich*

---

<sup>419</sup> *Schneider*, Gutachten, S. 37, auch das folgende Zitat.

<sup>420</sup> BVerfGE 107, 59, 93; Hervorhebung D. St.

<sup>421</sup> BVerfGE 75, 56 f.

gemacht, dass es sich bei den auf Grund und im Rahmen der staatlichen Schulhoheit zu erledigenden Verwaltungsaufgaben um notwendige Staatsaufgaben handelt. Das originäre Recht des Staates zur Gestaltung des öffentlichen Schulwesens, das „nicht nur die organisatorische Gliederung der Schule, sondern auch die inhaltliche Festlegung der Ausbildungsgänge und Unterrichtziele“ umfasst<sup>422</sup>, enthält einen Amtsauftrag, dessen Erfüllung nicht der gesellschaftlichen Selbstorganisation überlassen werden kann. Er muss vielmehr „stets in Verantwortung gegenüber Volk und Parlament wahrgenommen werden, weil die Ausübung staatlicher Herrschaft gegenüber dem Bürger – unbeschadet möglicher Einschränkungen bei Aufgaben von besonders geringem Entscheidungsgehalt – stets den demokratisch legitimierten Amtsträgern vorbehalten ist.“<sup>423</sup> Erhellend ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverfassungsgericht sehr wohl vom „Schulwesen als staatliche Aufgabe“ mit umfassendem staatlichen Aufsichtsrecht gesprochen hat.<sup>424</sup> Deshalb ist davon auszugehen, dass die in Art. 7 Abs. 1 GG verankerte Verfassungsaufgabe staatliche Schulaufsicht mit den darin eingeschlossenen Befugnissen zur Verwirklichung des staatlichen Erziehungsauftrages zu den „im engeren Sinne staatlichen Aufgaben“ gehört, für die praktisch uneingeschränkt der Primat der personell-demokratischen Legitimation gilt. Schon aus diesem Grund scheidet für die schulspezifischen Verwaltungsaufgaben, die auf den staatlichen Erziehungsauftrag ausgerichtet sind, soweit sie die Wahrnehmung der damit verbundenen Amtsaufgaben nicht unerheblich berühren<sup>425</sup> und die Funktionsfähigkeit bzw. Effektivität der staatlichen Schulaufsicht<sup>426</sup> betreffen, die Möglichkeit der Schaffung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen, in welcher Rechtsform und mit welchen Entscheidungsstrukturen auch immer, aus. Dementsprechend bleibt verfassungssystematisch kein Raum, Teilbereiche der staatlichen Schulverwaltung, die der Erfüllung der staatlichen

---

<sup>422</sup> BVerfGE 34, 165, 182; 47, 46, 71 f.; 59, 360, 377, st. Rspr.; Hemmrich, Art. 7 Rz. 8, in: v. Münch/Kunig, GG, h. M.

<sup>423</sup> BVerfGE 93, 37, 70, Hervorhebung D. St.; Bestätigung von E 83, 60, 73 f.

<sup>424</sup> BVerfGE 75, 40, 56 f.

<sup>425</sup> Zu diesem Kriterium BVerfGE 93, 37, 71.

<sup>426</sup> Vgl. NdsStGH NVwZ 1997, 267, 271.

*Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG dienen, auf der konzeptionellen Grundlage funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen zu organisieren.*

## **2.2. Unzulässigkeit der entsprechenden Anwendung der Grundsätze funktionaler Selbstverwaltung auf die im Bereich des beruflichen Schulwesens zu erfüllenden Aufgaben der staatlichen Schulaufsicht**

Die von der Verfassung errichtete Sperre für die Übertragung von Aufgabenfeldern aus dem Kernbereich der Staatlichkeit in Formen gesellschaftlicher Selbstorganisation mit Hilfe funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen versucht *Schneider* mit Hilfe der Stiftungskonstruktion zu überspringen. Ausgehend von der für sein Gutachten zentralen These, dass die Schulaufsicht für berufliche Schulen eine Sonderstellung einnimmt, jedenfalls nicht im vollen Umfang als obligatorische Staatsaufgabe definiert werden kann<sup>427</sup>, hält er mit Hilfe dieser neben der Anstalt des öffentlichen Rechts wichtigsten Organisationsform mittelbarer Staatsverwaltung, eine entsprechende Anwendung der Grundsätze funktionaler Selbstverwaltung für möglich. Wenn er davon ausgeht, dass sich auf diese Weise verfassungskonform schulspezifische Partizipationsformen für eine funktional adäquate Aufgabenerfüllung der mit der Schulaufsicht verbundenen Verwaltungsangelegenheiten im Bereich des beruflichen Schulwesens entwickeln lassen, berührt dies eine grundsätzliche staatsorganisationsrechtliche Problematik, die im Hinblick auf die Ausgestaltung der schulischen Selbstverwaltung und die Möglichkeiten zur Gewährung schulischer Autonomie schon seit längerem kontroverse Diskussionen ausgelöst.<sup>428</sup> Durch die in Hamburg anvisierte Stiftungslösung erfährt die damit verbundene Frage, ob und unter welchen organisationsrechtlichen Voraussetzungen die Beteiligung Privater zum Schutz von deren Interessen wegen der mit der Ausübung der staatlichen Schulhoheit verbundenen Rückwirkungen auf eigene grundrechtserhebliche Rechtspositionen möglich ist, eine völlig neue Qualität. Im Kern geht es also darum, ob die vom Gutachter der Hansestadt Hamburg für möglich

---

<sup>427</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 40.

<sup>428</sup> *Höfling*, Die Bedingungen für eine Schule in erweiterter Verantwortung nach deutschem Verfassungsrecht, in: Avenarius/Baumert/Döbert/Füssel, Hrsg., Schule in erweiterter Verantwortung, S. 51 ff.; *ders.*, RdJB, 1997, S. 366, *Unruh*, RdJB 2003, S. 475 f.; kritisch dagegen *Geis*, FS Vogel, S. 42.

gehaltene analoge Anwendung der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung verfassungsrechtlich zulässig ist oder ob die Entscheidungsbeteiligung Privater nach den strengeren Legitimationskriterien für die unmittelbare Staatsverwaltung zu beurteilen ist, für die dann die Dreistufentheorie zugrunde zu legen ist.

Für *Schneider* hat das Bundesverfassungsgericht durch die Bejahung der funktionalen Selbstverwaltung im Wasserverbandsbeschluss<sup>429</sup> eine „Öffnungsklausel“ für ein „aufgabenspezifisches Legitimationsniveau“ geschaffen. Diese ermöglichen es, das Erfordernis ununterbrochener personeller Legitimationsketten für bestimmte Bereiche staatlichen Handelns mit Entscheidungscharakter zu relativieren und stärker institutionell-funktionelle Legitimationsfaktoren bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zur Geltung kommen zu lassen.<sup>430</sup> Das Gericht habe damit einem pluralistischen Demokratieverständnis folgend die Legitimationsordnung des Grundgesetzes für alternative Repräsentationsstrukturen geöffnet. Im Hinblick auf das noch im schlesw.-holstein. Mitbestimmungsbeschluss<sup>431</sup> vertretene hierarchisch einheitsorientierte Demokratiekonzept und der hiernach geforderten strikten Anwendung der Legitimationskettentheorie habe es gleichsam eine Kehrtwende für die Anwendung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips herbeigeführt. Deshalb sei nun der Weg frei, für „eine *aufgabenspezifische Rückkoppelung des Verwaltungshandelns mit betroffenen gesellschaftlichen Interessen oder Trägern externen Sachverstandes*.“<sup>432</sup> Dies mache es möglich, „das rechtsstaatlich begründete Prinzip der funktionsgerechten Organisationsausgestaltung“ im Bereich des beruflichen Schulwesens im Hinblick auf die hier bestehende besondere Interessenlage der Wirtschaft an den mit der schulischen Ausbildung vermittelten Unterrichtsinhalten und -zielen im Rahmen der in Hamburg vorgesehenen Stiftungslösung zu verwirklichen.

---

<sup>429</sup> BVerfGE 107, 59, vgl. oben unter B.III.4.1.

<sup>430</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 36 f.

<sup>431</sup> BVerfGE 93, 37.

<sup>432</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 37, auch das folgende Zitat.

*Schneider* räumt zwar ein, dass bei dem geplanten Stiftungsmodell nicht die typische, der Wasserverbandsentscheidung zugrundeliegende körperschaftliche Organisationsform realisiert wird. Aber für ihn sind die dort entwickelten Maßstäbe auf die im beruflichen Schulwesen vorliegende Konstellation übertragbar, weil „hier vergleichbare Zwecke verfolgt werden sollen.“ Die stimmungswichtige Einbeziehung des behördenexternen Sachverständigen von Wirtschaftsvertretern in die Stiftungsorgane stelle eine „Form der kollegialen Selbststeuerung“ dar<sup>433</sup>; sie realisiere „eine spezifische Form der korporativen Mitwirkung an schulischem Verwaltungshandeln im Bereich der Berufsbildung.“<sup>434</sup> Im dualen Berufsausbildungssystem nehme die Wirtschaft als der „zentrale Kooperationspartner der Berufsschulen“ schon jetzt eine besondere Rolle ein. In der Verwaltungsorganisation des Berufsschulwesens schlage sich das unmittelbar darin nieder, dass „Wirtschaftsvertreter sowohl bei der Entwicklung der für die betriebliche Ausbildung maßgebenden Ausbildungsordnungen mitwirken, sondern ganz überwiegend auch bei der vorbereitenden Abstimmung der KMK-Rahmenpläne für Berufsschulen mit ebendiesen Ausbildungsordnungen.“ Vergleichbares gelte für die Berufsfachschulen. Ausgehend von dieser Sach- und Rechtslage erweist sich für *Schneider* das *Stiftungsmodell* „im Grundsatz als ein funktionales Äquivalent zu einer körperschaftlichen Selbstverwaltung.“ Es ermögliche bruchlos ein Zusammenwirken staatlicher und gesellschaftlicher Akteure und deshalb seien „an die Verwaltungslegitimation dieser Form kollegialer Selbststeuerung jedenfalls keine weitergehenden Anforderungen als bei einer staatsfreien körperschaftlichen Selbstverwaltung zu stellen.“

Wenn *Schneider* die bei funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen bestehende Interessenlage, bei der die Selbstverwaltungsträger funktions- und sachbezogen ein in der Regel grundrechtlich geschütztes gemeinsames Interesse bei der Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgabe verbindet, mit dem bestehenden Dualismus von staatlich-schulischer und betrieblicher Berufsausbildung parallelisiert, verkennt er zum einen die aus

---

<sup>433</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 39.

<sup>434</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 40 f., auch die folgende Zitate.

den tragenden Gründen der demokratierelevanten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sich ergebenden personellen Legitimationsanforderungen, die im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 GG i. V. mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sowie dem Funktionsvorbehalt (Art. 33 Abs. 4 GG) an die Organisationsverfassung des staatlichen beruflichen Schulwesens zu stellen sind. Zum anderen wird der spezifischen Eigenart des Dualen Systems der Berufsausbildung nicht hinreichend Rechnung getragen.

Die kompetenzrechtliche Ausgestaltung des beruflichen Bildungswesens folgt nämlich der in der Konstruktionslogik des Dualen Systems angelegten Dualität von Staat und Wirtschaft im Bereich des beruflichen Ausbildungssystems. Dual ist diese Ausbildung deshalb, weil sie auf Grund rechtlich-institutioneller Vorgaben an zwei Lernorten stattfindet<sup>435</sup> und nicht weil lediglich eine Dualität von „Theorie“ und „Praxis“, oder des professionellen Selbstverständnisses der beteiligten Lehrer und Ausbilder hinsichtlich „Handwerklichkeit“, „Fachlichkeit“<sup>436</sup> und „instrumentellen Know-How“ besteht.<sup>437</sup> Eine solche Annahme folgt der unzutreffenden Vorstellung, „der Auftrag der Berufsschule beschränke sich auf theoretische Gehalte, berufsfachliche Kenntnisse, Allgemeinbildung und staatsbürgerliche Erziehung, während allein im Betrieb praktische Ausbildung geleistet werde.“<sup>438</sup> In gleicher Weise wird die pädagogische und sozial-kulturell wichtige Funktion der in den beruflichen Schulen geleisteten Erziehungsarbeit verkannt, wenn *Schneider* konstatiert, dass im Berufsschulwesen die „allgemeinbildenden Unterrichtsanteile deutlich in den Hintergrund gegenüber der vorrangigen Vorbereitung auf die von Art. 12 I GG umfasste Berufstätigkeit“ treten.<sup>439</sup> *Hufen* hält dieser jeweils mit entgegengesetzter Akzentsetzung vorgenommenen einseitigen

---

<sup>435</sup> *M. Baethge*, Das Berufliche Bildungswesen in Deutschland am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: K. S. Cortina/J. Baumert/A. Leschinsky/K. U. Mayer/L. Trommer, Hrsg., Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 525 ff., 525 f.

<sup>436</sup> *F. Hufen*, Die Kompetenzverteilung von Bund und Ländern im Bereich der beruflichen Bildung, Gutachten erstattet für das Bundesministerium für Bildung und Forschung, Oktober 2003 (zit. Rechtsgutachten), S. 16, auch zum folgenden.

<sup>437</sup> In diesem Sinn aber *H. Mirbach*, Berufsschulpflicht für Volljährige – verfassungswidrig?, RdJB 2002, S. 434 ff., 434.

<sup>438</sup> *Hufen*, Rechtsgutachten, S. 16, auch das folgende Zitat.

<sup>439</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 23.

Betrachtungsweise zu Recht entgegen, „verkannt werden hierbei zum einen der steigende theoretische Anteil und der durchaus eigene ‚Erziehungsauftrag‘, den auch die betriebliche Ausbildung wahrnimmt. ... Verkannt wird aber auch umgekehrt, in wie großem Umfang in der Berufsschule heute berufsbezogene praktische Aspekte im Mittelpunkt stehen.“

In seinem Wechselbezug stellt sich das deutsche Berufsbildungswesen sozialwissenschaftlich zwar als „ein gemischt korporatistisch-staatliches Steuerungssystem“ dar (*Baethge*)<sup>440</sup>, bei dem die *Arbeitgeberverbände* (einschließlich der *Kammern*) und die *Gewerkschaften* unbestreitbar eine wichtige Rolle bei der Durchführung und inhaltlichen Normierung der Ausbildung spielen. Gleichwohl findet bezogen auf die an zwei verschiedenen organisierten Lernorttypen angesiedelte Berufsbildung rechtlich gesehen eine bedeutsame Grenzziehung statt, der der Gesetzgeber bei der geplanten Reorganisation des beruflichen Schulwesens Rechnung zu tragen hat. Rechtssystematisch muss nämlich beim Dualen System unterschieden werden zwischen staatlicher Aufgabenzuweisung und -erfüllung im Schulbereich, die zu einem öffentlich-rechtlichen Schulverhältnis führt, und der privatrechtlichen Sphäre des betrieblichen Ausbildungsverhältnisses, das zwischen Arbeitgeber und Lehrling begründet wird und für dessen rechtliche Struktur das Arbeitsrecht bestimmend ist. Die Dualität zwischen Betrieb und Berufsschule spiegelt sich also auch in der Zuordnung des für die betriebliche Ausbildung und die berufliche Schulbildung unterschiedlichen Rechtsrahmens wider, für den zwei nach unterschiedlichen Rechtsprinzipien ausgestaltete Rechtssphären, nämlich einerseits die Normen des öffentlichen Rechts und andererseits die des Privatrechts, maßstäblich sind.

*Ziele und Inhalte des staatlichen Anteils der schulischen Berufsbildung werden im Rahmen der bei den Ländern liegenden Kulturhoheit durch*

---

<sup>440</sup> *Baethge*, Das Berufliche Bildungswesen in Deutschland am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: Cortina/Baumert/Leschinsky/Mayer/Trommer, Hrsg., Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 526.

*Landesschulgesetze festgelegt.*<sup>441</sup> Der auf Art. 7 Abs. 1 GG gestützte Schulauftrag umfasst, wie Hufen jüngst zu Recht hervorgehoben hat<sup>442</sup>, folgende Eckpunkte:

- „Die Sicherung der *fachlichen Qualität* der berufsbezogenen Ausbildung, die die praktische Ausbildung im Beruf ergänzen soll und von den Erfordernissen des jeweiligen Berufsfeldes bestimmt wird. Dieses Element wird zumindest teilweise in der Praxis geleistet, Defizite und Unterscheide müssen aber im staatlichen Schulbereich kompensiert werden.
- Die *berufsübergreifende Allgemeinbildung* und im weiteren Sinne *gemeinschafts- und demokratiebezogene Bildungsinhalte*. Auch dieser Auftrag wird nahezu einhellig zum Kerngehalt der traditionellen Berufsbildung gezählt. Er erlangt neue Aktualität durch die rasche Veralterung des fachbezogenen Wissens und die Notwendigkeit der breiten Wissensbasis auch im beruflichen Bereich sowie durch die Erkenntnis, das das demokratische Gemeinwesen ohne ein Mindestmaß an Kenntnis über seine Grundstrukturen und -inhalte nicht auskommt.
- (Die) umstrittene ... dritte – ... aber ebenso legitime – ‚Säule‘ des beruflichen Schulwesens, nämlich ein *eigenständiger Erziehungsauftrag* im Hinblick auf die Ziele wie Selbständigkeit, Gleichberechtigung, Integrationsfähigkeit, Fähigkeit zur Konfliktaustragung, Gewaltfreiheit usw. ....
- Als Querschnittsthema und zugleich Bildungsziel steht die Befähigung zu *lebenslangen Lernen* und damit die Verbindung von beruflicher Bildung und beruflicher Fortbildung mehr und mehr im Mittelpunkt.“

Klarzustellen ist, dass der von den Berufsschulen wahrgenommene Erziehungsauftrag bezüglich Minderjähriger berufsschulpflichtiger Schüler nicht infrage zu stellen ist, denn die Vermittlung einer fundierter Allgemeinbildung und eines Grundwissens der Funktionsweise des demokratisch-freiheitlich organisierten Staates wird durch Art. 7 Abs. 1 GG abgedeckt.<sup>443</sup> Anders verhält es sich mit dem Erziehungsanspruch des Staates gegenüber Volljährigen, weil dies dem Selbstverständnis von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung des Individuums fundamental widerspricht. Für Volljährige lässt sich deshalb die Berufsschulpflicht nicht mehr aus der allgemeinen, in Art. 7 Abs. 1 GG eingeschlossenen Schulpflicht ableiten, sondern muss an das Ausbildungsziel gekoppelt

---

<sup>441</sup> Vgl. oben B.II.1.

<sup>442</sup> Hufen, RdJB 2003, S. 59.

<sup>443</sup> Vgl. oben B.II.1.2., Oppermann, HdbStR VI, § 135 Rz. 24.



werden. Liegt ein solches nicht mehr, lässt sie sich nur vertraglich, also freiwillig begründen.<sup>444</sup>

Dementsprechend geben *staatliche Lehrpläne* für die *beruflichen Schulen* unter Berücksichtigung der für die berufliche Qualifikation wichtigen fachtheoretischen und allgemein bildenden Ausbildung, einschließlich der staatsbürgerlichen Bildung, das *curriculare Profil* und das *edukative Kerngerüst* vor.<sup>445</sup> Die hier von der staatlichen Kultusverwaltung zu treffenden Entscheidungen besitzen für Eltern und Schüler eine hohe Grundrechtsrelevanz, weil es insofern um die entscheidenden Vorgaben für berufsbestimmende Qualifikationsanforderungen geht. Die *Kultusministerkonferenz der Länder* (KMK) übernimmt hierbei eine wichtige Koordinationsfunktion, um die bundesweite Einheitlichkeit der Lehrpläne für den Berufsschulunterricht des jeweiligen Ausbildungsberufs zu gewährleisten. Sie beschließt Rahmenlehrpläne, die von den einzelnen Ländern (Gesetzgeber oder staatliche Schuladministration) umzusetzen sind<sup>446</sup>, damit sie überhaupt Rechtsverbindlichkeit erlangen können. Zum schulischen Bereich gehören gleichermaßen Vollzeitschulen, die eine komplette berufsfachliche Ausbildung anbieten (Berufsfachschule, Berufskolleg, Fachoberschule usw.) und eigene Abschlussprüfungen durchführen.<sup>447</sup> Der staatliche Berufsschulbereich wird dabei insgesamt nicht anders als für alle übrigen öffentlichen Schulen verfassungsrechtlich durch die staatliche Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG i. V. m. dem Demokratie- und Rechtsstaatsgebot sowie die grundrechtlich geschützte Rechtsstellung von Eltern und Schülern determiniert. In dieser Perspektive kann keine Rede davon sein, dass die vom Staat getragenen beruflichen Schulen lediglich am Rande der institutionellen Garantie des Art. 7 Abs. 1

---

<sup>444</sup> In diesem Sinn H. Avenarius/J. Rux, *Rechtsprobleme der Berufsausbildung*, 2004, S. 41 f.; Hufen, RdJB 2003, S. 65 f.

<sup>445</sup> B. Behmenburg, *Kompetenzverteilung bei der Berufsausbildung*, 2003, S. 87 ff.; Avenarius/Heckel, *Schulrechtskunde*, S. 38 ff.; Baethge, *Das Berufliche Bildungswesen in Deutschland am Beginn des 21. Jahrhunderts*, in: Cortina/Baumert/Leschinsky/Mayer/Trommer, Hrsg., *Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland*, 2003, S. 528.

<sup>446</sup> Vgl. dazu näher Avenarius/Rux, *Rechtsprobleme der Berufsausbildung*, S.43 ff.

<sup>447</sup> Hufen, *Rechtsgutachten*, S. 17.

GG angesiedelt sind<sup>448</sup>, denn ausschließliche Legitimationsgrundlage für staatliches Handeln in diesem speziellen Sektor des Schulwesens ist die darin verankerte Schulhoheit.

Die rechtliche Struktur für die *berufliche Bildung im Betrieb* wird dagegen maßgeblich vom *Berufsbildungsgesetz* geprägt. Dieses Regelwerk legt den Rechtsrahmen für die Berufsausbildung, die berufliche Fortbildung und die berufliche Umschulung fest (§ 1 Abs. 1 BBiG). Was speziell die mit dem Ausbildungsverhältnis verbundenen Rechte und Pflichten anbelangt, so werden die hiernach vertraglich auszugestaltenden Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Lehrling dem Regime des Privatrechts unterworfen. Der Regulierungsanspruch des Staates für die berufliche Bildung wird maßgeblich durch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) bestimmt, wobei der Gesetzgeber dem im selben Grundrecht begründeten Grundrechtsstatus des Arbeitgebers als Ausbilder und des Lehrlings als Auszubildenden Rechnung zu tragen hat. Für dieses außerhalb der beruflichen Schulen liegende Segment der beruflichen Bildung ist die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) gegeben.<sup>449</sup>

Insgesamt spiegelt sich also in den institutionellen Pfeilern des Berufsbildungsgesetzes die Dualität des beruflichen Bildungswesens wider. Soweit es sich um staatliche Schulangelegenheiten handelt, wird der Primat der staatlichen Entscheidungsgewalt gemäß Art. 7 Abs. 1 GG respektiert. Der gemäß § 54 Abs. 1 BBiG drittelparitätisch, d. h. gleichberechtigt mit Beauftragten der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer und der obersten Landesbehörden besetzte *Landesausschuss für Berufsbildung* bleibt im Hinblick auf seine schulrelevante Beratungsfunktion auf „eine bloß vorbereitende und rein konsultative Tätigkeit“ beschränkt und deshalb muss sich diese „unverbindliche, bloß beratende Teilhabe an der Verwaltung“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht an

---

<sup>448</sup> So aber *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 22, der sich insoweit zu Unrecht auf *Bader*, Art. 7 Rz. 23, in: MAK, GG, bezieht.

<sup>449</sup> *Hufen*, RdJB 2003, S. 60 f.; *ders.*, Rechtsgutachten; *Avenarius/Rux*, Rechtsprobleme der Berufsausbildung, 2004, S. 23 ff., 28. A. A. *Behmenburg*, Kompetenzverteilung bei der Berufsausbildung, S. 54 ff., 195 f.

demokratierechtlichen Anforderungen für staatliches Handeln mit Entscheidungscharakter messen lassen.<sup>450</sup> Anders verhält es sich mit dem *Berufsbildungsausschuss* gemäß §§ 56 ff. BBiG, §§ 43 ff. HandwO und den *Prüfungsausschüssen* gemäß § 36 f. BBiG, §§ 34 ff. HandwO, die gleichfalls alle drittelparitätisch zusammengesetzt sind, im Hinblick auf die *den Kammern darin eingeräumten echten Entscheidungsbefugnisse zur eigenständigen Aufgabenerledigung auf dem Gebiet der Berufsbildung*. Geht man mit *Avenarius/Rux*<sup>451</sup> davon aus, dass die den berufsständischen Kammern übertragenen Entscheidungskompetenzen mit dem vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen an die demokratische Legitimation funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen im Einklang stehen<sup>452</sup>, so ist bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Organstruktur vor allem die im Berufsbildungsgesetz vorgesehene Zusammensetzung der Entscheidungsgremien im Hinblick auf die völlig anders ausgerichtete Konzeption der Hamburger Stiftungslösung bemerkenswert. Der Gesetzgeber, dem insoweit freilich ein Gestaltungsspielraum zusteht<sup>453</sup>, hat nämlich im Berufsbildungsgesetz die betroffenen Interessenten in der vom Bundesverfassungsgericht für erforderlich gehaltenen Weise weitgehend berücksichtigt.<sup>454</sup> Das BBiG entspricht nämlich insoweit der Vorgabe des Wasserverbandsbeschlusses, dass die Auswahl der zu beteiligenden Interessenten an der Organisationsform der Selbstverwaltung nicht in einer Weise vorgenommen werden darf, „die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre. Deshalb müssen die Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten auch ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen ausreichend berücksichtigt werden und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.“<sup>455</sup>

---

<sup>450</sup> BVerfGE 83, 60, 74; 93, 37, 68, 71, auch die Zitate im Text.

<sup>451</sup> *Avenarius/Rux*, Rechtsprobleme der Berufsausbildung, S. 54 ff.

<sup>452</sup> Die Frage braucht hier nicht weiter vertieft zu werden.

<sup>453</sup> BVerfGE 107, 59,

<sup>454</sup> Ebenso *Avenarius/Rux*, Rechtsprobleme der Berufsausbildung, 2004, S.57 f.

<sup>455</sup> BVerfGE 107, 59, 93, Hervorhebung D. St., unter Verweis auf *Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, S. 251 f.

Aus der hiernach für das Duale System zugrunde zu legenden *Zwei-Sphärentheorie* folgt: Die in der staatlichen Verantwortung für das gesamte Schulwesen gemäß Art. 7 Abs. 1 GG begründeten Gestaltungsrechte des Landesschulgesetzgebers für die Schulorganisation und die Ausbildungsziele müssen vor dem betrieblichen Anteil der beruflichen Ausbildung halt machen. Umgekehrt findet die betriebliche Ausbildung ihre Grenzen im staatlichen Schulauftrag; sie darf deshalb nicht in den schulischen Bereich übergreifen. Der für die Berufsbildung zuständige Bundesgesetzgeber hat der aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendigen Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche in beispielhafter Weise Rechnung getragen.

Im Dualen System der beruflichen Bildung findet dementsprechend nach der gegenwärtig bestehenden Gesetzeslage, wie sie durch das Berufsbildungsgesetz und die Landesschulgesetze maßgeblich bestimmt wird, eine institutionelle Arbeitsteilung zwischen Betrieb und berufsbegleitender Pflichtschule statt. Diese soziale Organisation der Berufsbildung, die an zwei verschiedenen Lernorttypen angesiedelt ist, korreliert also mit einer auf das berufliche Bildungswesen zugeschnittenen Kompetenzordnung, die aus den für die jeweiligen Zuordnungsbereiche zu beachtenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen resultiert: *Im Bereich des beruflichen Schulwesens hat der Staat den ausschließlichen Gestaltungs- und Erfüllungsauftrag. Kraft der ihm gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zustehenden Schulherrschaft trägt er für den damit verbundenen Amtsauftrag, der der Verwirklichung einer Staatsaufgabe im engeren Sinne dient, die volle Verantwortung und bedarf dementsprechend im Sinne der Demokratierechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dafür der notwendigen ununterbrochenen personellen Legitimation.* Für den Bereich der in einem erwerbswirtschaftlichen Betrieb durchgeführten Ausbildung erfüllen die Kammern als Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft und des Handwerks die in diesem Zusammenhang sich stellenden öffentlichen Aufgaben, um das im Gemeinwohlinteresse liegende qualitativ notwendige Qualifikationsniveau der beruflichen Ausbildung

sicherzustellen. Nur für diesen betriebsbezogenen Anteil der beruflichen Ausbildung werden den hier bestehenden Selbstverwaltungseinrichtungen der Wirtschaft nach Maßgabe des Berufsbildungsgesetzes und der Handwerksordnung Entscheidungskompetenzen, die auch gegenüber Dritten wirksam werden können, übertragen; nur insoweit sind ausbildungsbezogene Angelegenheiten der gesellschaftlichen Selbstregulierung im Rahmen funktionaler Selbstverwaltung überlassen.

Was darüber hinausgehend die Mitwirkung der beiden Sozialpartner bei der Bestimmung der Ausbildungsinhalte anbelangt, so spielt diese für die Ausgestaltung des beruflichen Bildungswesens insgesamt sicherlich eine nicht zu unterschätzende Rolle. Der *rechtliche Stellenwert* der hierbei vorgesehenen Form der Mitwirkung wird jedoch von *Schneider* in seinem Gutachten bei weitem überschätzt. Eine Beteiligung der Sozialpartner ist auf verschiedenen Ebenen und in verschiedenen Gremien vorgesehen. Sowohl im Hauptausschuss, im Ständigen Ausschuss und im Länderausschuss des Bundesinstituts für Berufsbildung (BIB) sind sie paritätisch vertreten.<sup>456</sup> Hinzukommen die bereits genannten Berufsbildungs- und Prüfungsausschüsse der Kammern. Sie sind insbesondere auch an der Vorbereitung der Ausbildungsordnungen durch das Bundesinstitut für Berufsbildung beteiligt. Auf diesen Befund lässt sich freilich keineswegs die Annahme stützen, dass damit rechtlich zwingend ein Konsensprinzip institutionalisiert worden ist, das auf der Kooperation der Sozialpartner und der Zustimmungsbereitschaft der zuständigen staatlichen Stellen basiert, so dass die für die Weiterentwicklung des Berufsbildungssystems relevanten Entscheidungen nur einvernehmlich getroffen werden könnten.<sup>457</sup> Normativ gesehen fehlt nämlich dieser – vom Ergebnis her betrachtet – konsensuellen Form der Entscheidungsfindung jedoch jegliche Rechtsverbindlichkeit, denn weder das Berufsbildungsgesetz noch die Handwerksordnung sehen entsprechende Verfahrensregelungen vor. Aus diesem Grund ist es verfehlt, aus einer informellen Praxis rechtlich zwingende Schlüsse ableiten zu wollen. Und deshalb geht es an der für das Duale System maßgeblichen

---

<sup>456</sup> *Avenarius/Rux*, Rechtsprobleme der Berufsausbildung, S. 64 f.

<sup>457</sup> So *Fehling*, Ausbildungsordnungen, in: *Wirtschaft und Verwaltung*, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv, 2/1998, S. 106 ff., 108 ff.

Rechtsslage vorbei, wenn *Schneider* daraus Konsequenzen für eine „Form der kollegialen Selbststeuerung“ im Rahmen des Stiftungsmodells<sup>458</sup> ableiten will.

Vor diesem Hintergrund ist die von ihm speziell für das berufliche Schulwesen hergestellte Parallelität der Interessenkonstellation zwischen funktionalen Selbstverwaltungskörperschaften und der Hamburger Stiftungskonstruktion, die eine Übertragung der Entscheidungsmaximen des Wasserverbandsbeschlusses<sup>459</sup> im Hinblick auf den hier zugrundegelegten Rechtsgedanken der demokratiestärkenden Aktivierung gesellschaftlicher Interessen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf die Organisationsstrukturen beruflicher Schulen geradezu zwingend nahe legen soll<sup>460</sup>, nicht nachvollziehbar. Von einer Parallelität der Interessenlage bei der grundrechtsorientierten Interessenvertretung Betroffener im Rahmen funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen kann im Hinblick auf die im Dualen System bestehende strikte Trennung der Rechtssphären von Staat und Wirtschaft gerade nicht die Rede sein. Deshalb ist es der Sache nach verfehlt, die verallgemeinerungsfähigen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Geltungsanspruch des Demokratieprinzips bei der Erfüllung von Staatsaufgaben im engeren Sinne für dieses Schulsegment durch Analogieschlüsse funktionspezifisch zu modifizieren. Eine solche Interpretation verkehrt die vom Hüter der Verfassung in seiner demokratierelevanten Rechtsprechung verfolgte Regelungsintention, ja sie steht mit den tragenden Entscheidungsgründen dieser Judikatur geradezu im Widerspruch, so dass bei einer entsprechenden Ausgestaltung des Organisationsrechts der beruflichen Schulen in Hamburg gegen den Verbindlichkeitsanspruch der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 31 Abs. BVerfGG verstoßen wird.

**Fazit:**

Festzuhalten ist im Gegenteil, dass sowohl auf Grund der im Grundgesetz abgesteckten Vorgaben für die staatliche Schulorganisation (Art. 7 Abs. 1 GG, Demokratie- und Rechtsstaatsgebot und Funktionsvorbehalt gemäß Art.

---

<sup>458</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 39 f.

<sup>459</sup> BVerfGE 107, 59.

<sup>460</sup> *Schneider*, , Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 37.

33 Abs. 4 GG) als auch der für das Duale System der beruflichen Bildung maßgeblichen Kompetenzordnung eine Übertragung der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung auf die Erledigung der mit der staatlichen Schulverwaltung im Bereich des beruflichen Schulwesens verbundenen Aufgaben im Wege des Analogieschlusses ausgeschlossen ist. Auch der bestehende einfachgesetzliche Rechtsrahmen lässt es nicht zu, die Entscheidungsstrukturen funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen auf den Bereich der staatlichen Schulorganisation im Schulsegment berufliches Schulwesen auszudehnen. Aus diesem Grund ist es dem Hamburger Schulgesetzgeber verwehrt, eine Stiftung des öffentlichen Rechts als „Form der kollegialen Selbststeuerung“<sup>461</sup> quasi in die Rolle einer Einrichtung der funktionalen Selbstverwaltung schlüpfen zu lassen. Es würde bedeuten, den für die berufliche Bildung wichtigen Lernort Schule mit Hilfe einer derartigen Einrichtung der mittelbaren Staatsverwaltung grundgesetzwidrig einem Sonderrecht zu unterstellen. Aus Funktion und Bedeutung der grundgesetzlich verankerten staatlichen Schulaufsicht ergibt sich vielmehr im Hinblick auf den damit verbundenen Erziehungs- und Bildungsauftrag des Staates in den von ihm vorzuhaltenden öffentlichen Schulen, wozu unzweifelhaft auch die beruflichen Schulen gehören, dass es sich hierbei um eine notwendige Staatsaufgabe handelt, die von den staatlichen Organen selbst wahrgenommen werden muss und keinesfalls auf eine funktionale Selbstverwaltungskörperschaft übertragen oder von einer öffentlich-rechtlichen Stiftung als Quasi- funktionale Selbstverwaltungseinrichtung erledigt werden kann.

Eine Reorganisation des beruflichen Schulwesens auf der Grundlage der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung, die sich den für die unmittelbare Staatsverwaltung geltenden Anforderungen an die personell-demokratische Legitimation der zur Sachentscheidung berufenen Amtsträger entzieht, indem die verwaltungsrechtlichen Entscheidungsstrukturen mit Hilfe der Stiftungskonstruktion der entscheidend auf die Beachtung sachlich-inhaltlicher Legitimationskomponenten in Form von Gesetzesbindung und staatlichen Aufsichtsrechten ausgerichtet werden, verstößt deshalb nicht nur gegen den in Art. 7 Abs. 1 GG explizit an den Staat erfolgten

---

<sup>461</sup> *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 39 f.

Aufgabenzuweis für die Ausübung seiner Schulhoheit als obligatorischer Staatsaufgabe, sondern unterläuft auch das für die Staats- und Rechtsordnung des Grundgesetzes konstitutive demokratische System.

### **2.3. Voraussetzungen einer Partizipation Privater an legitimationsbedürftigen Entscheidungsprozessen im Bereich des staatlichen Schulwesens im Rahmen des Stiftungsmodells**

#### **2.3.1. Die unterschiedliche Interessendisposition von Eltern und Schülern im Rahmen der schulischen Selbstverwaltung und von Wirtschaftsvertretern im Rahmen der Stiftung Berufliche Schulen Hamburg**

Auch wenn die unmittelbare wie analoge Anwendung der Grundsätze funktionaler Selbstverwaltung auf die vom Staat unterhaltenen beruflichen Schulen verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist, bleibt gleichwohl zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen bzw. in welchem Umfang eine Einbeziehung Privater an schulischen Verwaltungsaufgaben im Fall der Übertragung der Schulträgerschaft für die beruflichen Schulen auf eine Stiftung des öffentlichen Rechts verfassungsrechtlich zulässig ist. Die Tätigkeit staatlicher Stiftungen stellt sich als Ausübung von Staatsgewalt dar und ist deshalb nach Maßgabe des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes legitimationsbedürftig.<sup>462</sup> Insofern gilt für sie in gleicher Weise wie für selbständige Anstalten des öffentlichen Rechts, dass die Einräumung von Mitentscheidungsbefugnissen Privater möglich ist, solange die Erfüllung der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben unter Beachtung des Prinzips der Entscheidungsherrschaft personell-demokratisch legitimer Amtsträger sichergestellt ist.<sup>463</sup>

Ob und in welchem Umfang die Beteiligung Privater an der Entscheidungsfindung über schulische Angelegenheiten gemäß Art. 7 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes möglich ist, hat die Rechtsprechung bislang vorrangig im Zusammenhang mit der stimmberechtigten Mitwirkung von Eltern- und Schülervetretern in Schulkonferenzen im Rahmen der Schulverfassung beschäftigt. Die

---

<sup>462</sup> Fiedler, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, S. 212.

<sup>463</sup> BlnVerfGH NVwZ 2000, 794; Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, § 88 I 2 Rz. 16.



Landesverfassungsgerichte Bayerns<sup>464</sup>, Hessens<sup>465</sup> und Niedersachsens<sup>466</sup> haben bezogen auf die Schulverfassung keinen Zweifel daran gelassen, dass eine solche Mitwirkung im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung grundsätzlich zulässig ist, auch wenn z. T. erhebliche Auffassungsunterscheide hinsichtlich der dabei bestehenden Möglichkeiten bestehen.<sup>467</sup> In der Lehre wird die Möglichkeit der schulischen Selbstverwaltung ebenfalls bejaht, wenngleich die Auffassung weit auseinandergehen, ob insoweit Parallelen mit der funktionalen Selbstverwaltung bestehen.<sup>468</sup> Kerngedanke ist, dass die Einbeziehung von Eltern und Schülern als unmittelbar Betroffene des schulischen Erziehungs- und Bildungsprozesses deren Grundrechtsverwirklichung dient. Die nunmehr in Hamburg vorgesehene Beteiligung von Wirtschaftsvertretern im Stiftungsrat, der für das Schulsegment Berufsschulen über wichtige, bislang dem Senat der Hansestadt vorbehaltenen Angelegenheiten der Schulverwaltung entscheiden soll, besitzt demgegenüber eine neue Qualität. Denn deren Mitwirkung ist in Hamburg bislang nur im eigens für die beruflichen Schulen vorgesehenen Schulbeirat (§ 76 hmbSchulG) geregelt. Dieses Gremium hat im wesentlichen nur beratende Funktion und ist zudem gleichberechtigt mit Vertretern der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer besetzt (§ 77 hmbSchulG). Mitbestimmungsrechte im Rahmen der schulischen Selbstverwaltung sind für diese Vertreter gesellschaftlicher Interessen nach der gegenwärtig geltenden Rechtslage aus gutem Grund nicht vorgesehen. Denn entsprechend dem für das Duale System festgelegten organisationsrechtlichen Rahmen sind sie nicht unmittelbar am schulischen Geschehen beteiligt und deshalb in der Regel auch nicht unmittelbar von Entscheidungen der Schulverwaltung in ihrer grundrechtlich geschützten Rechtsstellung als Unternehmern (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) betroffen. Anders als bei Eltern und Schülern stellt die schulische Leistungsverwaltung

---

<sup>464</sup> BayVerfGH DVBl. 1995, 419.

<sup>465</sup> HessStGH Hess. Staatsanzeiger 1995, 3391.

<sup>466</sup> NdsStGH NVwZ 1997, 267.

<sup>467</sup> Vgl. oben B. III.4.1.4.

<sup>468</sup> *Höfling*, RdJB 1997, S. 361 ff.; *Hufen*, FS Vogel, S. 51 ff.; *Stock*, RdJB 1997, S. 372 ff.; *Geis*, FS Vogel, S. 31 ff.; *Stern*, FS Knöple, S. 333 ff.

für sie keine grundrechtserhebliche Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse dar.<sup>469</sup>

Die Bemühungen, bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Partizipation Privater an legitimationsbedürftigen Entscheidungsprozessen im Bereich des staatlichen Schulwesens eine dogmatische Engführung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips zu vermeiden, sind die Konsequenz eines modernen, grundrechtsorientierten Staats- und Verwaltungsverständnisses. Bezogen auf den Geltungsanspruch des Rechtsstaatsgebots findet es seine Entsprechung in der Verabschiedung des obrigkeitsstaatlich geprägten besonderen Gewaltverhältnisses im Schulverhältnis. Die Einbeziehung von Eltern und Schüler als unmittelbar Grundrechtsbetroffene der staatlichen Schulherrschaft in die schulische Selbstverwaltung dient dem Zweck, den schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrag im Hinblick auf mögliche auftretende Konflikte oder Interessendivergenzen zwischen den verschiedenen Akteuren optimal verwirklichen zu können. Es geht insoweit also nicht um die Durchsetzung der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung durch die funktionsbezogene Aufgabenerledigung von Betroffenen, sondern um die aufgabenadäquate Erfüllung der genuinen Staatsaufgabe Schulaufsicht. Deshalb bleibt verfassungssystematisch auch kein Raum, die damit verbundenen Verwaltungsaufgaben durch mitgliedschaftlich organisierte Selbstverwaltungseinrichtungen, wie im Fall der Körperschaftlich organisierten Universitäten, durchzuführen.<sup>470</sup> Weil Schule aber ein Ort des Verwaltungshandelns ist, wo Verwaltungsentscheidungen von existentieller Bedeutung für den Einzelnen nur begrenzt nach dem klassischen Hierarchie- und Konditionalprogramm staatlicher Verwaltung steuerbar sind und die unzureichende Steuerbarkeit pädagogischer und sonstiger schulischer Entscheidungen zu einem deutlich geringeren Grundrechtsschutz für die Betroffenen im Vergleich zu anderen Verwaltungsbereichen führt, bedeutet die Mitwirkung von Grundrechtsbetroffenen an den entsprechenden Prozessen ein wichtiges Element der Sicherung von Grundrechtspositionen

---

<sup>469</sup> Vgl. dazu oben B. III.4.1.

<sup>470</sup> Ebenso *Geis*, FS Vogel, S. 42.

im „status activus processualis“ (*Häberle*).<sup>471</sup> Wegen dieser Besonderheit ist die Mitwirkung von Eltern und Schülern an schulischen Entscheidungsprozessen grundrechtstheoretisch geboten<sup>472</sup>, sie dient dem Grundrechtsschutz im Verfahren der Entscheidungsfindung.<sup>473</sup> Sie gewährleistet auf diese Weise den Schulfrieden und trägt dadurch zur sachgerechten Aufgabenerledigung bei.

Ob sich freilich diese grundrechtstheoretische Rechtfertigung für die Beteiligung von Eltern- und Schülervetretern in den Schulkonferenzen auf die entscheidungsbestimmende Beteiligung der Arbeitgebervertreter in den Leitungsgremien einer Stiftung als Träger beruflicher Schulen übertragen lässt, erscheint mehr als zweifelhaft. Denn die Interessenvertreter der Wirtschaft agieren hier insoweit nicht als unmittelbar Grundrechtsbetroffene oder -adressaten schulischen Verwaltungshandelns, sondern sollen als Nutznießer der schulischen Qualifikation ihrer Lehrlinge in die für die schulische Ausbildung relevanten Entscheidungsprozesse einbezogen werden. In dieser Hinsicht werden freilich ihre grundrechtlich als Unternehmer geschützten Interessen aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG mittelbar tangiert. Dies gilt entsprechend auch für die Lehrlinge in ihrer Doppelrolle als Schüler und Arbeitnehmer im Hinblick auf deren Grundrechtsinteressen an einer qualifizierten Schulausbildung<sup>474</sup>. Im Hinblick auf die insoweit bestehende Interessenkorrespondenz der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite besteht also die Gefahr, dass durch interpretative Fehldeutung der geltenden Verfassungsrechtslage und der zu den Möglichkeiten der Bürgerbeteiligung an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben vorliegenden Judikatur – sei es im Rahmen funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen, sei es im Rahmen schulischer Selbstverwaltung – politische Wunschprogramme an der Verfassung vorbei realisiert werden sollen, die dann womöglich den Makel der

---

<sup>471</sup> *Häberle*, VVDStRL 30, S. 86 ff.

<sup>472</sup> Wenngleich sie deshalb nach Auffassung des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs nicht verpflichtend ist, NdsStGH NVwZ 1007, 267, 270.

<sup>473</sup> *Hufen*, FS Vogel, S. 65.

<sup>474</sup> Insofern ist erhellend, dass §§ 96 ff. BetrVG von einer Verpflichtung zur Kooperation von Arbeitgeber und Betriebsrat im Bereich der betrieblichen Berufsbildung ausgehen und dabei in §§ 97, 98 BetrVG sogar in bestimmten Umfang und für bestimmte Fälle bei Einrichtungen und Maßnahmen der Berufsbildung ein Mitbestimmungsrecht vorsieht.

Verfassungswidrigkeit tragen. Dies gilt um so mehr, als die von schulischem Verwaltungshandeln unmittelbar Betroffenen Eltern und Schüler und ebenso die Lehrer, denen bei der Vermittlung des staatlichen Schulauftrages eine wichtige Mittlerrolle zufällt, lediglich in einem Beirat mit Beratungsfunktion (§ 14 RefE-StiftungsG) in den Stiftungsgremien vertreten sein sollen.

Um dieses Risiko zu vermeiden, müssen die Entscheidungsstrukturen der teilprivatisierten Leitungsgremien der für das berufliche Schulwesen zuständigen Stiftung des öffentlichen Rechts an dem vom Bundesverfassungsgericht in seiner Dreistufentheorie aufgestellten Kriterien für die Sicherstellung der Entscheidungsherrschaft personell-demokratisch legitimierter Amtsträger im Fall der Mitwirkung Privater an der unmittelbaren Staatsverwaltung<sup>475</sup> gemessen werden. Maßgebliche Voraussetzung für die Legitimation staatlichen Handelns im Bereich der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG als Ausübung hoheitlicher Staatstätigkeit im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG ist nämlich nicht die Effektivität des Verwaltungshandelns, sondern letztlich vor allem, welchen Stellenwert es für die Verwirklichung des Amtsauftrages besitzt. Dabei spielt eine wesentliche Rolle, ob die zu treffenden Entscheidungen grundrechtsrelevant für die davon betroffenen Bürgerinnen oder den Bürger sind, ob der Staat dabei seinen Amtsauftrag gegenüber Dritten wahrnimmt.<sup>476</sup> Ist dies der Fall, ist im Sinne einer „Je-desto-Formel“ das gemäß Art. 20 Abs. 2 GG erforderliche Legitimationsniveau bei der Beteiligung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen zu bestimmen. Je stärker der Bezug zum Amtsauftrag, desto stärker muss die Legitimationsdichte für die Ausübung demokratisch legitimierter Staatsgewalt sein. Im Vergleich zu dem vom Hamburger Senat in seinem Referentenentwurf zugrundegelegten verfassungsrechtlichen Bezugsrahmen für die Überprüfung der notwendigen Legitimationsdichte des Handelns der Stiftungsorgane, der sich primär an Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung orientiert, ist hier von einem völlig anderen

---

<sup>475</sup> Britz, VerwArch 91, 432.

<sup>476</sup> Geis, FS Vogel, S. 46 f.

Beurteilungsmaßstab auszugehen, weil ein anderer Modus für die Verwirklichung des Demokratieprinzips gilt.

Nach der Dreistufenlehre ist also das Erfordernis der Entscheidungsvorherrschaft personell demokratisch legitimierter Amtsträger im Bereich der Staatsaufgaben im engeren Sinn, wozu die dem Staat kraft Art. 7 Abs. 1 GG zugewiesenen Gestaltungskompetenzen im Bereich des öffentlichen Schulwesens zählen, von der Bedeutung der jeweils zu erledigenden Amtsaufgabe für die Erfüllung des Amtsauftrages, also von der Aufgabenqualität bzw. der Intensität ihres Bezugs zum Amtsauftrag abhängig. Deshalb sind im Sinne der vom Bundesverfassungsgericht für die Bestimmung des Legitimationsniveaus vorgenommenen Ausdifferenzierung staatlichen Verwaltungshandelns bestimmte Anforderungen an die Entscheidungsstrukturen im Rahmen des Stiftungsmodells bei der Erledigung der obligatorischen Staatsaufgabe Schulaufsicht zu stellen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das komplizierte Kompetenzgefüge bzw. -zusammenspiel von teilprivatisierten Leitungsgremien der Stiftung und staatlicher Schulbehörde bzw. deren Präses, das die Entscheidungsvorherrschaft des Staates gewährleisten soll, vorrangig an dem Kriterium der personell-demokratischen Legitimation nach Maßgabe der Dreistufenskala und eben nicht den geringeren Legitimationsanforderungen der für funktionale Selbstverwaltungseinrichtungen im Vordergrund stehenden sachlich-inhaltlichen Legitimationskomponente zu messen.

Wenn also das demokratische Legitimationsmodell auch im Bereich der Erfüllung von Staatsaufgaben im engeren Sinn die Partizipation nicht ausreichend legitimierter Mitglieder in Entscheidungsgremien unter der Voraussetzung grundsätzlich zulässt, da sie als Betroffene der zu treffenden Verwaltungsentscheidungen anzusehen sind, kommt es für die Frage der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit ihrer Mitwirkung auf die vom Bundesverfassungsgericht von der Qualität der Entscheidung abhängig gemachte Intensität der personell-demokratischen Rückkoppelung an. Sie kann, wie *Geis* zutreffend feststellt, „vom Erfordernis unbedingter und

ausschließlicher personeller Legitimation und Verantwortlichkeit der Exekutive über (subsidiäre) Letztentscheidungsrechte bis hin zu bloßen Vetorechten (Evokationsrechten) reichen.<sup>477</sup> Im einzelnen ist hierbei zu beachten:

### **2.3.2. Zusammensetzung und Bestellung der Entscheidungsorgane der Stiftung**

Bezüglich der Zusammensetzung des 20 köpfigen *Kuratoriums*, dem Hauptbeschlussorgan der Stiftung, das im wesentlichen als Aufsichtsgremium fungiert (§ 12 Abs. 2 Nrn. 1 – 7, § 21 RefE-StiftungsG) und für Grundsatzangelegenheiten, z. B. in Satzungsgeber (§ 12 Abs. 2 Nrn. 8 – 20 RefE-StiftungsG) zuständig ist, sind nur die acht vom Staat entsandten Behördenvertreter personell-demokratisch legitimiert. Die insgesamt zwölf Vertreter wirtschaftlicher Interessen besitzen dieses Legitimationselement nicht. Das von den für die jeweiligen Berufsbildungszweige zuständigen Kammern (10 Vertreter) und den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften (2 Vertreter) ausgeübte Benennungsrecht bindet den Senator in seinem Ernennungsrecht für die Kuratoriumsmitglieder. Entscheidend ist aber, dass bei der individuellen Berufung der Amtswalter eine ununterbrochen Legitimationskette vom Volk über die von diesem gewählte Vertretung zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern hergestellt wird.<sup>478</sup> Die Legitimationskette darf also nicht durch das Dazwischentreten eines nicht hinreichend personell demokratisch legitimierten Organs unterbrochen werden. Dies ist aber bei der Ausübung von Vorschlagsrechten der Fall, wenn ein anderer Verwaltungsträger bei der Ausübung seiner Entscheidungsbefugnisse von ihnen rechtlich abhängig ist, wie das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich betont.<sup>479</sup> Zwar sind die Kammern als funktionale Selbstverwaltungseinrichtungen öffentlich-rechtlich organisiert, aber die institutionell-funktionell und durch die gesetzlichen Vorgaben des Errichtungsgesetzes vermittelte abstrakt personell-demokratische Legitimation reicht für die im Bereich hoheitlicher Staatstätigkeit geforderte unmittelbare personell-demokratische

---

<sup>477</sup> Geis, FS Vogel, S. 43.

<sup>478</sup> BVerfGE 83, 60, 73.

<sup>479</sup> BVerfGE 83, 60, 73.

Legitimation nicht aus. Zudem sind diese Kuratoriumsmitglieder nicht weisungsgebunden, so dass für sie im Sinne der für Amtsträger geforderten ununterbrochenen Legitimationskette das für die demokratische Verantwortung gegenüber der Regierung wichtige Element der sachlich-inhaltlichen Legitimation fehlt.

Für die vom Kuratorium zu treffenden Entscheidungen bedeutet dies, dass im Regelfall die staatlichen Vertreter sich nicht durchsetzen können, weil die personell-demokratisch nicht ausreichend legitimierten Mitglieder über die Mehrheit in diesem Beschlussorgan verfügen. Ob die in § 11 Abs. 4 RefE-StiftungsG vorgesehene Konfliktregelung, dass bei einem Beschluss gegen das einstimmige Votum der staatlichen Seite diese Mitglieder verlangen können, dass der Präses der für das Schulwesen zuständigen Behörde die Entscheidung an sich zieht, wird nachfolgend besonders zu prüfen sein.

Der aus zwei Personen bestehende *geschäftsführende Vorstand* der Stiftung, der deren Geschäfte führt und demgemäß als Leitungsorgan alle in den Zuständigkeitsbereich der Stiftung fallenden Entscheidungen zu treffen hat (§9 Abs. 1 RefE-StiftungsG), soweit nicht die Zuständigkeit des Kuratoriums gemäß § 12 RefE-StiftungsG gegeben ist, wird vom Kuratorium nach dem Prinzip der doppelten Mehrheit gewählt (§ 8 Abs. 1 RefE-StiftungsG). Durch die auf diese Weise erforderliche Mehrheit der staatlichen Mitglieder im Kuratorium wird für die Vorstandsmitglieder die für ihre Amtsführung notwendige unmittelbar personell-demokratische Legitimation sichergestellt.<sup>480</sup>

### **2.3.3. Anwendung der Dreistufentheorie auf die Entscheidungen des Kuratoriums in Grundsatzfragen (Erlass von Satzungen und Wirtschaftspläne, Abschluss von Zielvereinbarungen mit der für das Schulwesen zuständigen Behörde)**

Da die dem *Kuratorium* eingeräumten weitreichenden Entscheidungsbefugnisse allesamt die Ausgestaltung des gemäß Art. 7 Abs. 1 GG unter staatlicher Verantwortung stehenden beruflichen Schulwesens

---

<sup>480</sup> Ebenso *Schneider*, Berufliche Schulen als Stiftungen, S. 55.

betreffen, entfalten seine Entscheidungen grundrechtsrelevante Wirkung für Dritte, vor allem für die Schüler, aber auch für deren Eltern, so dass es also entscheidend auf eine ausreichende personell-demokratische Legitimation dieses Beschlussorgans als Teil der staatlichen Schulverwaltung im Sinne der Dreistufenlehre ankommt.

a) Die Dreistufendoktrin lässt nur für die *erste Stufe* zu, dass einzelne Legitimationselemente, insbesondere aber das an sich erforderliche Element personeller Legitimation zurücktreten.<sup>481</sup> Dies betrifft *Aufgaben, die nicht oder nur unerheblich die Wahrnehmung von Amtsaufgaben gegenüber dem Bürger berühren* oder einen „*besonders geringen Entscheidungsgehalt*“ besitzen. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen „Kompetenzen gegenständlich im einzelnen und auch ihrem Umfang nach eng begrenzt sind und die zu treffenden Entscheidungen inhaltlich so weit vorstrukturiert sind, dass sie sich etwa auf die messbar richtige Plan- oder Gesetzesdurchführung beschränken.“ Unter dieser Voraussetzung wird als ausreichend angesehen, dass das entscheidende Gremium an Gesetz und Recht gebunden ist, also an die Stelle der personell-demokratischen Legitimation die sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente treten kann. Gleichwohl auftretende Streitfragen, die für den Schulauftrag von Belang sind, müssen von einer Stelle mit ausreichender personeller Legitimation entschieden werden oder es ist die Möglichkeit eines Evokations- oder Vetorechts einer parlamentsverantwortlichen staatlichen Aufsichts- oder Kontrollinstanz vorzusehen.<sup>482</sup>

Bezogen auf das Stiftungsmodell kommen hier lediglich Maßnahmen in Betracht, die den eigentlichen Erziehungsauftrag der staatlichen Berufsschulen nur am Rande berühren. Für derartige Maßnahmen von geringem Gewicht kann eine relativ autonome Entscheidungszuständigkeit der teilprivatisierten Leitungsgremien der Stiftung vorgesehen werden. Nach dem für das Kuratorium vorgesehenen Aufgabenkatalog in § 12 RefE-StiftungsG spielt dieser Referenzpunkt der Dreistufentheorie jedoch keine

---

<sup>481</sup> BVerfGE 83, 74, auch die folgenden Zitate; BVerfGE 93, 71.

<sup>482</sup> BVerfGE 93, 37, 71; *Geis*, FS Vogel, S. 47 f.



wesentliche Rolle, so dass er demokratierechtlich als unproblematisch anzusehen ist.

Ein andere Qualität für die Erfüllung des staatlichen Schulauftrages im Bereich des beruflichen Schulwesens besitzen dagegen praktisch alle in den Zuständigkeitsbereich des Kuratoriums fallenden Angelegenheiten. Bereits der Umstand, dass die damit zusammenhängenden Aufgaben bislang vom Senat der Hansestadt wahrgenommen werden, verweist auf die Bedeutung, die diese Agenden für die Aufgabenerfüllung der Schulverwaltung gemäß Art. 7 Abs. 1 GG besitzen. Sie sind je nach ihrem Entscheidungsgewicht entweder der 2. oder 3. Stufe zuzuordnen, woraus sich für die Intensität der personell-demokratischen Rückkoppelung unterschiedliche Konsequenzen für den zu beachtenden Abstimmungsmodus bzw. Entscheidungsrahmen ergeben.

b) Im Sinne der Stufentheorie gilt für Entscheidungen über Angelegenheiten der *zweiten Stufe*, die zwar dem *innerdienstlichen Bereich* angehören, aber „*typischer Weise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtsauftrages*“ einer Behörde nicht unerheblich berühren, dass die Möglichkeit der verbindlichen *Letztentscheidung* stets einem gegenüber Volk und Parlament *verantwortlichen Amtsträger* vorbehalten sein muss.<sup>483</sup> Dazu gehören eine Vielzahl von Entscheidungen, die innerhalb einer Behörde zu treffen sind und zu deren normalem Aufgabenvollzug gehören.

Bezogen auf das bei der Stiftung vorgesehene Kompetenzgefüge wird man hierzu mehrheitlich die in § 12 Abs. 3 RefE-StiftungsG enumerierten Grundsatzangelegenheiten rechnen können, über die der Vorstand zwar gemäß § 9 Abs. 1 RefE-StiftungsG entscheidet, für die aber die Zustimmung des Kuratoriums erforderlich ist. Da ohne diese Zustimmung die entsprechenden Entscheidungen des Vorstands nicht rechtswirksam werden können, setzt dies nach Maßgabe des grundgesetzlichen Demokratieprinzips voraus, dass die Mehrheit der Mitglieder des teilprivatisierten Kuratoriums uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert ist und die Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen werden muss

---

<sup>483</sup> BVerfGE 93, 37, 72.

(im Sinne des Prinzips der doppelten Mehrheit)<sup>484</sup>. Diese Bedingung wird im Referentenentwurf ersichtlich nicht erfüllt. Das insofern bestehende demokratische Legitimationsdefizit kann jedoch durch ein verbindliches Letztentscheidungsrecht eines demokratisch legitimierten, gegenüber Volk und Parlament verantwortlichen Amtsträgers geheilt werden.<sup>485</sup> Ein ‚bloßes‘ Interventionsrecht (Weisungs- oder Vetorecht) der Behörde für Bildung und Sport reicht allein nicht aus, denn diese muss wegen des dem Kuratorium anhaftenden Mangels demokratischer Legitimation und der darin begründeten Fehlerhaftigkeit der Entscheidungsfindung von sich aus ihr Aufsichtsrecht ausüben können.<sup>486</sup> Die in § 13 Abs. 4 RefE-StiftungsG getroffene Konfliktregelung wird diesem Anspruch nicht voll gerecht. Denn nur im Fall eines einstimmigen Minderheitsvotums der Behördenvertreter im Kuratorium muss und darf der Präses der für das Schulwesen zuständigen Behörde die Entscheidung an sich ziehen. Dies widerspricht dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, dass die Ausübung des Letztentscheidungsrechts insoweit nicht von der Darlegung abhängig gemacht werden darf, dass der jeweilige Konfliktfall wegen seiner Auswirkungen auf das Gemeinwohl Bestandteil der Regierungsverantwortung ist.<sup>487</sup> Ihr Letztentscheidungsrecht muss die zuständige Behörde deshalb prinzipiell auf Grund des ihr zustehenden Rechts der unbeschränkten Fachaufsicht ausüben können; ein solch umfassendes Aufsichtsrecht steht ihr aber gemäß § 17 Abs. 2 RefE-StiftungsG sowie nach allgemeinen Grundsätzen des Stiftungsrechts (dazu näher unter c) gerade nicht zu.<sup>488</sup>

*c) Zur dritten Stufe gehören alle Maßnahmen, insbesondere organisatorische und personelle Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben im Bereich der obligatorischen Staatsverwaltung betreffen; sie sind „stets von so großer Bedeutung für die*

---

<sup>484</sup> BVerfGE 93, 37, 72.

<sup>485</sup> BVerfGE 93, 72.

<sup>486</sup> BVerfGE 93, 37, 72.

<sup>487</sup> BVerfGE 93, 37, 72.

<sup>488</sup> Geis, FS Vogel, S. 48, weist in diesem Zusammenhang beispielhaft auf die in § 90 hmbSchG getroffene Regelung hin, wonach bei der Beanstandung von Beschlüssen schulischer Gremien durch die Schulleitung die zuständige Behörde entscheidet

*Erfüllung des Amtsauftrages, dass die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung für sie keine substantiellen Einschränkungen erfahren darf.*<sup>489</sup> Deshalb muss die *Dominanz der personell-demokratisch legitimierten Amtsträger schon bei der Willensbildung und erst recht die Entscheidungsherrschaft bei der Entscheidungsfindung sichergestellt sein.*<sup>490</sup>

Daraus folgt für die Entscheidungsgewalt des Stiftungskuratoriums: Maßnahmen, die sich auf die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags im Bereich des beruflichen *Schulwesens* beziehen und demgemäß den Kernbereich des Amtsauftrages erfassen – und dazu gehören praktisch alle in § 12 Abs. 2 RefE-StiftungsG genannten Befugnisse, die angefangen von dem gemäß Nr. 1 jährlich zu beschließenden Wirtschaftsplan bis hin zu den gemäß Nrn. 8 – 20 zu erlassenden Satzungen (über Studentafeln, Nr. 9 etc., einschließlich Standortentscheidungen gemäß Nr. 18) den in Art. 7 Abs. 1 GG festgelegten schulischen Gestaltungsauftrag des Staates materialisieren<sup>491</sup> – dürfen nicht Stellen „zur Alleinentscheidung übertragen werden ....., die Parlament und Regierung nicht verantwortlich sind.“<sup>492</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellt hierzu ausdrücklich klar<sup>493</sup>, dass ein „Aufhebungs- und Letztentscheidungsrecht der obersten Dienststelle ... in Angelegenheiten, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, nicht geeignet sind, den Mangel an demokratischer Legitimation auszugleichen, der ihnen anhaftet. *Hier verfehlt eine auf ein bloßes Evokationsrecht zurückgenommene Entscheidungsbefugnis des demokratisch legitimierten und parlamentarisch verantwortlichen Amtsträgers schon im Ansatz die Anforderungen des demokratischen Prinzips, weil solche Entscheidungen einer Mediatisierung durch eine nicht voll demokratisch legitimierte Stelle unzugänglich sind.*“

M. a. Worten: In den genannten, für die Ausübung des staatlichen Erziehungsauftrages wichtigen Angelegenheiten muss die

---

<sup>489</sup> BVerfGE 93, 37, 72.

<sup>490</sup> BVerfGE 93, 37, 72 f.

<sup>491</sup> Das Gewicht der vom Kuratorium zu treffenden Entscheidungen wird noch dadurch erhöht, dass den Schulen vor Ort größere Autonomie eingeräumt werden soll, so dass dieses Stiftungsgremium im Rahmen seiner Kompetenzfülle deren Handlungsspielraum vorprogrammiert.

<sup>492</sup> BVerfGE 93, 37, 73.

<sup>493</sup> BVerfGE 93, 37, 78.

Entscheidungsherrschaft der personell demokratisch legitimierten Amtsträger unbedingt durchgängig im gesamten Entscheidungsverfahren gesichert sein. Dementsprechend können Beschlüsse eines Gremiums oder einer Instanz, in denen dies nicht sichergestellt ist, wie im Fall des Kuratoriums, nur den Charakter einer Empfehlung an die Aufsichtsbehörde haben.<sup>494</sup>

Auf Grund der vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Konditionen für die Sicherstellung eines personell-demokratisch ausreichend legitimierten Verwaltungsverfahrens reicht deshalb die sachlich-inhaltliche Legitimation, die dazu dient, dass die Ausübung der Staatsgewalt dem Inhalt nach als vom Volk hergeleitet angesehen werden kann, nicht aus.<sup>495</sup> Deshalb greift im Rahmen der Stiftungskonstruktion eine bloß fach- oder rechtsaufsichtliche Kontrolle ebenso zu kurz wie die in § 13 Abs. 4 RefE-StiftungsG vorgesehene Konfliktregelung, dass der Präses der für das Schulwesen zuständigen Behörde die Entscheidung an sich zu ziehen hat, wenn ein Beschluss des Kuratoriums gegen das einstimmige Votum der Staatsvertreter gefällt wird. Auch andere Formen der Verwaltungssteuerung, wie z. B. vom Gesetzgeber normativ fixierte Ordnungsprogramme zur Schulgestaltung im Bereich des beruflichen Schulwesens oder die Festlegung der Verwaltungsziele der Stiftung durch eine Ziel- und Leistungsvereinbarung, die gemäß § 18 RefE-StiftungsG mit der Schulbehörde abgeschlossen und deren Einhaltung im Rahmen der Rechts- und Fachaufsicht kontrolliert werden soll (§ 17 Abs. 3 u. 4 RefE-StiftungsG), vermögen das hier bestehende Demokratiedefizit nicht zu korrigieren. Denn die auf der Grundlage derartiger rechtlicher Vorgaben zu treffenden Entscheidungen enthalten immer noch einen erheblichen Gestaltungsspielraum, der sich durch abstrakt-generell definierte Legitimationskriterien nicht exakt vorprogrammieren lässt, so dass die dabei stattfindende Mediatisierung des Verwaltungshandelns durch eine nicht voll demokratisch legitimierte Stelle den Anforderungen des Demokratieprinzips widerspricht.

---

<sup>494</sup> BVerfGE 93, 73, 78.

<sup>495</sup> *Fiedler*, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, S. 111.

Durch strikte Einhaltung der personell-demokratischen Legitimationsanforderungen im Kernbereich der obligatorischen Staatsverwaltung soll gerade ausgeschlossen werden, dass im Fall der Beteiligung Privater an der Entscheidungsfindung Rechtsakte erzeugt werden, die wegen der unzureichenden Mitwirkung personell legitimierter Amtsträger keinesfalls Rechtswirkung entfalten sollen. Das hier bestehende Legitimationsdefizit lässt sich nur kompensieren, wenn zur Wahrung der erforderlichen Letztentscheidungsbefugnis alle diesbezüglich zu treffenden Entscheidungen unter einen Genehmigungsvorbehalt gestellt werden. Zu Recht wird in der Literatur<sup>496</sup> darauf hingewiesen, dass im Gegensatz zu einer bloßen Kenntnisgabelösung dadurch verhindert wird, „dass ohne Mitwirkung des Staates Rechtsakte gültig werden. Der Entscheidungscharakter nach außen entsteht also erst durch die erfolgte Genehmigung.“ Für eine solche Lösung hat sich übrigens der Hamburger Schulgesetzgeber in einem anderem Regelungszusammenhang in § 51 Abs. 2 hmbSchG bereits entschieden. Das auf der Grundlage schulischer Selbstverwaltung zu erarbeitende Schulprogramm wird erst rechtsverbindlich, wenn es die zuständige Behörde im Rahmen der Fachaufsicht (§ 85hmbSchG) genehmigt. Bezogen auf die vorgesehene rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts steht einer Übernahme dieser Lösung aber entgegen, dass dieser Organisationsform der mittelbaren Staatsverwaltung ein gewisses Maß an Autonomie eigen ist, so dass die Stiftungsaufsicht grundsätzlich auf die Rechtsaufsicht beschränkt ist.<sup>497</sup> Weiterreichende Maßnahmen können die Stiftung in ihren Rechten verletzen.<sup>498</sup>, denn staatliche Eingriffe in das Stiftungsleben dürfen nur insoweit erfolgen, als sie durch das öffentliche Interesse an der Verfolgung des Stiftungszwecks gerechtfertigt sind<sup>499</sup>, was im Konfliktfall zu schwierigen Abgrenzungsproblemen über die Reichweite der Stiftungsaufsicht führen kann. Dieser Grundsatz gilt prinzipiell auch für Stiftungen des öffentlichen Rechts. Auf Grund dieser stiftungsrechtlich bestehenden Rechtskonstellation zeigt sich, dass der Instrumentalisierung

---

<sup>496</sup> Geis, FS Vogel, S. 50.

<sup>497</sup> Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, § 89 I 2 Rz. 14

<sup>498</sup> Kluth, a. a. O., § 89 IV Rz. 40.

<sup>499</sup> BVerwGE 40, 347, 351; .

einer öffentlich-rechtlicher Stiftungen<sup>500</sup>, bei der ein bestimmtes Zweckprogramm für das berufliche Schulwesen durch eine verselbständigte Verwaltungseinheit umgesetzt werden soll, von der Rechtsordnung Grenzen gesetzt sind.

### **Fazit**

Die Organisationsstruktur des Stiftungsmodells weist bezüglich der Zusammensetzung des Stiftungsorgans Kuratorium, in dem die personell-demokratischen legitimierte Amtsträger sich bei Beschlüssen gegenüber den Vertretern gesellschaftlicher Interessen nicht durchsetzen können, entscheidende demokratierechtliche Defizite auf. Im Hinblick auf die diesem Gremium eingeräumten Entscheidungsbefugnisse, die für die Ausübung der staatlichen Schulaufsicht wesentlich sind, ist nach Maßgabe der vom Bundesverfassungsgericht in seiner Dreistufentheorie aufgestellten Kriterien für die Beteiligung Privater an Entscheidungsprozessen im Bereich der obligatorischen Staatsaufgaben sowohl eine Verletzung der demokratietheoretischen Anforderungen im Bereich der 2. Stufe (Aufgaben, die nicht unerheblich die Wahrnehmung des Amtsauftrages berühren) als auch bezüglich der 3. Stufe (organisatorische und personelle Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben im Bereich der obligatorischen Staatsverwaltung betreffen) festzustellen. Die im Sinne der Dreistufentheorie vorgegebenen Konditionen für ein ausreichendes personell-demokratisch legitimierte Verwaltungsverfahren im Kernbereich der Staatlichkeit, wozu die Wahrnehmung der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zählt, werden sowohl bei den dem Kuratorium eingeräumten Zustimmungsrechten zu Grundsatzentscheidungen des Vorstands gemäß § 12 Abs. 23 RefE-StiftungsG als auch bei den eigenständigen Entscheidungsrechten über die von diesem Gremien zu treffenden Maßnahmen (gemäß § 12 Abs. 2 RefE-StiftungsG Erlass von Satzungen etc.) nicht beachtet. Der im Referentenentwurf vorgesehene

---

<sup>500</sup> Zur Kritik dieser Instrumentalisierung im Bereich des Hochschulwesens vgl. *J. Perels*, Verfassungsrechtliche Analyse der Hochschulen in der Trägerschaft von rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts, in: Sterzel/Perels, Freiheit der Wissenschaft und Hochschulmodernisierung, 2003, S. 236 ff.; *O. Behrends*, Eine „Stiftung“ als Trägerin und Leitungselement einer Körperschaft – Miß- und Fehlgebrauch rechtlicher Institutionen, in: ders., Hrsg., Göttingen Stiftungsuniversität?, 2003, S. 11 ff.

Konfliktregelungsmechanismus und insbesondere auch die der Behörde für Bildung und Sport eingeräumten Aufsichtsbefugnisse vermögen die insofern bestehenden Defizite nicht zu kompensieren, nicht zuletzt wegen der stiftungsrechtlich begründeten notwendigen Begrenzung der Stiftungsaufsicht auf eine bloße Rechtsaufsicht.

Aus diesem Grund ist eine tragende Säule des Stiftungsmodells wegen Verstoßes gegen den vom Bundesverfassungsgericht für unabdingbar gehaltenen Steuerungsmodus der Demokratie bei der Erfüllung der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG als einer Staatsaufgabe im engeren Sinn verfassungswidrig.<sup>501</sup>

#### **2.3.4. Prinzip der interressengerechten Beteiligung Betroffener im Fall einer Mitwirkung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen**

Unbeschadet der getroffenen Feststellung, dass dem Handeln des Stiftungsorgans Kuratorium die ausreichende demokratische Legitimation fehlt, erfordert die Zusammensetzung dieses Gremiums im Hinblick auf die Stimmverteilung von Kammermitgliedern, d. h. der Vertreter der Arbeitgeberseite, und der Gewerkschaftsseite eine gesonderte verfassungsrechtliche Überprüfung. Zu fragen ist, ob und wie sich rechtfertigen lässt, dass im Kuratorium der Anteil der Kammerverepäter als Repräsentanten bestimmter wirtschaftlicher Interessen auf zehn und derjenige der Repräsentanten der Arbeitnehmerinteressen auf zwei festgelegt werden soll. Bezogen auf die Wahrnehmung und Erfüllung des staatlichen Schulauftrages im Bereich des beruflichen Schulwesens sind beide Interessengruppen nicht als Betroffene des schulischen Prozesses, sondern als Außenstehende anzusehen. Legitimationsgrund für deren Entsendung in ein staatliches Entscheidungsorgan, das eine Staatsaufgabe im engeren Sinn zu erfüllen hat, ist in beiden Fällen, dass es sich jeweils um Funktionsträger gesellschaftlicher Interessen handelt, die ihren

---

<sup>501</sup> Dagegen sehen *Avenarius/Rux*, Rechtsprobleme der Berufsausbildung, S. 62 f., die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Stiftungskonstruktion im Hinblick auf das komplizierte Modell der Entscheidungsstruktur weitgehend ausgeräumt, melden aber aus diesem Grund Zweifel an der Praxistauglichkeit an. Auch *Breßler*, DÖV 2003, S. 619 f., sieht in der Überleitung der Trägerschaft beruflicher Schulen in eine Stiftung des öffentlichen Rechts eine zukunftsfähige Alternative, wemngleich er sich mit der konkreten Ausgestaltung des Kompetenzgefüges des Hamburger Referentenentwurfs nicht näher befasst.

wirtschaftlichen Sachverstand bei der Bestimmung und Fortentwicklung beruflicher Qualifikationsstandards und Ausbildungsprofile in die der staatlichen Schulaufsicht unterliegenden berufliche Schulausbildung einbringen sollen. Auch wenn es sich hierbei also nicht um die Durchsetzung von Prinzipien der Betroffenenbeteiligung im Sinne funktionaler Selbstverwaltung handelt<sup>502</sup>, muss sich die Einbeziehung Privater jedoch vom Grundsatz angemessener Interessenberücksichtigung bei gleichgelagerter Interessendisposition und dem Verbot der Privilegierung von Sonderinteressen leiten lassen<sup>503</sup>, um einen demokratiewidrigen ungleichen Einfluss der Staatsbürger auf die Ausübung von Staatsgewalt auszuschließen. Gerade die Schule muss als Ort des Lernens frei von sozialer Polarisierung bleiben. Wegen ihrer für des Gemeinwohl wichtigen Bedeutung als Sozialisationsinstanz muss sie dementsprechend in den für den Erziehungs- und Bildungsauftrag relevanten Entscheidungsstrukturen interessenneutral organisiert sein, um einer gesellschaftlichen Vereinnahmung des schulischen Bildungsprogramm vorzubeugen.

Insofern fällt im Hinblick auf die dem Gesetzgeber kraft Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) aufgebene Neutralitätspflicht gegenüber den Sozialpartnern ins Gewicht, dass die Zusammensetzung dieses Stiftungsorgans dem Modus der Beteiligung im Bereich des beruflichen Ausbildungswesens fundamental widerspricht, so dass geradezu von einem Systembruch gesprochen werden muss. Kennzeichen des Dualen Systems ist, wie dargelegt<sup>504</sup>, die *gleichberechtigte Mitwirkung* der Arbeitgeberverbände (einschließlich der Kammern) und der Gewerkschaften in den vorgesehenen Entscheidungsgremien, z. B. bei der Durchführung des Prüfungswesens, aber auch in den Beratungsgremien, die bei der inhaltlichen Vorprogrammierung der beruflichen Ausbildung zu beteiligen sind. Selbst für betriebliche Bildungsmaßnahmen sieht das Betriebsverfassungsgesetz unter bestimmten Voraussetzungen die Mitbestimmungspflicht des Betriebsrates vor (§§ 97, 98 BetrVG).

---

<sup>502</sup> Vgl. oben C. I.2.1. u. 2.2.

<sup>503</sup> BVerfGE 107, 59, 99.

<sup>504</sup> Vgl. oben C. I. 1.2.



Es besteht von daher nicht nur kein Anlass, sondern ist verfassungsrechtlich im hohen Maß bedenklich, dass die letztlich im Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) und zum Schutz grundrechtlich legitimierter Interessen begründete gleichberechtigte Beteiligung der Kammern und der Gewerkschaften, die in allen für das Duale System bedeutsamen Gremien vorgesehen ist, aufgegeben werden soll. Die dafür entwickelte Form der sozialen Kooperation trägt nicht nur dank der bei beiden Seiten vorhandenen wirtschaftlichen Fachkompetenz zur Optimierung des beruflichen Schulwesens und der Heranbildung eines fachlich qualifizierten industriellen Nachwuchses bei, sondern fördert auch den sozialen Frieden.

### **Fazit**

Durch die sachlich nicht gerechtfertigte Überrepräsentation der Kammervertreter im Stiftungskuratorium, die in diesem Schulverwaltungsgremium die Rechtsstellung von Privatleuten haben, wird das für unsere Staatsordnung konstitutive Gebot der Neutralität staatlichen Handelns verletzt.<sup>505</sup> Der vom Grundgesetz verfasste freiheitliche Staat braucht zur Aufgabenerfüllung der öffentlichen Verwaltung einen öffentlichen Dienst, der zum Schutz der Grundrechte derjenigen, die nicht in die staatliche Organisation eingebunden sind, als neutraler Sachwalter des Staates dem Bürger bei der Verwirklichung des Staatswillens gegenübertritt.<sup>506</sup> Dies ist der verfassungsrechtliche Sinn des Funktionsvorbehalts (Art. 33 Abs. 4 GG), der den Einsatz von personell-demokratisch hinreichend legitimierten Beamten im Bereich des öffentlichen Schulwesens als Staatsaufgabe determiniert.

### **2.4. Übertragung der Dienstherrnfähigkeit auf die Stiftung Berufliche Schulen Hamburg**

Einer Stiftung des öffentlichen Rechts kann im Zuge des Errichtungsaktes gemäß § 121 Abs. 2 BRRG durch Gesetz oder Rechtsverordnung die Dienstherrnfähigkeit übertragen werden. § 21 Abs. 1 RefE-StiftungsG sieht dies vor. Auf diesem Wege kann eine Stiftung auch Beamte für die ihr gestellte Aufgabe beschäftigen sowie die ihr als Arbeitgeber obliegenden

---

<sup>505</sup> A. A. *Schneider*, *Berufliche Schulen als Stiftungen*, S. 53.

<sup>506</sup> BVerfGE 108, 282, 322 – Minderheitsvotum.

Rechte und Pflichten gegenüber den Tarifkräften des öffentlichen Dienstes (Angestellte und Arbeiter) erfüllen. Sicherzustellen ist bei der Wahrnehmung von Dienstherrenfunktionen, dass die generelle Übertragung der Entscheidungsgewalt in allen personellen Fragen der Beamten an einen Ausschuss, dessen Mitglieder der Regierung nicht verantwortlich sind, unterbleibt; dies ist mit dem Prinzip des demokratischen Rechtsstaats im Sinn des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar.<sup>507</sup> Denn entsprechend hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums dürfen „über Personalangelegenheiten eines Beamten in der Regel allein die ihm vorgesetzten Dienstbehörden entscheiden, die in einem hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnis stehen.“

Deshalb ist für die Entscheidungsstruktur der Stiftung bedeutsam, dass die Personalführung der auf die Stiftung gemäß § 23 Abs. 1 RefE-StiftungsG nach Maßgabe der §§ 128 Abs. 3 u. 4, 129 Abs. 1, 3 u. 4 BRRG übergeleiteten Beamten ausschließlich in der Zuständigkeit des personell-demokratisch legitimierten Vorstands der Stiftung liegt und dass das nicht ausreichend legitimierte Kuratorium mit beamtenrechtlichen Fragen nicht befasst wird. § 21 Abs. 2 RefE-StiftungsG entspricht diesem Erfordernis, da als oberste Dienstbehörde im Sinne von § 3 Abs. 2 Hamburgischen Beamtengesetzes der Vorstand der Stiftung fungiert. Er ernennt und entlässt die Beamtinnen und Beamten und ist deren Dienstvorgesetzter. Dies steht mit Art. 45 Abs. 1 HmbVerf im Einklang, der dem Senat die Befugnis gibt, das ihm zustehende Recht zur Ernennung, Beförderung und Entlassung auf andere Stellen zu delegieren.

### **Fazit**

Gegen die im Stiftungerrichtungsgesetz vorgesehene, auf § 121 Abs. 2 BRRG gestützte Übertragung der Dienstherrenfähigkeit und die damit verbundenen beamtenrechtlichen Befugnisse gegenüber den Lehrerinnen und Lehrern der beruflichen Schulen nach erfolgtem Dienstherrenwechsel gemäß §§ 128 Abs. 3 u. 4, 129 Abs. 1, 3 u. 4 BRRG sowie von Arbeitgeberfunktionen gegenüber dem in den beruflichen Schulen

---

<sup>507</sup> BVerfGE 9, 268, 282, auch das folgende Zitat. .

beschäftigten Tarifpersonal des öffentlichen Dienstes bestehen deshalb keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

### **2.5. Verfassungsrechtliche Grenzen der Veränderung der Schulorganisation für berufliche Schulen im Lichte der Wahrung des Demokratieprinzips im Bereich der staatlichen Schulhoheit**

Beabsichtigt ist, den beruflichen Schulen zum einen eine größere Eigenständigkeit zu gewähren und sie zu diesem Zweck über Ziel- und Leistungsvereinbarungen der Stiftung zu steuern, wobei ihnen zudem ein Globalbudget eingeräumt werden soll. Zum anderen sollen die Entscheidungsstrukturen nach Maßgabe des Prinzips der kollegialen Selbststeuerung durch die entscheidungsbestimmende Einbeziehung von Wirtschaftsvertretern in einem *Lenkungsausschuss*, der an die Stelle der Schulkonferenzen tritt, grundlegend umgestaltet werden. In einem gewissen Widerspruch dazu steht, dass künftig Geschäftsführer die Schulleitung übernehmen, die nicht mehr wie bisher auf der Grundlage eines Findungsverfahrens durch einen Findungsausschuss unter Einbeziehung von Repräsentanten des schulischen Prozesses (Schüler-, Eltern- und Lehrervertreter sowie einem Mitglied des Personalrats der betreffenden Schule) ausgewählt werden, sondern vom Schulträger „Stiftung Berufliche Schulen Hamburg, konkret dem Vorstand der Stiftung bestellt werden. Des weiteren ist geplant, dem Präses der für das Schulwesen zuständigen Behörde als neue, unabhängige Fachinstanz eine Organisationseinheit „*Schulinspektion*“ zu unterstellen; sie soll als Instrument der staatlichen Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung die Selbstevaluation der Schulen unterstützen. Die Einrichtung einer derartigen schulspezifischen Form der externen Evaluationskontrolle dient dem Ziel, die in den Schulen geleistete Erziehungs- und Verwaltungsarbeit zu optimieren. Man kann darin eine moderne, intelligente Form vorweggenommener Fachaufsicht sehen. Ob die Grundsätze des Datenschutzes ausreichend beachtet werden, kann hier dahingestellt bleiben; staatsorganisationsrechtlich gesehen gehören die damit verbundenen verwaltungsorganisatorischen Maßnahmen in den Bereich der Organisationsgewalt der Regierung und werfen von daher keine besonderen verfassungsrechtlichen Fragen auf.

#### **2.5.1. Umfang und Grenzen schulischer Autonomie vor Ort**

Was die beabsichtigte Einräumung größerer Autonomie der einzelnen Schule anbelangt, so ist hier davon auszugehen, dass diese für sich genommen, verfassungsrechtlich unbedenklich ist, so lange der staatlichen Schulaufsicht im Rahmen ausreichender fachaufsichtlicher Kontrolle die in Konsequenz des Art. 7 Abs. 1 GG zu beachtende letztendliche Verantwortung vorbehalten bleibt. D. h. ein dem Parlament verantwortlicher Amtswalter in der Reihenfolge Geschäftsführung = Schulleitung, Schulbehörde, Senator muss die Bestimmungsgewalt über den Aufgabenvollzug zur Realisierung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages behalten.

Wenn also den weiter als unselbständige Anstalten geführten beruflichen Schulen unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit und Sachnähe ein größeres Maß an Eigenständigkeit zugestanden werden soll, muss eine Balance zwischen schulpolitisch gewünschter Autonomie und rechtlich erforderlichen staatlichen Einflussmöglichkeiten durch entsprechende besondere Steuerungsinstrumente und inhaltliche Direktiven hergestellt werden. Dafür können einerseits normative, vom Gesetzgeber festgelegte materielle Vorgaben die Zielsetzungen für die Aufgabenerfüllung und die dabei zu beachtenden Handlungsspielräume definieren und andererseits institutionelle Steuerungsinstrumente gewählt werden, um durch Erlass von Verwaltungsvorschriften und Einzelweisungen sowie die im Rahmen der Aufsicht zur Verfügung stehenden Kontrollmittel die Einflussnahme des Staates sicherzustellen. Je nachdem, ob eine größere oder nur grobmaschige Regulierungsdichte gewünscht ist, macht dieser Rahmen es möglich, den in der Schule vorhandenen Sachverstand für die Aufgabenwahrnehmung zu nutzen, wobei es nahe liegt, dass die Aufsichts- und Weisungsrechte unter dieser Prämisse nur zurückhaltend eingesetzt werden sollten. Ziel- und Leistungsvereinbarungen können im Sinne des neuen Steuerungsmodells als geeigneter Modus für diese Form der Verwaltungsführung von Schulen angesehen werden; sie ermöglichen es, für zukünftiges Verwaltungshandeln Gestaltungsfreiräume mit bestimmten Zielvorgaben zu verbinden, so dass sie als antizipativ wirkendes fachaufsichtliches Instrument der Schulaufsicht genutzt werden können. Da dabei die bestehenden Weisungsrechte der

übergeordneten Behörde fortbestehen, wovon bei diesem verwaltungsrechtlich noch nicht voll ausgeloteten Führungsinstrument eines Kontraktmanagements in der Regel ausgegangen werden kann, handelt es sich letztlich lediglich um eine rechtlich nicht einklagbare Selbstbindung der Aufsichtsinstanz.<sup>508</sup>

Dieses Konzept liegt offenkundig dem Referentenentwurf zur Änderung des Schulgesetzes im Bereich der beruflichen Schulen zugrunde. Denn der jeweiligen Geschäftsführung jeder Schule steht das in § 90 hmbSchG normierte weit gefasste Beanstandungsrecht der Schulleitung zu, das eine umfassende Rechts- und Fachaufsicht der zuständigen Behörde auslöst; diese Behörde ist gemäß §§ 3 Abs. 4 RefE-StiftungsG i. V. m. § 85 Abs. 1 hmbSchG der Vorstand der Stiftung, der personell-demokratisch ausreichend legitimiert ist. Der Regelungsvorschlag trägt damit dem Hinweis des Nieders. Staatsgerichtshofs angemessen Rechnung, dass die Einräumung größerer Autonomie für schulische Selbstverwaltungsgremien, bei denen übrigens die Mitwirkung von Eltern und Schülern und nicht von außerhalb des schulischen Prozesses stehenden Dritten im Vordergrund stand, über bloße Evokationsrechte hinausgehende aufsichtliche Instrumentarien verlangt, mit deren Hilfe auf den gesamten Tätigkeitsbereich der Gremien eingewirkt werden kann, um die Belange der staatlichen Schulhoheit zur Geltung zu bringen.<sup>509</sup>

Aus diesem Grund und mit diesem Vorbehalt ist der den Schulen eingeräumte Gestaltungsspielraum für die Verwirklichung des staatlichen Schulauftrages als verfassungskonform anzusehen, weil der Staat im Rahmen der ihm eingeräumten Aufsichtsbefugnisse die ihm gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zustehende Schulherrschaft in angemessener Weise zur Geltung bringen, d. h. durchsetzen kann.

### **2.5.2. Demokratierechtliche Defizite bei der Zusammensetzung des Lenkungsausschusses**

Der an die Stelle der Schulkonferenz tretende *Lenkungsausschuss* erhält als oberstes Beschluss- und Beratungsgremium der branchenorientierten

---

<sup>508</sup> Kluth: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, § 85 III 2 Rz. 42.

<sup>509</sup> NdsStGH NVwZ 1997, 267, 271, vgl. oben B. III.4.2.3.

beruflichen Schulen auf Grund der diesem Organ zugewiesenen Kompetenzen eine Schlüsselfunktion für die Schulverwaltung vor Ort (§§ 56a, 56b hmbSchG-RefE). Er besteht aus Vertretern der jeweiligen Ausbildungsbetriebe, des pädagogischen Personals, der Schüler und Eltern, des nichtpädagogischen Personals und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter als Sozialpartner. Die Besonderheit dieses Gremiums liegt in seiner Zusammensetzung, denn es ist so konzipiert, dass die Betriebsvertreter im Lenkungsausschuss eine Stimme mehr haben als das pädagogische Personal.<sup>510</sup>

Da der Lenkungsausschuss nach Maßgabe der ihm zustehenden Kompetenzen Entscheidungen trifft, die für die Schulverwaltung wesentlich sind und damit zentral zum Bereich der obligatorischen Staatsaufgabe Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG gehören, ist die Frage der ausreichenden demokratischen Legitimation von daher für dieses Organ genau so zu beurteilen wie beim Stiftungskuratorium.<sup>511</sup> Es handelt sich um Maßnahmen, die ihrer Bedeutung nach im Sinne der Dreistufentheorie zur 3. Stufe gehören. Deshalb ist eine Zusammensetzung dieses Organs, bei dem die personell-demokratische Legitimation der Mehrheit der Entscheidungsträger nicht sichergestellt ist, aus den dort genannten Gründen als Verstoß gegen das Demokratieprinzip anzusehen. Dementsprechend können Beschlüsse dieses Gremiums, in dem die notwendige Entscheidungsherrschaft personell-demokratisch legitimer Amtsträger im gesamten Entscheidungsverfahren nicht gewährleistet ist, nur den Charakter einer Empfehlung an die Aufsichtsbehörde haben.<sup>512</sup>

Und ebenso stellt die Zusammensetzung dieses Gremiums im Hinblick auf die oben angeführten rechtlichen Bedenken<sup>513</sup> einen Verstoß gegen das Prinzip der interessengerechten Beteiligung Betroffener im Rahmen der Mitwirkung Privater an schulischen Entscheidungsprozessen dar.

---

<sup>510</sup> So der ausdrückliche Hinweis der Behörde für Bildung und Sport, Vorlage für die Kammern, Strukturelle Reform des Beruflichen Schulwesens in Hamburg, S. 4.

<sup>511</sup> Siehe dazu oben C. 2.3.3.c.

<sup>512</sup> BVerfGE 93, 73, 78.

<sup>513</sup> C. 2.3.4.

## **Fazit**

Die Einräumung größerer Autonomie bzw. schulischer Selbstverwaltung für die einzelne Schule muss gemäß Art. 7 Abs. 1 GG grundsätzlich unter dem Vorbehalt einer weitreichenden Fach- und Rechtsaufsicht der staatlichen Schulbehörde zur Durchsetzung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages im Bereich des öffentlichen beruflichen Schulwesens stehen. Der Referentenentwurf weist in dieser Hinsicht auf Grund der Zusammensetzung des Lenkungsausschusses demokratierechtliche Defizite auf. Denn in diesem obersten Entscheidungs- und Beratungsgremium, das an die Stelle der bisherigen Schulkonferenz treten soll, können die personell-demokratischen Amtsträger nicht in der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Weise im gesamten Entscheidungsverfahren ihren bestimmenden Einfluss über die zur staatlichen Schulhoheit gehörenden Angelegenheiten der sogenannten 3. Stufe geltend machen. Beschlüsse dieses Gremiums, die die Erfüllung staatlicher Aufgaben im engeren Sinne betreffen, können daher nur den Charakter einer Empfehlung gegenüber der Schulbehörde haben. Zusätzlich wird durch die Zusammensetzung dieses Gremiums gegen das Prinzip der interessengerechten Beteiligung Betroffener im Rahmen der Mitwirkung Privater an schulischen Entscheidungsprozessen verstoßen. Durch die sachlich nicht gerechtfertigte Überrepräsentation der Vertreter betrieblicher Interessen in diesem Schulorgan wird das für das Staatsverständnis des Grundgesetzes konstitutive Gebot der Neutralität staatlicher Entscheidungen verletzt.

## **3. Ergebnis**

### **3.1. Verbot der Übertragung von Aufgaben der staatlichen Schulaufsicht auf Einrichtungen funktionaler Selbstverwaltung**

a) Der Geltungsanspruch der staatlichen Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG und die damit verbundenen Gestaltungspflichten für die vom Staat in Vorsorge genommenen öffentlichen Schulen sowie Beachtung des Funktionsvorbehalts gemäß Art. 33 Abs. 4 GG für die Lehrtätigkeit der Lehrer als hoheitliche Aufgabenerfüllung verdeutlichen, dass es sich bei den auf Grund und im Rahmen der staatlichen Schulhoheit zu erledigenden Verwaltungsaufgaben um notwendige Staatsaufgaben handelt. Das originäre

Recht des Staates zur Gestaltung des öffentlichen Schulwesens, das nicht nur die organisatorische Gliederung der Schule, sondern auch die inhaltliche Festlegung der Ausbildungsgänge und Unterrichtziele umfasst, enthält einen Amtsauftrag, der nicht im Rahmen gesellschaftlicher Selbstorganisation durchgeführt werden kann. Er muss vielmehr stets den demokratisch legitimierten, letztlich parlamentsverantwortlichen Amtsträgern vorbehalten bleiben. Da die in Art. 7 Abs. 1 GG verankerte Verfassungsaufgabe staatliche Schulaufsicht mit den darin eingeschlossenen Befugnissen zur Verwirklichung des staatlichen Erziehungsauftrages zu den im engeren Sinne staatlichen Aufgaben gehört, scheidet für die schulspezifischen, d. h. auf den staatlichen Erziehungsauftrag ausgerichteten Verwaltungsaufgaben, die Möglichkeit der Schaffung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen, in welcher Rechtsform und mit welchen Entscheidungsstrukturen auch immer, aus. Dementsprechend bleibt verfassungssystematisch kein Raum, Teilbereiche der staatlichen Schulverwaltung, die der Erfüllung der staatlichen Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG dienen, auf der konzeptionellen Grundlage funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen zu organisieren.

b) Sowohl die im Grundgesetz abgesteckten Vorgaben für die staatliche Schulorganisation (Art. 7 Abs. 1 GG, Demokratie- und Rechtsstaatsgebot und Funktionsvorbehalt gemäß Art. 33 Abs. 4 GG) als auch die für das Duale System der beruflichen Bildung maßgebliche Kompetenzordnung schließt eine Übertragung der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung auf die Erledigung der mit der staatlichen Schulverwaltung im Bereich des beruflichen Schulwesens verbundenen Aufgaben im Wege des Analogieschlusses aus. Der bestehende, z. T. bundesrechtlich durch das Berufsbildungsgesetz vorgegebene einfachgesetzliche Rechtsrahmen lässt es nicht zu, die Entscheidungsstrukturen funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen auf den Bereich der staatlichen Schulorganisation im Schulsegment berufliches Schulwesen auszudehnen. Dem Hamburger Schulgesetzgeber ist es daher verwehrt, eine Stiftung des öffentlichen Rechts als „Form der kollegialen Selbststeuerung“ quasi in die Rolle einer Einrichtung der funktionalen Selbstverwaltung schlüpfen zu lassen. Der für die berufliche Bildung wichtige Lernort Schule würde auf



diese Weise grundgesetzwidrig einem Sonderrecht unterstellt. Aus Funktion und Bedeutung der grundgesetzlich verankerten staatlichen Schulaufsicht ergibt sich vielmehr im Hinblick auf den damit verbundenen Erziehungs- und Bildungsauftrag des Staates in den von ihm vorzuhaltenden öffentlichen Schulen, wozu unzweifelhaft auch die beruflichen Schulen gehören, dass es sich hierbei um eine notwendige Staatsaufgabe handelt, die von den staatlichen Organen selbst wahrgenommen werden muss und keinesfalls auf eine funktionale Selbstverwaltungskörperschaft übertragen oder von einer öffentlich-rechtlichen Stiftung als Quasi- funktionale Selbstverwaltungseinrichtung erledigt werden kann.

Eine Reorganisation des beruflichen Schulwesens auf der Grundlage der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung, die sich den für die unmittelbare Staatsverwaltung geltenden Anforderungen an die personell-demokratische Legitimation der zur Sachentscheidung berufenen Amtsträger entzieht, verstößt deshalb nicht nur gegen den in Art. 7 Abs. 1 GG explizit an den Staat erfolgten Aufgabenzuweis für die Ausübung seiner Schulhoheit als obligatorischer Staatsaufgabe, sondern unterläuft auch das für die Staats- und Rechtsordnung des Grundgesetzes konstitutive demokratische System.

### **3.2. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die Organisationsstruktur der Stiftung Berufliche Schulen**

Die Organisationsstruktur des Stiftungsmodells weist bezüglich der Zusammensetzung des Stiftungsorgans Kuratorium, in dem die personell-demokratischen legitimierten Amtsträger des Staates sich bei Beschlüssen gegenüber den Vertretern gesellschaftlicher Interessen nicht durchsetzen können, entscheidende demokratierechtliche Defizite auf. Im Hinblick auf die diesem Gremium eingeräumten Entscheidungsbefugnisse, die für die Ausübung der staatlichen Schulaufsicht wesentlich sind, ist nach Maßgabe der vom Bundesverfassungsgericht in seiner Dreistufentheorie aufgestellten Kriterien für die Beteiligung Privater an Entscheidungsprozessen im Bereich der obligatorischen Staatsaufgaben sowohl eine Verletzung der demokratietheoretischen Anforderungen im Bereich der 2. Stufe (Aufgaben, die nicht unerheblich die Wahrnehmung des Amtsauftrages berühren) als auch bei der 3. Stufe (organisatorische und personelle Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben im Bereich der

obligatorischen Staatsverwaltung betreffen) festzustellen. Die nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehenden Konditionen für ein ausreichendes personell-demokratisch legitimierte Verwaltungsverfahren im Kernbereich der Staatlichkeit, wozu die Wahrnehmung der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zählt, werden sowohl bei den dem Kuratorium eingeräumten Zustimmungsrechten zu Grundsatzentscheidungen des Vorstands gemäß § 12 Abs. 23 RefE-StiftungsG als auch bei den eigenständigen Entscheidungsrechten über die von diesem Gremien zu treffenden Maßnahmen (Erlass von Satzungen gemäß § 12 Abs. 2 RefE-StiftungsG, etc.) nicht beachtet. Der vorgesehene Konfliktregelungsmechanismus, insbesondere die der Behörde für Bildung und Sport eingeräumten Aufsichtsbefugnisse können die insofern bestehenden Defizite nicht kompensieren.

Aus diesem Grund ist eine tragende Säule des Stiftungsmodells wegen Verstoßes gegen den vom Bundesverfassungsgericht für unabdingbar gehaltenen Steuerungsmodus der Demokratie bei der Erfüllung der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG als verfassungswidrig anzusehen.

### **3.3. Verstoß gegen das Prinzip der interessengerechten Beteiligung Betroffener bei einer Beteiligung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen**

Durch die sachlich nicht gerechtfertigte Überrepräsentation der Kammervertreter im Stiftungskuratorium, die bezogen auf die Wahrnehmung staatlicher Hoheitsaufgaben die Rechtsstellung von Privatpersonen haben, wird das für das Staatsverständnis des Grundgesetzes konstitutive Gebot der Neutralität staatlicher Entscheidungen verletzt. Die darin liegende Privilegierung von gesellschaftlichen Sonderinteressen stellt einen demokratiewidrigen ungleichen Einfluss der Staatsbürger auf die Ausübung von Staatsgewalt her.

### **3.4. Dienstherrnfähigkeit der Stiftung Berufliche Schulen Hamburg**

Gegen die im Stiftungerrichtungsgesetz vorgesehene, auf § 121 Abs. 2 BRRG gestützte Übertragung der Dienstherrnfähigkeit und die damit verbundenen beamtenrechtlichen Befugnisse gegenüber den Lehrerinnen und Lehrern der beruflichen Schulen nach erfolgtem Dienstherrnwechsel gemäß §§ 128 Abs. 3 u. 4, 129 Abs. 1, 3 u. 4 BRRG sowie von

Arbeitgeberfunktionen gegenüber dem in den beruflichen Schulen beschäftigten Tarifpersonal des öffentlichen Dienstes bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

### **3.5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip bei der Veränderung der Schulorganisation der beruflichen Schulen im Hinblick auf die entscheidungsbestimmende Mitwirkung Privater im Lenkungsausschuss**

Die Einräumung größerer Autonomie bzw. schulischer Selbstverwaltung für die einzelne Schule muss gemäß Art. 7 Abs. 1 GG grundsätzlich unter dem Vorbehalt einer weitreichenden Fach- und Rechtsaufsicht der staatlichen Schulbehörde zur Durchsetzung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages im Bereich des öffentlichen beruflichen Schulwesens stehen. Der Referentenentwurf weist in dieser Hinsicht auf Grund der Zusammensetzung des Lenkungsausschusses demokratierechtliche Defizite auf. Denn in diesem obersten Entscheidungs- und Beratungsgremium, das an die Stelle der bisherigen Schulkonferenz treten soll, können die personell-demokratischen Amtsträger nicht in der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Weise im gesamten Entscheidungsverfahren ihren bestimmenden Einfluss über die zur staatlichen Schulhoheit gehörenden Angelegenheiten der sogenannten 3. Stufe geltend machen. Beschlüsse dieses Gremiums, die die Erfüllung staatlicher Aufgaben im engeren Sinne betreffen, können daher nur den Charakter einer Empfehlung gegenüber der Schulbehörde haben. Zusätzlich wird durch die Zusammensetzung dieses Gremiums gegen das Prinzip der interessengerechten Beteiligung Betroffener im Rahmen der Mitwirkung Privater an schulischen Entscheidungsprozessen verstoßen. Durch die sachlich nicht gerechtfertigte Überrepräsentation der Vertreter betrieblicher Interessen wird in diesem Schulorgan das für das Staatsverständnis des Grundgesetzes konstitutive Gebot der Neutralität staatlicher Entscheidungen verletzt.

### **3.6. Rechtsstaatswidriger Formenmissbrauch bei einer Reorganisation des beruflichen Schulwesens auf der Grundlage des Stiftungsmodells**

Bei der beabsichtigten Stiftungslösung kann von einer echten, insbesondere mit einem Vermögensopfer und einer Bereicherung einhergehenden Stiftung nicht die Rede sein, denn offenkundig ist sie nicht auf die Verwaltung eines

von einem Stifter zweckgebunden übergebenen Bestands an Vermögenswerten (Kapital- oder Sachgüter) für den Stiftungszweck ausgerichtet.<sup>514</sup> So gesehen entspricht die für die Reorganisation der beruflichen Schulen in Hamburg gewählte öffentlich-rechtliche Organisationsform eher dem Typ einer Anstalt des öffentlichen Rechts, für deren organisatorische Ausgestaltung aber ebenfalls die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten demokratierechtlichen Anforderungen für die Erfüllung staatlicher Kernaufgaben zu beachten sind. Unabhängig davon ist eine Stiftung des öffentlichen Rechts nach der Logik des Verwaltungsorganisationsrechts nicht als geeignete Organisationsform für die Verwaltung staatlicher Schulangelegenheiten anzusehen. Insbesondere ist dieser rechtlich verselbständigte Organisationstyp mittelbarer Staatsverwaltung kein geeignetes organisationsrechtliches Medium, um das Verbot der Schaffung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen im Bereich des beruflichen Schulwesens zu umgehen. Offenkundig soll die Stiftung Berufliche Schulen Hamburg nur zu dem Zweck geschaffen werden, die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen für die Schaffung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen zur Organisation gesellschaftlicher Interessen unterlaufen zu können. Die damit verbundene Missachtung der nach Maßgabe der Dreistufentheorie zu beachtenden Kriterien für die demokratische Legitimation staatlichen Handelns im Fall der Mitwirkung Privater an Entscheidungsprozessen überstrapaziert im Hinblick auf die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) die gewählte Rechtsform. Wegen der für den Staat bei der Erfüllung der obligatorischen Staatsaufgabe Schulaufsicht (Art. 7 Abs. 1 GG) bestehenden Verpflichtung, schulische Verwaltungsaufgaben durch in das Hierarchiesystem der Verwaltung integrierte und damit dem Parlament verantwortliche, personell-demokratisch legitimierte Amtsträger wahrzunehmen, stellt die beabsichtigte Neuordnung des beruflichen Schulwesens im Lichte des Demokratieprinzips und des Funktionsvorbehalts einen rechtsstaatlich nicht hinnehmbaren Formenmissbrauch von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellter

---

<sup>514</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rz. 55.

Institutionen dar.<sup>515</sup> Der auf Grund eines entsprechenden Gesetzes vorgenommene Errichtungsakt wäre daher verfassungswidrig.

---

<sup>515</sup> Vgl. *O. Behrens*, Eine „Stiftung“ als Trägerin und Leitungselement einer Körperschaft – Miß- und Fehlgebrauch rechtlicher Institutionen, in: ders., Hrsg., Göttingen *Stiftungsuniversität?*, 2003, S. 11 ff.; *Fiedler*, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, S. 217 ff., 220.

## **II. Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit der für Bremen geplanten GmbH für Infrastruktur im Bereich der vom Schulträger zu erfüllenden Aufgaben**

### **1. Möglichkeit der Organisationsprivatisierung für schulbezogene Infrastrukturaufgaben in den Stadtstaaten**

Im Hinblick auf die in Bremen geplante Organisationsprivatisierung schulbezogener Infrastrukturaufgaben kommt es entscheidend darauf an, ob ein solches Privatisierungsvorhaben den durch Art. 7 Abs. 1 GG festgelegten Vorbehaltsbereich staatlicher Schulherrschaft respektiert und außerdem mit den sich aus dem Demokratieprinzip ergebenden Ansprüchen an staatliches Handeln im Bereich der öffentlichen Verwaltung in Einklang steht. Da bislang nähere Angaben über die von der Hansestadt ins Auge gefasste Gründung einer Bildungs-GmbH fehlen, außer dass sie als Alleingesellschaft u. a. für Infrastrukturaufgaben der beruflichen Schulen zuständig sein soll, lässt sich insoweit nur eine verfassungsrechtliche Grobeinschätzung vornehmen. Organisationsprivatisierungen bezeichnen ein Modell der Verwaltungsorganisation, bei der der Verwaltungsträger weiterhin die Alleinzuständigkeit für die Erledigung der betreffenden Aufgabe behält, sie aber nicht mehr in öffentlich-rechtlicher Zuständigkeit, z. B. durch einen Regie- oder Eigenbetrieb erfüllt, sondern in privatrechtlicher Form, z. B. durch eine von der öffentlichen Hand gegründete oder unter ihrer Beteiligung geführte GmbH oder Aktiengesellschaft (Eigengesellschaft oder Beteiligungsgesellschaft). Die Aufgabe gehört damit weiterhin zu ihrem Verantwortungs- und Verwaltungsbereich.<sup>516</sup>

### **2. Beachtung des Demokratieprinzips im Fall einer Organisationsprivatisierung öffentlicher Aufgaben**

Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass in den Stadtstaaten die im Rahmen der Schulträgerschaft anfallenden Aufgaben<sup>517</sup> bislang üblicher Weise in der Hand der Senatsverwaltung liegen. Es handelt sich dabei um die Aufbringung der sächlichen und finanziellen Mittel zur Gewährleistung

---

<sup>516</sup> Vgl. *D. Sterzel*, Verfassungs-, europa- und kommunalrechtliche Bedingungen für eine Privatisierung kommunaler Aufgaben, in: *Blanke/Trümner*, Hrsg., *Handbuch Privatisierung*, 1998, S. 100 ff., 136 Rz. 163.

<sup>517</sup> Vgl. oben B.II.1.4. Ziff. 7.

eines ordnungsgemäßen Schulbetriebs; darunter fallen die Kosten für das Vorhalten der Schulen und die Sicherstellung des notwendigen Schulangebots, aber auch Art und Ort des Schulbaus, dessen Finanzierung sowie die dazugehörige Einrichtung, ferner Lehr- bzw. Lernmittel und die Verwaltungskosten für die übrige Infrastruktur. Es geht dabei mithin typischer Weise um Angelegenheiten, die nicht unter den Kernbereich der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zu subsumieren sind, da davon weder die organisatorische Gliederung der Schule, das inhaltliche und didaktische Programm und das Setzen der Lernziele<sup>518</sup> betroffen sind. Insofern ist also die verfassungsrechtlich relevante Privatisierungssperre für die Wahrnehmung der staatlichen Schulherrschaft<sup>519</sup> nicht wirksam und folglich eine Organisationsprivatisierung oder Formen von Public-Private-Partnership möglich. Dies gilt jedenfalls bezüglich derjenigen Aufgaben, die üblicher Weise vom Schulträger wahrgenommen werden, also die Bewirtschaftung und das Versorgungsangebot der Schulen betreffen und dabei nicht den staatlichen Schulauftrag gemäß Art. 7 Abs. 1 GG berühren.

In den *Flächenstaaten* sind für derartige Angelegenheiten die kommunalen Schulträger zuständig. Die Möglichkeit zur Privatisierung kommunaler Aufgabenfelder, insbesondere im Bereich der sogenannten pflichtigen, aber weisungsfreien Selbstverwaltung (Schulträgerschaft, kommunale Krankenversorgung) wird in den Gemeindeordnungen im Gemeindefinanzrecht geregelt, wobei nach gegenwärtiger Rechtslage in den Ländern für die Kommunen prinzipiell bezüglich der mit der Schulträgerschaft verbundenen Aufgaben eine einfachgesetzliche Privatisierungssperre besteht. Aus diesem Grund spielen Formen der Verwaltungshilfe als Hauptanwendungsfall funktionaler Privatisierung zunehmend eine große Rolle. Die in diesem Rahmen vorgenommene Aufgabenverlagerung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Privatperson für eine Behörde als Hilfsorgan tätig wird und lediglich in die Erledigung der hoheitlichen Aufgaben eingeschaltet wird. Diese Privatpersonen stehen nicht in einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zu Dritten, wie im Fall der

---

<sup>518</sup> BVerfGE 59, 360, 377, st. Rspr.

<sup>519</sup> Vgl. oben B. II.1.3.

Beliehenen, sondern handeln nach Auftrag und Weisung der Behörde, so dass die staatliche Verantwortung im vollen Umfang gewahrt bleibt.<sup>520</sup> Dies gilt z. B. für das sogenannte Facility Management<sup>521</sup>.

Dagegen besteht in den *Stadtstaaten* (Berlin, Bremen, Hamburg) bezüglich der Schulträgerschaft und der damit verbundenen Aufgaben eine andere rechtliche Konstellation. Hier bestimmt sich die Möglichkeit der Übertragung derartiger Aufgaben an eine Alleingesellschaft nach der jeweiligen Landesverfassung. Danach ist in Bremen die Zuständigkeit des Senats für die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben vorgesehen (Art. 118 BreVerf), sofern nicht eine anderweitige Zuweisung auf nachgeordnete Verwaltungsinstanzen auf der Grundlage einfachgesetzlicher Regelung erfolgt. Deshalb ist die Gründung einer derartigen GmbH auf gesetzlicher Grundlage grundsätzlich möglich.

Im Sinne der Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofs zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe ergibt sich zwingend die Forderung, dass Ingerenzrechte der öffentlichen Hand gewährleistet sind, damit deren demokratisch legitimierte Gewährsträger die letztentscheidende Einflussmöglichkeit behalten.<sup>522</sup> Denn unabhängig davon, ob der Staat hier seine Aufgaben mit Hilfe einer rechtlich verselbständigten, privatrechtlich organisierten Einrichtung erfüllt, handelt es sich bei der Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe um Ausübung staatlicher Gewalt, die dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes unterworfen bleibt. Sie ist Teil der öffentlichen Verwaltung und aus diesem Grund muss die damit verbundene Ausübung staatlicher Herrschaft gegenüber den Bürgern, da es um die Erfüllung des Amtsauftrages geht, der Letztentscheidung der demokratisch legitimierten Amtsträger vorbehalten sein. Eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs für Nordrhein-Westfalen weist darauf ausdrücklich hin<sup>523</sup>:

---

<sup>520</sup> *Stober* in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, § 90a I 1 Rz. 1.

<sup>521</sup> Unter Facility Management ist ein unternehmerischer Prozess zu verstehen, der durch die Integration von Planung, Kontrolle und Bewirtschaftung von Gebäuden, Anlagen und Einrichtungen (facilities) eine verbesserte Nutzung und Kapitalrentabilität der Gebäudeerrichtung und -vorhaltung zum Ziel hat.

<sup>522</sup> BerlVerfGH NVwZ 2000, 794.

<sup>523</sup> VerfGH NW OVG 39, 292, 294 f.



„...demokratische Legitimation ist nach dem Grundgesetz und der Landesverfassung geboten, wenn ‚*Staatsgewalt*‘ ausgeübt wird. Damit wird nicht nur die Wahrnehmung echter Hoheitsbefugnisse, sondern vielmehr der Gesamtbereich öffentlicher Verwaltung des Staates, der Gemeinden und Gemeindeverbände einschließlich der von ihnen getragenen Einrichtungen des öffentlichen Rechts erfasst. Es soll keine vom Volk nicht legitimierten (und kontrollierten) Bereiche verwaltender Tätigkeit geben, unabhängig davon, ob es sich um obrigkeitliche Hoheitsverwaltung, schlichte Hoheitsverwaltung oder verwaltungsprivatrechtliche Tätigkeit handelt. Für Tätigkeiten der Hoheitsverwaltung ergibt sich dies schon daraus, dass diese in den Formen des öffentlichen Rechts wahrgenommen werden. Aber auch die in den Rechtsformen des Privatrechts ausgeübte Tätigkeit gehört dann zum Funktionsbereich öffentlicher Verwaltung, wenn sie durch öffentlich-rechtlich organisierte Rechtsträger des Staates oder der ihm ein- oder ausgegliederten Institutionen in Erfüllung unmittelbar oder mittelbar vorgegebener öffentlicher Aufgaben wahrgenommen wird. Auch diese Verwaltungstätigkeit unterliegt dem Demokratieprinzip.“

Bei der geplanten Organisationsprivatisierung im Stadtstaat Bremen wird der Gesetzgeber also diese Feststellung im Hinblick auf die konkrete organisationsrechtliche Ausgestaltung der vom Schulträger zu erfüllenden Aufgaben durch eine GmbH zu berücksichtigen haben.

### **3. Ergebnis**

Die vom Schulträger üblicher Weise wahrzunehmenden

Infrastrukturaufgaben fallen nicht unter den Kernbereich der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG. Mit der Aufgabenerfüllung dieses Bereichs kann in den Stadtstaaten auf gesetzlicher Grundlage eine Bildungs-GmbH als Alleingesellschaft betraut werden. Dieser kann das Management zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Schulbetriebs übertragen werden; darunter fallen die Maßnahmen für das Vorhalten der Schulen und die Sicherstellung des notwendigen Schulangebots, aber auch Art und Ort des Schulbaus, dessen Finanzierung sowie die dazugehörige Einrichtung, ferner Lehr- bzw. Lernmittel und die Verwaltung der übrigen Infrastruktur. Dabei ist jedoch im Sinne des Demokratieprinzips sicherzustellen, dass der Einfluss der öffentlichen Hand ausreichend gewährleistet ist, damit dem Staat als demokratisch legitimierten Gewährsträger die Gestaltungshoheit und dementsprechend die Verantwortung für die Erfüllung der betreffenden öffentlichen Aufgabe verbleibt, da diese weiterhin zum Bereich der öffentlichen Verwaltung gehört.

## **D. Gesamtergebnis**

### **I. Die staatliche Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG**

Art. 7 Abs. 1 GG normiert einen dem Staat im Rahmen seiner Schulhoheit erteilten Erziehungs- und Bildungsauftrag. Die darin eingeschlossene grundrechtsbezogene Staatsaufgabendimension verpflichtet den Staat, d. h. nach Maßgabe der föderalen Kompetenzordnung (Art. 30, 70 ff. GG) Gesetzgeber und Verwaltung der Länder, durch Vorhalten öffentlicher Schulen und für diese entwickelte regulative Programme ein funktionsfähiges Schulsystem zu gewährleisten. Öffentliche Schulen sind für die Grundrechtsverwirklichung der Kinder unverzichtbar und zugleich Bestandteil der vom Staat für das Funktionieren der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Infrastruktur. Aus dem Primat des staatlichen Erziehungsauftrages folgt i. S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der staatliche Gestaltungsbereich nicht nur die organisatorische Gliederung der Schule, sondern auch die inhaltliche Festlegung der Ausbildungsgänge und der Unterrichtsziele umfasst. Weil das gesamte Schulwesen gemäß Art. 7 GG im Einflussbereich des Staates liegen soll, lassen sich die auf Art. 7 Abs. 1 GG gestützten legislativen und exekutivischen Gestaltungsbefugnisse im Bereich der inneren und äußeren Schulangelegenheiten als genuine, privatisierungsfeste Staatsaufgabe bezeichnen. Die Schulhoheit umfasst alle Kompetenzen zur Konkretisierung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages. Insofern ist bedeutsam, dass die Schule autoritativ die Zuteilung von Lebenschancen verwaltet und eine sozialintegrative Aufgabe zu erfüllen hat. Schulaufsicht ist folglich mehr als das verwaltungstechnische Kontrollinstrument einer von der Exekutive ausgeübten Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht. Da die Schulpflicht den tiefsten Legitimationsgrund der staatlichen Schulaufsicht bildet, müssen sich, nicht zuletzt im Hinblick auf den Geltungsanspruch der Grundrechte von Eltern und Schülern, die weitreichenden Gestaltungsbefugnisse des Staates gemäß Art. 7 Abs. 1 GG durch Beachtung des Demokratie- und Rechtsstaatsgebots grundrechtsadäquat legitimieren (Art. 1 Abs. 3 GG).

## **II. Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Schulgestaltungsmacht**

### *1. Schulaufsicht als obligatorische Staatsaufgabe*

Die mit der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG verbundenen staatlichen Aufgaben gehören zum Kernbereich der Staatstätigkeit. Es handelt sich dabei um eine Staatsaufgabe im engeren Sinne (obligatorische Staatsaufgaben), die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden wahrnehmen muss. Die sich daraus ergebende Aufgabenverpflichtung, deren Erfüllung durch den Staat in Art. 7 Abs. 1 GG verbindlich vorgeschrieben ist, beinhaltet für den Landesschulgesetzgeber, dass er die Aufgabenwahrnehmung im Bereich der hoheitlich organisierten öffentlichen Verwaltung halten muss. Des Weiteren folgt daraus, dass ohne Verfassungsänderung die mit der Schulaufsicht verbundenen Verwaltungsaufgaben weder entstaatlicht bzw. privatisiert noch in ein System echter schulischer Autonomie oder Selbstverwaltung entlassen werden können.

### *2. Beachtung des Rechtsstaatsgebots im Schulverhältnis*

Der im Geltungsanspruch der Grundrechte und im Rechtsstaatsprinzip begründete Gesetzesvorbehalt gebietet, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Merkmale der Schulorganisation und auch des Schulverhältnisses in den für die Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) und die Schüler (Art. 2 Abs. 1 u. 12 Abs. 1 GG) grundrechtsrelevanten Bereichen selbst festlegt. Die nach Maßgabe der Wesentlichkeitstheorie notwendige gesetzliche Konkretisierung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages gemäß Art. 7 Abs. 1 GG gilt außer für Unterrichts- und Erziehungsfragen auch für den schulorganisatorischen Bereich und die Schulverfassung im Hinblick auf die Ausgestaltung der schulischen Selbstverwaltung.

### *3. Die Bedeutung des Funktionsvorbehalts gemäß Art. 33 Abs. 4 GG im Bereich der notwendigen Staatsaufgabe Schulaufsicht*

Der Funktionsvorbehalt hat mit seinem beamtenspezifischen Aufgabenvorbehalt für die im hoheitlichen Bereich zu erfüllenden staatlichen Aufgaben zugleich die Bedeutung einer den Staatsapparat prägenden Organisationsnorm. Wegen dieses organisationsrechtlichen Gehalts löst er bezogen auf die staatliche Schulhoheit (Art. 7 Abs. 1 GG) einen verfassungsrechtlichen Dominoeffekt aus. Lehrer nehmen als

Sachwalter des Staates bei ihrer Erziehungs- und Bildungsarbeit im Unterricht eine notwendige Staatsaufgabe wahr. Ihre Tätigkeit ist deshalb als hoheitliche Aufgabenerfüllung i. S. des Art. 33 Abs. 4 GG zu qualifizieren. Dies wirkt auf die Wahrnehmung der in Art. 7 Abs. 1 GG normierten Schulaufsicht dergestalt zurück, dass Lehrer nicht nur als Beamte in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zu berufen sind, sondern kraft ihrer beamtenrechtlichen Stellung auch in ein öffentlich-rechtlich organisiertes, demokratisch-rechtsstaatlich legitimiertes Verwaltungssystem integriert sein müssen. Dazu gehört, dass sie einem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu unterstellen sind, der seinerseits gegenüber dem Parlament rechenschaftspflichtig ist. Umgekehrt folgt daraus, dass der Beamte bezüglich der Wahrnehmung seines Amtsauftrages nur Stellen seines Dienstherrn verantwortlich ist. Nur diese Stellen sind befugt, ihm auf der Grundlage des bestehenden Sonderrechtsverhältnisses im Rahmen eines hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnisses, die eine Einheit bilden, dienstrechtliche Anordnungen (Weisungen) zur ordnungsgemäßen Erfüllung seines Amtsauftrages zu erteilen. Die Sicherstellung demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns gemäß Art. 20 Abs. 2 GG erfordert einen bestimmten hierarchischen Verwaltungsaufbau des Staatsapparates.

Um die Funktionsfähigkeit der staatlichen Schulaufsicht als hoheitliche Aufgabenerfüllung gewährleisten zu können, dient der Funktionsvorbehalt von seiner Normlogik her dem Zweck, sowohl personell-demokratisch durch die Berufung von Lehrern in ein Beamtenverhältnis als auch institutionell-organisatorisch wie sachlich-inhaltlich durch die entsprechende Einbindung des Lehrpersonals in die Staatsverwaltung den gemäß Art. 20 Abs. 2 GG notwendigen Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft bei der zum Kernbereich der Staatstätigkeit gehörenden Erfüllung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages gemäß Art. 7 Abs. 1 GG sicherzustellen.

#### *4. Demokratiegebot und Schulorganisation*

a) Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes erfordert, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 GG). Daraus leitet sich das Erfordernis eines bestimmten Legitimationsniveaus bei der Ausübung von

Staatsgewalt ab. Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeitigt dies Folgen bei allem „amtlichen Handeln mit Entscheidungscharakter“ im Hinblick auf die notwendige Bildung von Legitimationsketten im Rahmen einer prinzipiell weisungsgebundenen, hierarchisch organisierten Staatsverwaltung. Für die Beurteilung ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, kommt es auf die unterschiedenen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation an. Dies gilt gleichermaßen in Einrichtungen des öffentlichen Rechts wie in vom Staat getragenen privatrechtlichen Einrichtungen, die im Fall einer Organisationsprivatisierung gleichfalls der öffentlichen Verwaltung zugerechnet werden.

b) Im Bereich derjenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinn wahrnehmen muss, wozu die Hoheitsverwaltung und damit auch die Schulverwaltung gehört, gilt das Primat der personell-demokratischen Legitimation „aller Entscheidungsbefugten“. Dies setzt ein Organisationsprogramm voraus, wie es in dem hierarchisch strukturierten, dem fachaufsichtlichen Weisungsrecht eines parlamentarisch verantwortlichen Ministers unterworfenen Behördensystem mit seinem dazugehörigen öffentlichen Dienst nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 4 GG institutionell gewährleistet ist. Diese Rückbindung der demokratischen Legitimation an das Volk über die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung und der damit verbundenen Verantwortlichkeit der Regierung vor dem Parlament, das seinerseits dem Volk in Wahlen rechenschaftspflichtig ist, entspricht zugleich dem Erfordernis der sachlich-inhaltlichen Legitimation, so dass dieses Legitimationselement die zweite wichtige Legitimationskomponente für das Handeln des Staates im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung darstellt. Aus diesem Grund stellt das Demokratieprinzip eine Schranke für die Entstaatlichung bzw. Teilprivatisierung der Schulverwaltung in den zum Kernbereich der staatlichen Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG gehörenden Aufgabenfeldern dar. Dagegen ist die Mitwirkung Privater an der Aufgabenerfüllung im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung

grundsätzlich zulässig, wenn dabei i. S. der Dreistufentheorie der Bedeutung der jeweils zu erledigenden Amtsaufgabe Rechnung getragen wird.

c) Die demokratietheoretische Sonderstellung von funktionalen Selbstverwaltungseinrichtungen, für die als aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliederte Organisationseinheiten der mittelbaren Staatsverwaltung ein geringeres Legitimationsniveau verlangt wird, rechtfertigt sich aus deren Mittlerstellung zwischen Staat und Gesellschaft. Träger derartiger Selbstverwaltungseinrichtungen sind autonome gesellschaftliche Gruppen, die ein funktions- und sachbezogenes gemeinsames Interesse an der gemeinschaftlichen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zusammenführt und deren Einrichtung und Tätigwerden der Gesetzgeber legitimiert. Für sie ist aus diesem Grund eine sachlich-inhaltliche Legitimation ausreichend.

d) Im Bereich der hoheitlichen Aufgabenerfüllung und damit für die Ausübung der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG bietet dagegen die Dreistufentheorie einen verallgemeinerungsfähigen Maßstab, wie der Einfluss des Staates im Fall der Mitwirkung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen sicherzustellen ist bzw. welcher Grad von Selbstständigkeit den Verwaltungseinrichtungen des Staates zugestanden werden kann. Auch die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte Bayerns, Hessens und Niedersachsens lässt keinen Zweifel, dass eine Mitwirkung Privater, d. h. von Eltern- und Schülervertretern im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung im Rahmen der Schulverfassung grundsätzlich zulässig ist.

Das Erfordernis der Entscheidungsherrschaft personell demokratisch legitimierter Amtsträger im Bereich der obligatorischen Staatsaufgaben (Staatsaufgaben im engeren Sinn) ist nach Maßgabe einer Je-desto-Formel von der Bedeutung der jeweils zu erledigenden Amtsaufgabe für die Erfüllung des Amtesauftrages, also von der Aufgabenqualität bzw. der Intensität ihres Bezugs zum Amtsauftrag abhängig. Hierbei gilt im Sinne der Theorie der abgestuften Legitimationsdichte (Dreistufentheorie) folgendes Grundmuster:

1. Stufe: Lediglich bei Aufgaben, die nur unerheblich die Wahrnehmung von Amtsaufgaben berühren oder bei Aufgaben mit einem „besonders

geringen Entscheidungsgehalt“ dürfen einzelne Legitimationselemente, insbesondere aber das an sich erforderliche Element personeller Legitimation, zurücktreten.

2. Stufe: Bei Entscheidungen, die „typischer Weise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtsauftrages“ einer Behörde nicht unerheblich berühren, ist dagegen die verbindliche Letztentscheidung eines gegenüber Volk und Parlament verantwortlichen Amtswalters unverzichtbar. Bei kollegialen Beschlussgremien muss die Mehrheit der Mitglieder uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert sein und die Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen werden (Prinzip der doppelten Mehrheit).

3. Stufe: Bei allen Maßnahmen, insbesondere organisatorischen und personellen Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, muss die Dominanz der Amtsträger schon bei der Willensbildung und erst recht die Entscheidungsherrschaft bei der Entscheidungsfindung sichergestellt sein.

e) Der staatliche Schulgesetzgeber kommt bei einer Reorganisation der Schulverwaltung, auf welcher Ebene auch immer, an dieser durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entscheidend mitgeprägten Verfassungsrechtslage nicht vorbei.

### **III. Unvereinbarkeit des Hamburger Stiftungsmodells für das berufliche Schulwesen mit Art. 7 Abs. 1 GG und dem grundgesetzlichen Demokratiegebot**

#### *1. Verbot der Übertragung von Aufgaben der staatlichen Schulaufsicht auf Einrichtungen funktionaler Selbstverwaltung*

a) Der Geltungsanspruch der staatlichen Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG und die damit verbundenen Gestaltungspflichten für die vom Staat in Vorsorge genommenen öffentlichen Schulen sowie die Beachtung des Funktionsvorbehalts gemäß Art. 33 Abs. 4 GG für die Lehrtätigkeit der Lehrer als hoheitliche Aufgabenerfüllung verdeutlichen, dass es sich bei den auf Grund und im Rahmen der staatlichen Schulhoheit zu erledigenden Verwaltungsaufgaben um notwendige Staatsaufgaben handelt. Das originäre Recht des Staates zur Gestaltung des öffentlichen Schulwesens, das nicht nur die organisatorische Gliederung der Schule, sondern auch die inhaltliche Festlegung der Ausbildungsgänge und Unterrichtziele umfasst, enthält einen Amtsauftrag, der nicht im Rahmen gesellschaftlicher Selbstorganisation

durchgeführt werden kann. Er muss vielmehr stets den personell-demokratisch legitimierten, letztlich parlamentsverantwortlichen Amtsträgern vorbehalten bleiben. Da die in Art. 7 Abs. 1 GG verankerte Verfassungsaufgabe staatliche Schulaufsicht mit den darin eingeschlossenen Befugnissen zur Verwirklichung des staatlichen Erziehungsauftrages zu den im engeren Sinne staatlichen Aufgaben gehört, scheidet für die schulspezifischen, d. h. auf den staatlichen Erziehungsauftrag ausgerichteten Verwaltungsaufgaben, die Möglichkeit der Schaffung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen, in welcher Rechtsform und mit welchen Entscheidungsstrukturen auch immer, aus. Dementsprechend bleibt verfassungssystematisch kein Raum, Teilbereiche der staatlichen Schulverwaltung, die der Erfüllung der staatlichen Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG dienen, auf der konzeptionellen Grundlage funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen zu organisieren.

b) Sowohl die im Grundgesetz abgesteckten Vorgaben für die staatliche Schulorganisation (Art. 7 Abs. 1 GG, Demokratie- und Rechtsstaatsgebot und Funktionsvorbehalt gemäß Art. 33 Abs. 4 GG) als auch die für das Duale System der beruflichen Bildung maßgebliche Kompetenzordnung schließt eine Übertragung der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung auf die Erledigung der mit der staatlichen Schulverwaltung im Bereich des beruflichen Schulwesens verbundenen Aufgaben im Wege des Analogieschlusses aus. Der bestehende, z. T. bundesrechtlich durch das Berufsbildungsgesetz vorgegebene einfachgesetzliche Rechtsrahmen lässt es nicht zu, die Entscheidungsstrukturen funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen auf den Bereich der staatlichen Schulorganisation im Schulsegment berufliches Schulwesen auszudehnen. Dem Hamburger Schulgesetzgeber ist es daher verwehrt, eine Stiftung des öffentlichen Rechts als „Form der kollegialen Selbststeuerung“ quasi in die Rolle einer Einrichtung der funktionalen Selbstverwaltung schlüpfen zu lassen. Der für die berufliche Bildung wichtige Lernort Schule würde auf diese Weise grundgesetzwidrig einem Sonderrecht unterstellt. Aus Funktion und Bedeutung der grundgesetzlich verankerten staatlichen Schulaufsicht ergibt sich vielmehr im Hinblick auf den damit verbundenen Erziehungs- und Bildungsauftrag des Staates in den von ihm vorzuhaltenden öffentlichen



Schulen, wozu unzweifelhaft auch die beruflichen Schulen gehören, dass es sich hierbei um eine notwendige Staatsaufgabe handelt, die von den staatlichen Organen selbst wahrgenommen werden muss und keinesfalls auf eine funktionale Selbstverwaltungskörperschaft übertragen oder von einer öffentlich-rechtlichen Stiftung als Quasi- funktionale Selbstverwaltungseinrichtung erledigt werden kann.

Eine Reorganisation des beruflichen Schulwesens auf der Grundlage der Prinzipien funktionaler Selbstverwaltung, die sich den für die unmittelbare Staatsverwaltung geltenden Anforderungen an die personell-demokratische Legitimation der zur Sachentscheidung berufenen Amtsträger entzieht, verstößt deshalb nicht nur gegen den in Art. 7 Abs. 1 GG explizit an den Staat erfolgten Aufgabenzuweis für die Ausübung seiner Schulhoheit als obligatorischer Staatsaufgabe, sondern unterläuft auch das für die Staats- und Rechtsordnung des Grundgesetzes konstitutive demokratische System.

#### *2. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die Organisationsstruktur der Stiftung Berufliche Schulen*

Die Organisationsstruktur des Stiftungsmodells weist bezüglich der Zusammensetzung des Stiftungsorgans Kuratorium, in dem die personell-demokratischen legitimierte Amtsträger des Staates sich bei Beschlüssen gegenüber den Vertretern gesellschaftlicher Interessen nicht durchsetzen können, entscheidende demokratierechtliche Defizite auf. Im Hinblick auf die diesem Gremium eingeräumten Entscheidungsbefugnisse, die für die Ausübung der staatlichen Schulaufsicht wesentlich sind, ist nach Maßgabe der vom Bundesverfassungsgericht in seiner Dreistufentheorie aufgestellten Kriterien für die Beteiligung Privater an Entscheidungsprozessen im Bereich der obligatorischen Staatsaufgaben sowohl eine Verletzung der demokratietheoretischen Anforderungen im Bereich der 2. Stufe (Aufgaben, die nicht unerheblich die Wahrnehmung des Amtsauftrages berühren) als auch bei der 3. Stufe (organisatorische und personelle Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben im Bereich der obligatorischen Staatsverwaltung betreffen) festzustellen. Die nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehenden Konditionen für ein ausreichendes personell-demokratisch legitimierte Verwaltungsverfahren im Kernbereich der Staatlichkeit, wozu die Wahrnehmung der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG zählt, werden sowohl bei den dem Kuratorium eingeräumten

Zustimmungsrechten zu Grundsatzentscheidungen des Vorstands gemäß § 12 Abs. 23 RefE-StiftungsG als auch bei den eigenständigen Entscheidungsrechten über die von diesen Gremien zu treffenden Maßnahmen (Erlass von Satzungen gemäß § 12 Abs. 2 RefE-StiftungsG, etc.) nicht beachtet. Der vorgesehene Konfliktregelungsmechanismus, insbesondere die der Behörde für Bildung und Sport eingeräumten Aufsichtsbefugnisse können die insofern bestehenden Defizite nicht kompensieren.

Aus diesem Grund ist eine tragende Säule des Stiftungsmodells wegen Verstoßes gegen den vom Bundesverfassungsgericht für unabdingbar gehaltenen Steuerungsmodus der Demokratie bei der Erfüllung der Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG als verfassungswidrig anzusehen.

*3. Verstoß gegen das Prinzip der interessengerechten Beteiligung Betroffener bei einer Beteiligung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen*

Durch die sachlich nicht gerechtfertigte Überrepräsentation der Kammervertreter im Stiftungskuratorium, die bezogen auf die Wahrnehmung staatlicher Hoheitsaufgaben die Rechtsstellung von Privatpersonen haben, wird das für das Staatsverständnis des Grundgesetzes konstitutive Gebot der Neutralität staatlicher Entscheidungen verletzt. Die darin liegende Privilegierung von gesellschaftlichen Sonderinteressen stellt einen demokratiewidrigen ungleichen Einfluss der Staatsbürger auf die Ausübung von Staatsgewalt her.

*4. Dienstherrenfähigkeit der Stiftung Berufliche Schulen Hamburg*

Gegen die im Stiftungerrichtungsgesetz vorgesehene, auf § 121 Abs. 2 BRRG gestützte Übertragung der Dienstherrenfähigkeit und die damit verbundenen beamtenrechtlichen Befugnisse gegenüber den Lehrerinnen und Lehrern der beruflichen Schulen nach erfolgtem Dienstherrenwechsel gemäß §§ 128 Abs. 3 u. 4, 129 Abs. 1, 3 u. 4 BRRG sowie von Arbeitgeberfunktionen gegenüber dem in den beruflichen Schulen beschäftigten Tarifpersonal des öffentlichen Dienstes bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

*5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip bei der Veränderung der Schulorganisation der beruflichen Schulen im Hinblick auf die entscheidungsbestimmende Mitwirkung Privater im Lenkungsausschuss*

Die Einräumung größerer Autonomie bzw. schulischer Selbstverwaltung für die einzelne Schule muss gemäß Art. 7 Abs. 1 GG grundsätzlich unter dem Vorbehalt einer weitreichenden Fach- und Rechtsaufsicht der staatlichen Schulbehörde zur Durchsetzung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages im Bereich des öffentlichen beruflichen Schulwesens stehen. Der Referentenentwurf weist in dieser Hinsicht auf Grund der Zusammensetzung des Lenkungsausschusses demokratierechtliche Defizite auf. Denn in diesem obersten Entscheidungs- und Beratungsgremium, das an die Stelle der bisherigen Schulkonferenz treten soll, können die personell-demokratischen Amtsträger nicht in der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Weise im gesamten Entscheidungsverfahren ihren bestimmenden Einfluss über die zur staatlichen Schulhoheit gehörenden Angelegenheiten der sogenannten 3. Stufe geltend machen. Beschlüsse dieses Gremiums, die die Erfüllung staatlicher Aufgaben im engeren Sinne betreffen, können daher nur den Charakter einer Empfehlung gegenüber der Schulbehörde haben. Zugleich wird durch die Zusammensetzung dieses Gremiums gegen das Prinzip der interessengerechten Beteiligung Betroffener im Rahmen der Mitwirkung Privater an schulischen Entscheidungsprozessen verstoßen. Durch die sachlich nicht gerechtfertigte Überrepräsentation der Vertreter betrieblicher Interessen wird in diesem Schulorgan das für das Staatsverständnis des Grundgesetzes konstitutive Gebot der Neutralität staatlicher Entscheidungen verletzt.

*6. Rechtsstaatswidriger Formenmissbrauch bei einer Reorganisation des beruflichen Schulwesens auf der Grundlage des Stiftungsmodells*  
Bei der beabsichtigten Stiftungslösung kann von einer echten, insbesondere mit einem Vermögensopfer und einer Bereicherung einhergehenden Stiftung nicht die Rede sein, denn offenkundig ist sie nicht auf die Verwaltung eines von einem Stifter zweckgebunden übergebenen Bestands an Vermögenswerten (Kapital- oder Sachgüter) für den Stiftungszweck ausgerichtet. So gesehen entspricht die für die Reorganisation der beruflichen Schulen in Hamburg gewählte öffentlich-rechtliche Organisationsform eher dem Typ einer Anstalt des öffentlichen Rechts, für deren organisatorische Ausgestaltung aber ebenfalls die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten demokratierechtlichen

Anforderungen für die Erfüllung staatlicher Kernaufgaben zu beachten sind. Unabhängig davon ist eine Stiftung des öffentlichen Rechts nach der Logik des Verwaltungsorganisationsrechts nicht als geeignete Organisationsform für die Verwaltung staatlicher Schulangelegenheiten anzusehen. Insbesondere ist dieser rechtlich verselbständigte Organisationstyp mittelbarer Staatsverwaltung kein geeignetes organisationsrechtliches Medium, um das Verbot der Schaffung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen im Bereich des beruflichen Schulwesens zu umgehen. Offenkundig soll die Stiftung Berufliche Schulen Hamburg nur zu dem Zweck geschaffen werden, die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen für die Schaffung funktionaler Selbstverwaltungseinrichtungen zur Organisation gesellschaftlicher Interessen zu unterlaufen. Die damit verbundene Missachtung der nach Maßgabe der Dreistufentheorie zu beachtenden Kriterien für die demokratische Legitimation staatlichen Handelns im Fall der Mitwirkung Privater an Entscheidungsprozessen überstrapaziert im Hinblick auf die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) die gewählte Rechtsform. Wegen der für den Staat bei der Erfüllung der obligatorischen Staatsaufgabe Schulaufsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 GG sich ergebenden Verpflichtung, die damit verbundenen Verwaltungsaufgaben durch in das Hierarchiesystem der Verwaltung integrierte und damit dem Parlament verantwortliche, personell-demokratisch legitimierte Amtsträger wahrzunehmen, stellt dies im Lichte des Demokratieprinzips und des Funktionsvorbehalts einen rechtsstaatlich nicht hinnehmbaren Formenmissbrauch von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellter Institutionen dar. Der auf Grund eines entsprechenden Gesetzes vorgenommene Errichtungsakt wäre daher verfassungswidrig.

#### **IV. Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit der für Bremen geplanten GmbH für Infrastruktur im Bereich der vom Schulträger zu erfüllenden Aufgaben**

Die vom Schulträger üblicher Weise wahrzunehmenden

Infrastrukturaufgaben fallen nicht unter den Kernbereich der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG. Mit der Aufgabenerfüllung dieses Bereichs kann in den Stadtstaaten auf gesetzlicher Grundlage eine Bildungs-GmbH als Alleingesellschaft betraut werden. Dieser kann das Management

zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Schulbetriebs übertragen werden; darunter fallen die Maßnahmen für das Vorhalten der Schulen und die Sicherstellung des notwendigen Schulangebots, aber auch Art und Ort des Schulbaus, dessen Finanzierung sowie die dazugehörige Einrichtung, ferner Lehr- bzw. Lernmittel und die Verwaltung der übrigen Infrastruktur. Dabei ist jedoch im Sinne des Demokratieprinzips sicherzustellen, dass der Einfluss der öffentlichen Hand ausreichend gewährleistet ist, damit dem Staat als demokratisch legitimierten Gewährsträger die Gestaltungshoheit und dementsprechend die Verantwortung für die Erfüllung der betreffenden öffentlichen Aufgabe verbleibt, da diese weiterhin zum Bereich der öffentlichen Verwaltung gehört.

**Literaturverzeichnis**

Anschütz, G., Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Kommentar) 13. Aufl. 1933

Avenarius, H., Schulische Selbstverwaltung – Grenzen und Möglichkeiten, RdJB 1994, S. 256 ff.

Avenarius, H./Heckel, H., Schulrechtskunde, 7. Aufl. 2000

Avenarius, H./Rux, J., Rechtsprobleme der Berufsausbildung, 2004

Azzola, A., u. a., Hrsg., Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2 Bde, 2. Aufl. 1989 (zit. AK-GG, 2. Aufl.)

Bader, J., Art. 7, in: D. C. Umbach/T. Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar (zit. MAK, GG), Bd. 1, 2002

Baethge, M., Das Berufliche Bildungswesen in Deutschland am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: K. S. Cortina/J. Baumert/A. Leschinsky/K. U. Mayer/L. Trommer, Hrsg., Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 525 ff.

Battis, U., Bundesbeamtengesetz (zit. BBG), 2. Aufl., 1997

Battis, U., Art. 33, in: M. Sachs, Hrsg., Grundgesetz (zit. Sachs, GG), 3. Aufl. 2003

Bauer, H., Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL H. 54 (1994), S. 242 ff.

Behmenburg, B., Kompetenzverteilung bei der Berufsausbildung, 2003

Behrends, O., Eine „Stiftung“ als Trägerin und Leitungselement einer Körperschaft – Miß- und Fehlgebrauch rechtlicher Institutionen, in: ders., Hrsg., Göttingen Stiftungsuniversität?, 2003, S. 11 ff.

Benda, E./Maihofer, W./Vogel, H.-J., Hrsg., Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (zit. HdbVerfR), 2. Aufl., 1994

Blanke, T., Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, in: Kritische Justiz, Hrsg., Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 32 ff.

Blanke, T./Sterzel, D., Beamtenstreikrecht, 1980

Blanke, T./Sterzel, D., Privatisierungsrecht für Beamte, 1999

Böckenförde, E. W. Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, H. 14, 1980, S. 54 ff.

Böckenförde, E.-W., Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 185 ff.

Böckenförde, E.-W., Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I (zit. HdbStR I), 1987, § 22, S. 887 ff.

Bothe, M., Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL H. 54 (1995), S. 7 ff.

Breßler, St. Zur „Privatisierung“ des Berufsschulwesens, DÖV 2003, S. 613 ff.

Britz, G., Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, VerwArch 91 (2000), S. 418 ff.

Bull, H. P., Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977

Bund-Länder-Kommission, Weiterentwicklung berufsbildender Schulen. Weiterentwicklung berufsbildender Schulen als Partner in regionalen Berufsbildungsnetzwerken – Bericht der BLK –, Materialien zur Bildungsplanung und zur Forschungsförderung, Heft 105, 2003

Busch, H./Klös, H.-P., Ein Markt für die Infrastruktur, Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v. 4. 5. 1996, S. 15

Däubler, W., Der Streik im öffentlichen Dienst, 1970

Denninger, E./Frankenberg, G., Grundsätze zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1997

Denninger, E./Hofmann-Riem, W./Schneider, H.-P./Stein, E., Hrsg., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 3 Bde (Alternativkommentar zum Grundgesetz, zit. AK-GG)

Deutscher Juristentag, Entwurf für ein Landesschulgesetz. Bericht der Kommission Schulrecht des Deutschen Juristentages, 1981

Dietlein, J., Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 1996

Dittmann, A., Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat VVDStRL H. 54 (1995), S. 47 ff.

Dollinger, F.-W./Umbach, D. C., Art. 33, in: D. C. Umbach/T. Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar (zit. MAK, GG), Bd. 1, 2002

Dreier, H., Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991

Dreier, H., Hrsg., Grundgesetz (zit. Dreier, GG), Bd. I, 1996, Bd. 2 1998

Ehlers, E., Verwaltung in Privatrechtsform, 1984

Eichhorn, P., Begriff, Bedeutung und Besonderheiten der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, in: H. u. A. von Loesch, Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1986

Emde, E. T., Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991

Evers, H.-U., Verwaltung und Schule, VVDStRL H. 23 (1964), S. 147 ff.

Fehling, Ausbildungsordnungen, in: Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv, 2/1998, S.106 ff.

Fiedler, A., Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, 2004

Fuß, E.-W., Verwaltung und Schule, VVDStRL H. 23 (1964), S. 199 ff.

Geis, M.-E., Möglichkeiten und Grenzen schulischer Partizipationsmöglichkeiten am Beispiel der sogenannten Schulkonferenzen, in: F.-J. Jach/S. Jenkner, Hrsg., Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen, Festschrift für J.-P. Vogel (zit. FS Vogel), 1998, S. 31 ff.

Grabbe, G., Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1979

Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001

Grimm, D., Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders., Hrsg., Staatsaufgaben, 1996, S. 613 ff.

Gröschner, R., Art. 7, in H. Dreier, Hrsg., Grundgesetz (zit. Dreier, GG), Bd. I, 1996

Groß, T., Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999

Häberle, P., Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL H. 30 (1972), S. 43 ff.

Häberle, P., Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), S. 609 ff.

Heckel, H., Deutsches Privatschulrecht, 1955

Hemrich, U., Art. 7, in: I. v. Münch/P. Kunig, G., Hrsg., Grundgesetz-Kommentar (zit. v. Münch/Kunig, GG), Bd. 1, 5. Aufl., 2000



Hendler, R., Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984

Hendler, R., Das Prinzip Selbstverwaltung, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, IV (zit. HdbStR IV) 1990, § 106, S. 1133 ff.

Hensel, H., Die autonome öffentliche Schule, 1995

Herzog, R., Art. 20 II, in: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog, Grundgesetz, 41. Ergänzungslieferung, 2003 (zit. MDH, GG)

Höfling, W., Demokratiewidrige Schulautonomie, RdJB 1997, S. 361 ff.

Höfling, W., Die Bedingungen für eine Schule in erweiterter Verantwortung nach deutschem Verfassungsrecht, in: Avenarius/Baumert/Döbert/Füssel, Hrsg., Schule in erweiterter Verantwortung, 1998, S. 51 ff.

Hufen, F., Gleichheitssatz und Bildungsplanung, 1975

Hufen, F., Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen schulischer Selbstgestaltung, in: F.-J. Jach/S. Jenkner, Hrsg., Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen, Festschrift für J.-P. Vogel (zit. FS Vogel), 1998, S. 51 ff.

Hufen, H., Der verfassungsrechtliche Rahmen des Berufsbildungsrechts nach dem Grundgesetz, RdJB 2003, S. 58 ff.

Hufen, F., Die Kompetenzverteilung von Bund und Ländern im Bereich der beruflichen Bildung, Gutachten erstattet für das Bundesministerium für Bildung und Forschung, Oktober 2003 (zit. Rechtsgutachten)

J. Isensee/P. Kirchhof, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland (zit. HdbStR), Bde. I u. II, 1987; Bd. III, 1984; Bd. IV, 1990; Bd. V, 1998

Isensee, J., Gemeinwohl und Staatsaufgabe im Verfassungsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. III (zit. HdbStR III), 1988, § 57, S. 3 ff.

Isensee, J., Öffentlicher Dienst, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Hrsg., Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (zit. HdbVerfR), 2. Aufl., 1994, § 32

Ipsen, J., Staatsrecht I, 15. Auflage 2003

Jach, F.-J./Jenkner, S., Hrsg., Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen, Festschrift für J.-P. Vogel (zit. FS Vogel), 1998

Jachman, M., Art. 33, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, Das Bonner Grundgesetz (zit. MKS, GG), Bd. 2, 4. Aufl. 2000

Jarass, H.-D., Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 1995, S. 674 ff.

Jestaedt, M., Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993

Jung, J., Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, 1971

Kisker, G., Staatshaushalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV (zit. HdbStR IV), 1990, § 89, S. 235 ff.

Klein, H. H., Demokratie und Selbstverwaltung, in: R. Schnur, Hrsg., Festschrift Ernst Forsthoff, 1972, S. 175 ff.

Kluth, W., Funktionale Selbstverwaltung, 1997

Kluth, W., Die öffentlich-rechtlichen Stiftungen, in: Hans J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl. 2004, § 89

Koch, T., Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994

Köpp, K., Öffentliches Dienstrecht, in: U. Steiner, Hrsg., Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999, S. 381 ff.,

Krebs, W., Verwaltungsorganisation, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. III (zit. HdbStR III), 1988, § 69, S. 567 ff.

Lecheler, H., Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, BayVBl. 1994, S. 555 ff.

Lecheler, H., Der öffentliche Dienst, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. III (zit. HdbStR III), 1988 § 72, S. 717 ff.

Lecheler, H., Art. 7, in: M. Sachs, Grundgesetz (zit. Sachs, GG), 3. Aufl. 2003,

Leisner, W., Der Beamte als Leistungsträger in: ders., Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, S. 121 ff.

Lübbe-Wolff, G., Art. 33, in: Dreier, H., Hrsg., Grundgesetz (zit. Dreier, GG), Bd. 2, 1998

Mangoldt, H. v./F. Klein/Ch. Starck, Das Bonner Grundgesetz (zit. MKS, GG), 4. Aufl., Bd. 1 1999, Bd. 2, 2000, Bd. 2001

Martens, W., Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969

Maunz, T., Art. 7 (Bearbeitung 1980), in: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog, Grundgesetz, 41. Ergänzungslieferung, 2003 (zit. MDH, GG)

Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002

Merten, D., Hrsg., Der Verwaltungsstaat im Wandel: Festschrift für Franz Knöpfle (zit. FS Knöpfle), 1996

Mirbach, H., Berufsschulpflicht für Volljährige – verfassungswidrig?, RdJB 2002, S. 434 ff

Müller, M., Grundlagen des öffentlichen Anstaltsrechts, in: Hans J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl. 2004, § 88

Müller, N., Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Institutional choice), 1993

Musil, A., Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, DÖV 2004, S. 116 ff.

Mutius, A. v., Hrsg., Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983

Negt, O., Kindheit und Schule in einer Welt der Umbrüche, 19997

Niehues, N., Schul- und Prüfungsrecht, Bd. I, 2000

Oppermann, T., Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag, 1976 (zit. Gutachten C zum 51. Deutschen Juristentag)

Oppermann, T., Schule und berufliche Bildung, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Hrsg., Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI (zit. HdbStR VI), 1989, § 135, S. 329 ff.

Ossenbühl, F., Die pädagogische Freiheit und die Schulaufsicht, DVBl. 1982, S. 1157 ff.

Osterloh, L., Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL H. 54 (1994), S. 204 ff.

Peine, F.-J., Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S. 353 ff.,

Perels, J., Verfassungsrechtliche Analyse der Hochschulen in der Trägerschaft von rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts, in: D.

Sterzel/J. Perels, Freiheit der Wissenschaft und Hochschulmodernisierung, 2003, S. 236 ff.

Perschel, W., Die Lehrfreiheit des Lehrers, DÖV 1970, S. 34 ff.

Pieroth, B., Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen, AöR Bd. 114 (1989), S. 422 ff.

Pieroth, B., Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, DVBl. 1994, S. 949 ff.

Pieroth, B., Art. 7, Art. 33, in: H.-D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (zit. Jarass/Pieroth, GG), 7. Aufl. 2004,

Plander, H., Tarif- und Streikautonomie im öffentlichen Dienst, in: G. Muhr, Hrsg., Streikrecht, Demokratie und Sozialstaat, 1987, S. 175 ff.

Püttner, G., Der Begriff des „Unternehmens“ und des „öffentlichen Unternehmens“ als Ansatzpunkt einer rechtswissenschaftlichen Unternehmenstheorie, in: ZöGU 1992, Beiheft 14, S. 98 ff.

Püttner, G., Die öffentlichen Unternehmen – Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Aufl. 1985,

Ramm, T., Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, 1970

Ramm, T., Zur Verfassungswidrigkeit des Lehrerstreiks, ZBR 1981, S. 357 ff.

Richter, I., Art. 7, in: E. Denninger/W. Hofmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein, Hrsg., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 3 Bde (Alternativkommentar zum Grundgesetz, zit. AK-GG)

Rinken, A., Art. 94, in: E. Denninger/W. Hofmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein, Hrsg., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 3 Bde (Alternativkommentar zum Grundgesetz, zit. AK-GG)

Robbers, G., Art. 7, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, Das Bonner Grundgesetz (zit. MKS, GG), Bd. 1, 4. Aufl. 1999

Roetteken, T. v., Verhandlungsrechte für Beamte als Teil der Koalitionsfreiheit, PersR 1997, S. 121 ff.

Rottmann, F., Der Beamte als Staatsbürger, 1981

Rudolf, W., Der öffentliche Dienst der Gegenwart, VVDStRL H. 37 (1978), S. 175 ff.

Sachs, M., Hrsg., Grundgesetz (zit. Sachs, GG), 3. Aufl. 2003

Schmidt, W., Schulprogramm und pädagogische Eigenverantwortung, NVwZ 1997, S. 456 ff.

Schmidt-Aßmann, E., Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, Gedächtnisschrift W. Martens, S. 249 ff.

Schmitt-Glaeser, W., Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL H. 31 (1973), S. 175 ff.

Schneider, J.-P., Berufliche Schulen als Stiftungen mit teilprivatisierten Leitungsgremien. Anforderungen des Demokratieprinzips und des Gebots staatlicher Schulaufsicht“, 2004, (zit. Berufliche Schulen als Stiftungen)

Schoch, F., Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 ff.

Schuppert, G. F., Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft, VerwArch 1980, S. 309 ff.

Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981

Schuppert, G. F., in: A. v. Mutius, Hrsg., Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983, S. 203 ff.

Schuppert, G.-F., Art. 33 Abs. 4, 5 GG, in: Azzola, A., u. a., Hrsg., Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2 Bde, 2. Aufl. 1989 (zit. AK-GG, 2. Aufl.)

Schuppert, G.-F., Art. 33 Abs. 4, 5 GG, in: : E. Denninger/W. Hofmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein, Hrsg., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 3 Bde (Alternativkommentar zum Grundgesetz, zit. AK-GG)

Schuppert, G. F., Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation, Der Staat 32 (1993), S. 581 ff.

Sommermann, K.-P., Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997

Staff, I., Schulaufsicht und pädagogische Freiheit des Lehrers, DÖV 1969, S. 627 ff.

Starck, Ch., Organisation des öffentlichen Schulwesens, NJW 1976, S. 1375 ff.

Starck, Ch., Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht, DÖV 1979, S. 269 ff.

Stein, E., Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967

Stein, E./Roell, M., Handbuch des Schulrechts, 1988

Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (zit. Staatsrecht), Bd. III/1, 1988

Stern, K., Staatsziele und Staatsaufgaben in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche, 1984, S. 5 ff.

Stern, K., Autonomie der Schule?, in: D. Merten, Hrsg., Der Verwaltungsstaat im Wandel: Festschrift für Franz Knöpfle (zit. FS Knöpfle), 1996, S. 338 ff.

Sterzel, D., Verfassungs-, europa- und kommunalrechtliche Bedingungen für eine Privatisierung kommunaler Aufgaben, in: T. Blanke/R. Trümner, Hrsg., Handbuch Privatisierung, 1998, S. 100 ff.

Sterzel, D., Die Einheit von Grundrechtsidee und Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: Kritische Justiz, Hrsg., Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 156 ff.

Stober, R. in: Hans J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl. 2004, Vor § 90 I

Storck, M., „Funktionsfreiheit“ des Lehrers als Verfassungsgebot, RdJB 2003, S. 502 ff.

Strauß, T., Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum. Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG, 2000 .

Sturm, G., Art. 93, in: Sachs, Hrsg., GG, 3. Aufl. 2003

Tettinger, P./Mann, T./Salzwedel, J., Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000

Thieme, W., Der öffentliche Dienst, 1961

Unruh, P., Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996

Unruh, P., „Schulautonomie“ und Demokratieprinzip – im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2003, S. 466 ff.

Vosskuhle, A., Art. 94, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, Das Bonner Grundgesetz (zit. MKS, GG), 4. Aufl., Bd. 3 2001

Wernicke, Art. 7, in: Dolzer/Vogel, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 2004, (zit. BK-Wernicke),

Wißmann, H., Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff. Personales Handeln in der öffentlichen Verwaltung, 2002

Wolff, Hans. J./Bachof, O./Stober, R. Verwaltungsrecht Bd. 1, 11. Aufl., 1999Bd. 3, 5. Aufl., 2004

Würtenberger, T., Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln, VVDStRL H. 58 (1999), S. 139 ff.

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
abw. Meinung	abweichende Meinung
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz, hrsgg. v. E. Denninger/W. Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein, 3. Aufl. 2001
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
bay	bayerisch
bayVerf.	Verfassung des Freistaates Bayern v. 2. 12. 1946
BayVerfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (NF seit 1955)
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BBS	Berufsbildende Schule
Bd.	Band
berlVerf.	Verfassung von Berlin v. 1. 9. 1950
BerlVerfGH	Berliner Verfassungsgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsgg. von Dolzer/Vogel, Stand 2004
BLK	Bund-Länder- Kommission
Bre	bremisch
breVerf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen v. 21. 10. 1947
breSchG	Bremisches Schulgesetz



BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
betr.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
BWB	Berliner Wasserbetriebe
CDU	Christlich Demokratische Union
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
ebd.	Ebenda
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
etc.	und so weiter
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgend
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GEW	Gewerkschaft, Erziehung u. Wissenschaft
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVBl.	Gesetz und Verordnungsblatt
GV	Gesetz- und Verordnungsblatt
H.	Heft
HandwO	Handwerksordnung

HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsgg. J. Isensee/P. Kirchhof. Bde. I ff., seit 1987 ff.
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsgg. von E. Benda/W. Maihofer, W./H.-J. Vogel, 2. Aufl., 1994
he	hessisch
heSchG	Hessisches Schulgesetz
Hess.StAnz	Hessischer Staatsanzeiger
HeStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
h. M.	herrschende Meinung
hmb.	hamburgisch
hmbSchG	Hamburgisches Schulgesetz
hmbVerf	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg v. 6. 6. 1952
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engern Sinne
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (1907-1938; neue Folge seit 1951)
KJ	Kritische Justiz
KMK	Kultusministerkonferenz
LS	Leitsatz
MAK	Mitarbeiterkommentar zum Grundgesetz, hrsgg. v. D. C. Umbach/T. Clemens, Bd. 1, 2002
MKS	H. v.Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. 1 1999, Bd. 2, 2000, Bd. 2001
m. a. Worten	mit anderen Worten
MDH	T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog, Grundgesetz, 41. Ergänzungslieferung, 2003
m. w.	mit weiteren
nds.	Niedersächsisch
Nds.VBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
ndsVerf	Niedersächsische Verfassung
N. F.	Neue Folge

nieders.	niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NVwZ-RR	NVwZ–Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NW	Nordrhein-Westfalen
OVGE	Oberwaltungsgericht, Entscheidungen des
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RefE	Referentenentwurf
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SBSH-Gesetz	Gesetz über die Errichtung der „Stiftung Berufliche Schulen Hamburg“ (Referentenentwurf)
scil.	das ist
SG	Schulgesetz
s-h	schleswig-holsteinisch
sic	so
SPE	Sammlung prüfungsrechtlicher Entscheidungen
StAnz.	Staatsanzeiger
StGH	Staatsgerichtshof
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u. a.	und andere, unter anderem
ZöGU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen I
z. T.	zum Teil
v.	vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) v. 11. 8. 1919
z. B.	zum Beispiel

## Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt .....	2
I. Die Ausgangslage .....	2
II. Die Stiftungslösung der Freien und Hansestadt Hamburg .....	3
1. Allgemeine Zielsetzung.....	3
2. Die Stiftungskonstruktion im einzelnen und die damit verknüpften Veränderungen der Organisationsstruktur des beruflichen Schulwesens .....	4
2.1. Die Aufgaben der Stiftung .....	4
2.1.1. Schulische, d. h. für den Bildungsauftrag der beruflichen Schulen relevante Angelegenheiten.....	4
2.1.2. Personalverwaltung .....	5
2.1.3. Wirtschaftsverwaltung einschließlich Finanz- und Vermögensausstattung.....	6
2.2. Organe der Stiftung .....	6
2.3. Verwaltungssteuerung im Verhältnis von staatlicher Schuladministration und Stiftung durch Ziel- und Leistungsvereinbarungen, Rechts- und Fachaufsicht und mit Hilfe der Schulinspektion.....	7
2.3.1. Ziel- und Leistungsvereinbarungen.....	7
2.3.2. Rechts- und Fachaufsicht über die Stiftung .....	8
2.3.3. Schulinspektion .....	8
2.4. Veränderung der Organisationsstruktur der beruflichen Schulen.....	9
3. Die Auffassung der Behörde für Bildung und Sport (BBS) zur Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesinitiative .....	10
4. Die wesentlichen Ergebnisse des von J.-P. Schneider im Auftrag der Behörde für Bildung und Sport erstellten Rechtsgutachtens.....	10
III. Die Bremer GmbH-Lösung.....	14
IV. Die Gutachtenfragestellung.....	14
B. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens und der staatlichen Schulverwaltung.....	17
I. Problemstellung .....	17
II. Die staatliche Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG .....	21
1. Inhalt und Reichweite der in Art. 7 Abs. 1 GG festgelegten Aufsicht des Staates über das gesamte Schulwesen .....	21
1.1. Der grundrechtszentrierte Geltungsanspruch der staatlichen Schulherrschaft.....	22

1.2. Die Bedeutung der allgemeinen Schulpflicht zur Durchsetzung des staatlichen Erziehungsanspruchs gemäß Art. 7 Abs. 1 GG in dem vom Staat vorzuhaltenden öffentlichen Schulwesen .....	26
1.3. Die grundrechtsorientierte Schulgestaltungshoheit des Staates als genuine, privatisierungsfeste Staatsaufgabe gemäß Art. 7 Abs. 1 GG .....	27
1.4. Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 1 GG als Organisationsnorm.....	32
1.5. Fazit.....	40
2. Ergebnis.....	41
III. Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Schulgestaltungsmacht.....	44
1. Die Unterscheidung zwischen öffentlichen Aufgaben, Staatsaufgaben und notwendigen Staatsaufgaben .....	45
1.1. Das Prinzip der offenen Staatsaufgaben und der Wahlfreiheit des Staates bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben .....	46
1.2. Notwendige Staatsaufgaben oder verfassungsrechtliche Pflichtaufgaben .....	50
1.3. Fazit.....	52
2. Beachtung des Rechtsstaatsgebots zum Schutz der Grundrechte von Eltern und Schülern im Schulverhältnis.....	53
2.1. Die Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie im Schulverhältnis .....	53
2.2. Fazit.....	54
3. Der Funktionsvorbehalt gemäß Art. 33 Abs. 4 GG als Beamtenvorbehalt für die Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben und als Organisationsnorm für die Ausübung der staatlichen Schulhoheit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG .....	55
3.1. Art. 33 Abs. 4 GG in seiner Bedeutung als Beamtenvorbehalt und als Organisationsnorm .....	55
3.1.1. Die besondere Rechtsstellung des Beamten im demokratischen Rechtsstaat	55
3.1.2. Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse .....	58
3.2. Die sich aus dem Funktionsvorbehalt ergebenden personalrechtlichen Konsequenzen für den öffentlich-rechtlichen Status der Lehrer als Amtswalter des Staates.....	60
3.2.1. Die Auffassung der Rechtsprechung zur hoheitsrechtlichen Aufgabenerfüllung des Lehrers.....	60
3.2.2. Die pädagogische Freiheit – ein Reflex des staatlichen Erziehungsauftrages und Teil des Amtsauftrages des Lehrers .....	62

3.2.3. Die Stellung des Lehrers als Sachwalter des Staates und Organ der staatlichen Schulverwaltung.....	66
3.3. Die Relevanz des Funktionsvorbehalts als Beamtenvorbehalt und Organisationsnorm für die Organisation des staatlichen Schulwesens.....	68
3.4. Fazit.....	72
4. Die demokratische Legitimation der schulischen Leistungsverwaltung.....	74
4.1. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Erfordernis demokratischer Legitimation staatlichen Handelns.....	76
4.1.1. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.....	77
a) Die auf die unmittelbare Staatsverwaltung bezogenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.....	78
b) Der Wasserverbandsbeschluss zur demokratischen Legitimation funktionaler Selbstverwaltung.....	85
4.1.2. Die Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofes zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe.....	88
4.2. Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes sowie des Hessischen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes zu den Grenzen schulischer Selbstverwaltung.....	89
4.2.1. Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zur Unzulässigkeit der Einrichtung von Schulforen.....	89
4.2.2. Die Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofes zur Zulässigkeit der Übertragung schulischer Kompetenzen auf Schulkonferenzen.....	91
4.2.3. Die Entscheidung des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes zu den Möglichkeiten und Grenzen der Eltern- und Schülermitbestimmung in Schulkonferenzen.....	92
4.3. Fazit.....	94
5. Ergebnis.....	96
5.1. Schulaufsicht als obligatorische Staatsaufgabe.....	96
5.2. Beachtung des Rechtsstaatsgebots im Schulverhältnis.....	97
5.3. Die Bedeutung des Funktionsvorbehalts gemäß Art. 33 Abs. 4 GG im Bereich der notwendigen Staatsaufgabe Schulaufsicht.....	97
5.4. Demokratiegebot und Schulorganisation.....	99
C. Schlussfolgerungen für die verfassungsrechtliche Bewertung der Reorganisation des beruflichen Schulwesens in Hamburg und Bremen.....	101

I. Unvereinbarkeit des Hamburger Stiftungsmodells für das berufliche Schulwesen mit Art. 7 Abs. 1 GG und dem grundgesetzlichen Demokratiegebot.....	102
1. Staatsorganisationsrechtliche Einordnung von Stiftungen des öffentlichen Rechts ..	104
2. Verletzung des Prinzips demokratischer Legitimation bei der Ausübung der staatlichen Schulgewalt im Rahmen der Stiftungsorganisation .....	105
2.1. Erfordernis personell demokratischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung in Abgrenzung zum Prinzip autonomer Legitimation in Einrichtungen funktionaler Selbstverwaltung .....	106
2.2. Unzulässigkeit der entsprechenden Anwendung der Grundsätze funktionaler Selbstverwaltung auf die im Bereich des beruflichen Schulwesens zu erfüllenden Aufgaben der staatlichen Schulaufsicht .....	115
2.3. Voraussetzungen einer Partizipation Privater an legitimationsbedürftigen Entscheidungsprozessen im Bereich des staatlichen Schulwesens im Rahmen des Stiftungsmodells.....	128
2.3.1. Die unterschiedliche Interessendisposition von Eltern und Schülern im Rahmen der schulischen Selbstverwaltung und von Wirtschaftsvertretern im Rahmen der Stiftung Berufliche Schulen Hamburg.....	128
2.3.2. Zusammensetzung und Bestellung der Entscheidungsorgane der Stiftung .	134
2.3.3. Anwendung der Dreistufentheorie auf die Entscheidungen des Kuratoriums in Grundsatzfragen (Erlass von Satzungen und Wirtschaftspläne, Abschluss von Zielvereinbarungen mit der für das Schulwesen zuständigen Behörde).....	135
2.3.4. Prinzip der interessengerechten Beteiligung Betroffener im Fall einer Mitwirkung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen .....	143
2.4. Übertragung der Dienstherrnfähigkeit auf die Stiftung Berufliche Schulen Hamburg.....	145
2.5. Verfassungsrechtliche Grenzen der Veränderung der Schulorganisation für berufliche Schulen im Lichte der Wahrung des Demokratieprinzips im Bereich der staatlichen Schulhoheit.....	147
2.5.1. Umfang und Grenzen schulischer Autonomie vor Ort.....	147
2.5.2. Demokratierechtliche Defizite bei der Zusammensetzung des Lenkungsausschusses .....	149
3. Ergebnis.....	151
3.1. Verbot der Übertragung von Aufgaben der staatlichen Schulaufsicht auf Einrichtungen funktionaler Selbstverwaltung.....	151

3.2. Verstoß gegen das Demokratieprinzip durch die Organisationsstruktur der Stiftung Berufliche Schulen .....	153
3.3. Verstoß gegen das Prinzip der interessengerechten Beteiligung Betroffener bei einer Beteiligung Privater an staatlichen Entscheidungsprozessen.....	154
3.4. Dienstherrenfähigkeit der Stiftung Berufliche Schulen Hamburg .....	154
3.5. Verstoß gegen das Demokratieprinzip bei der Veränderung der Schulorganisation der beruflichen Schulen im Hinblick auf die entscheidungsbestimmende Mitwirkung Privater im Lenkungsausschuss .....	155
3.6. Rechtsstaatswidriger Formenmissbrauch bei einer Reorganisation des beruflichen Schulwesens auf der Grundlage des Stiftungsmodells.....	155
II. Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit der für Bremen geplanten GmbH für Infrastruktur im Bereich der vom Schulträger zu erfüllenden Aufgaben.....	158
1. Möglichkeit der Organisationsprivatisierung für schulbezogene Infrastrukturaufgaben in den Stadtstaaten.....	158
2. Beachtung des Demokratieprinzips im Fall einer Organisationsprivatisierung öffentlicher Aufgaben .....	158
3. Ergebnis.....	161
D. Gesamtergebnis .....	162
Literaturverzeichnis.....	174
Abkürzungsverzeichnis .....	184
Inhaltsverzeichnis.....	188