



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

1. BVerwG 2 C 21.06
OVG 6 A 1710/04
2. BVerwG 2 C 26.06
OVG 6 A 4501/03
3. BVerwG 2 C 29.07
OVG 6 A 3599/05

In den Verwaltungsstreitsachen

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
in der Sache BVerwG 2 C 21.06 ohne mündliche Verhandlung,
in den Sachen BVerwG 2 C 26.06 und BVerwG 2 C 29.07 aufgrund
der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2007
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Albers,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kugele, Groepper und Dr. Heitz
und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen

beschlossen:

Die Verfahren BVerwG 2 C 21.06, BVerwG 2 C 26.06 und
BVerwG 2 C 29.07 werden ausgesetzt.

Dem Bundesverfassungsgericht werden gemäß Art. 100
Abs. 1 GG die Fragen zur Entscheidung vorgelegt, ob

- in den Verfahren BVerwG 2 C 21.06 und BVerwG 2 C
26.06

§ 25b Abs. 1 Satz 1 und 2 zweiter Halbsatz, Abs. 7
Ziffer 1.3 des Landesbeamtengesetzes Nordrhein-
Westfalen in der Fassung des Art. I des Gesetzes
vom 20. April 1999 (GV.NRW. S. 148) in Verbindung
mit Art. 7 Abs. 5 des 2. Schulrechtsänderungs-
gesetzes vom 27. Juni 2006 (GV.NRW. S. 278)

- im Verfahren BVerwG 2 C 29.07

§ 25b Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 7 Ziffer 1.2 des Lan-
desbeamtengesetzes Nordrhein-Westfalen in der
Fassung des Art. 3 Nr. 2 Buchst. a) des 2. Schul-
rechtsänderungsgesetzes vom 27. Juni 2006
(GV.NRW. S. 278)

mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar und nichtig sind.

G r ü n d e :

I

1 1. Die Klägerin und die Kläger sind auf Lebenszeit ernannte Landesbeamte im Dienste Nordrhein-Westfalens, denen Führungsämter für eine noch nicht abgelaufene Dauer von zehn Jahren lediglich im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen worden sind. Mit ihren Klagen begehren sie, ihnen diese Ämter stattdessen im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übertragen.

2 a) Verfahren BVerwG 2 C 21.06:

Die 1947 geborene Klägerin zu 1 ist seit 1974 Lehrerin und steht seit 1982 im Schuldienst des beklagten Landes. Im August 1995 wurde sie beauftragt, kommissarisch die Dienstgeschäfte der stellvertretenden Schulleiterin eines Gymnasiums wahrzunehmen. 1996 wurde sie zur Studiendirektorin als ständige Vertreterin des Leiters eines voll ausgebauten Gymnasiums ernannt. Im August 1998 wurde sie an ein Gymnasium in G. versetzt, wo sie kommissarisch die Dienstgeschäfte der Schulleiterin übernahm. Mit Wirkung vom 1. August 1999 wurde sie unter Fortdauer ihres Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit für die Dauer von zwei Jahren in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen und zur Oberstudiendirektorin als Leiterin eines voll ausgebauten Gymnasiums (BesGr. A 16 LBesO) ernannt. In gleicher Weise wurde sie mit Wirkung vom 1. August 2001 für weitere acht Jahre ernannt.

3 Ihre wiederholt gestellten Anträge, sie zur Oberstudiendirektorin im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu ernennen, blieben erfolglos. Gegen die Ablehnung ihres Begehrens hat die Klägerin jeweils in den Jahren 2000 und 2002 Klage erhoben. Das Verwaltungsgericht hat beide Klagen verbunden und abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben.

4 b) Verfahren BVerwG 2 C 26.06:

Der 1952 geborene Kläger zu 2 ist seit 1982 im Schuldienst des beklagten Landes tätig und seit 1984 Beamter auf Lebenszeit. 1986 wurde er zum Oberstudienrat befördert.

- 5 1992 wurde er an die neu eingerichtete Gesamtschule W. versetzt, um sie als Schulleiter aufzubauen. 1994 wurde er zum Gesamtschuldirektor - als Leiter einer Gesamtschule - (BesGr. A 15 FN 12 LBesO) befördert. Nachdem die Gesamtschule die erforderliche Größe erreicht hatte, wurde er mit Wirkung vom 1. August 2000 unter Fortdauer seines Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit für die Dauer von zwei Jahren in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen und zum Leitenden Gesamtschuldirektor - als Leiter einer Gesamtschule - (BesGr. A 16 LBesO) ernannt. Da seine Leistungen in dieser Amtszeit mit dem Gesamturteil „sehr gut“ beurteilt wurden, wurde ihm das statusrechtliche Amt eines Schulleiters der Besoldungsgruppe A 16 mit Wirkung vom 1. August 2002 für eine weitere Amtszeit von acht Jahren, d.h. bis zum 31. Juli 2010 im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen.
- 6 Der Kläger macht einen Anspruch auf Übertragung des auf Zeit verliehenen Amtes im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit geltend. Widerspruch, Klage und Berufung sind erfolglos geblieben.
- 7 c) Verfahren BVerwG 2 C 29.07:
Der 1949 geborene Kläger zu 3 ist Beamter auf Lebenszeit im Dienste der Forstverwaltung des beklagten Landes. Seit 1990 leitete er in der damaligen Landesanstalt für Ökologie, Landschaftsentwicklung und Forstplanung als Forstdirektor die Abteilung „Forstplanung und Waldökologie“. 1991 wurde er zum Leitenden Forstdirektor befördert. Von 1994 bis zur Auflösung der Behörde am Ende des Jahres 2006 war er Leiter der Forstabteilung der Landesanstalt für Ökologie, Bodenordnung und Forsten/Landesamt für Agrarordnung. Inzwischen leitet er die Abteilung „Waldökologie, Forsten und Jagd“ beim Landesbetrieb Wald und Holz.
- 8 Am 30. August 2000 wurde er für fünf Jahre in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen und zum Abteilungsdirektor ernannt (Besoldungsgruppe B 2 BBesO). Am 30. August 2005 wurde er für eine weitere Amtszeit von fünf Jahren in diesem Amt ernannt. Seine Anträge, ihn zum Abteilungsdirektor auf Lebenszeit zu

ernennen, blieben im Vorverfahren und im gerichtlichen Instanzenzug ohne Erfolg.

- 9 2. Zur Begründung hat das Berufungsgericht in allen drei Fällen - im Falle BVerwG 2 C 29.07 im Wege der Bezugnahme - im Wesentlichen ausgeführt (ZBR 2006, 424):
- 10 a) Die Klägerin und die Kläger hätten weder Anspruch auf Ernennung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit noch einen Anspruch auf Neubescheidung ihrer Anträge. Abweichend vom Regelfall der Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 BRRG und § 5 Abs. 2 LBG NRW sei für bestimmte Aufgabenfelder ein Beamtenverhältnis auf Zeit gesetzlich vorgesehen. In Ausübung der rahmenrechtlichen Ermächtigung des § 12b Abs. 1 BRRG habe der Landesgesetzgeber in § 25b Abs. 1 Satz 1 LBG NRW geregelt, dass ein Amt mit leitender Funktion aus dem Ämterkatalog des Absatzes 7 dieser Vorschrift - hierzu zählten auch die der Klägerin und den Klägern übertragenen Ämter - im Beamtenverhältnis auf Zeit für längstens zwei Amtszeiten übertragen wird. Mit Ablauf der ersten Amtszeit sei die Übertragung des Amtes auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ausgeschlossen, mit Ablauf der zweiten Amtszeit solle dem Beamten das Amt auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragen werden. Diese Regelung stehe der Ernennung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum jetzigen Zeitpunkt entgegen. Sie sei mit § 12b Abs. 3 Satz 1 BRRG vereinbar und verstoße auch nicht gegen Bestimmungen des Grundgesetzes.
- 11 b) Art. 3 Abs. 1 GG sei nicht deshalb verletzt, weil von den der Besoldungsgruppe A 16 und darunter zugeordneten Ämtern nur die der Leiter öffentlicher Schulen und der Leiter von Studienseminaren den Regelungen des § 25b LBG NRW unterfielen. Besonderheiten des Schulbereiches rechtfertigten dies, weil die Leitungsfunktion in der Schule schon wegen der zum Teil großen Anzahl von Lehrerkollegen und Schülern ein hohes Maß an dauerhafter Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft erfordere. Die vielfältigen Aufgaben des Schulleiters, die an ihn gestellten Anforderungen sowie seine Stellung im ständigen Blickfeld der Öffentlichkeit brächten es mit sich, dass mangelnde Eignung

oder Fehlleistungen im Einzelfall das öffentliche Ansehen einer Schule oder des Schulwesens insgesamt empfindlich beeinträchtigen könnten, weshalb es möglich sein müsse, einen Schulleiter abzurufen, der sich dem Amt nicht gewachsen zeige.

- 12 c) Die Regelungen verstießen auch nicht gegen Art. 33 Abs. 5 GG, und zwar weder in seiner alten noch in seiner neuen, zum 1. September 2006 in Kraft getretenen Fassung. Zwar werde durch die in § 25b LBG NRW vorgesehene Besetzung bestimmter Führungspositionen auf Zeit der hergebrachte Grundsatz der Ämtervergabe auf Lebenszeit durchbrochen, der sich auch auf das statusrechtliche Amt und nicht allein auf einen bloßen Grundstatus beziehe und deshalb auch die dauerhafte Übertragung eines Beförderungsamtes umfasse. Diese Einschränkung stelle aber eine zulässige Fortentwicklung des öffentlichen Dienstrechts dar und lasse den Kernbestand der Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums letztlich unangetastet. Sie solle das Leistungsprinzip im Interesse einer modernen und flexiblen Verwaltung stärker betonen, den Wettbewerb bei der Besetzung von Führungspositionen steigern, die Mobilität der Führungskräfte vergrößern, als Anreiz für mehr Leistung dienen und zugleich den Spielraum für die Personalführung erweitern. Die zeitlich befristete Übertragung einer Führungsposition schaffe einen dauerhaften Anreiz für den jeweiligen Amtsinhaber, Bestleistungen zu erbringen, denn nur dann könne er die Übertragung des Amtes für eine zweite Amtszeit und schließlich auf Lebenszeit erwarten. Die Aufteilung in zwei Amtsperioden verbessere die Grundlage für eine gesicherte Eignungsprognose. Im Einzelfall erlaube die Regelung nach vergleichsweise kurzer Zeit eine Korrektur der Besetzungsentscheidung. Schließlich verbessere die Regelung ein flexibles personalwirtschaftliches Handeln.
- 13 Vor dem Hintergrund einer jahrelang öffentlich ausgetragenen Diskussion habe der Gesetzgeber den Konflikt zwischen dem Lebenszeitprinzip und dem Leistungsprinzip sorgfältig abgewogen und verfassungsrechtlich unbedenklich nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz gelöst, ohne den Kernbestand beider Prinzipien aufzugeben. Er sei mit vertretbarer Prognose davon ausgegangen, dass die mit dem Gesetz verfolgten Wirkungen auch tatsächlich eintreten und

nachteilige Folgen für die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung sich verhindern lassen.

- 14 § 25b LBG NRW stehe auch nicht im Widerspruch zu den hergebrachten Grundsätzen des Laufbahn- und des Alimentationsprinzips.
- 15 d) Die Klägerin zu 1 könne ihren Anspruch nicht aus der Fürsorgepflicht des beklagten Landes herleiten, weil sie vor der Einführung des § 25b LBG NRW erwartet habe, nach Ablauf der Haushaltssperre auf die Stelle als Schulleiterin befördert zu werden, die sie bereits kommissarisch innegehabt habe. Die Klägerin habe keine schutzwürdige Vertrauensposition erlangt, die es erlauben könnte, die zwingende Vorschrift des § 25b LBG NRW zu missachten. Sie sei nicht anders zu behandeln als diejenigen, die nach Einführung des § 25b LBG NRW erstmals auf eine Schulleiterstelle berufen worden seien. Der Gesetzgeber habe eine Übergangsvorschrift für solche Beamte nicht für erforderlich gehalten, die bei Einführung des § 25b LBG NRW eine Schulleiterstelle aus Haushaltsgründen nur kommissarisch besetzt hätten.
- 16 Schließlich stehe der Klägerin zu 1 und den Klägern zu 2 und 3 der Anspruch auf Ernennung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit auch unter Berücksichtigung ihrer Vordienstzeiten nicht zu. § 25b LBG NRW in der am 1. Juni 1999 in Kraft getretenen Fassung habe eine Anrechnung von Vordienstzeiten auf die Amtszeiten im Beamtenverhältnis auf Zeit nicht vorgesehen. Diese Möglichkeit sei erst ab dem 1. Januar 2004 für die erste Amtszeit geschaffen worden. Nach der damals geltenden Rechtslage seien die Klägerin zu 1 und der Kläger zu 2 zunächst auf zwei Jahre, der Kläger zu 3 auf fünf Jahre in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen worden. Diese erste Amtszeit habe zu einem Zeitpunkt geendet, in der die Anrechnungsmöglichkeit noch nicht bestanden habe. Derzeit befänden sich die Klägerin zu 1 und die Kläger zu 2 und 3 in ihrer zweiten Amtszeit, für die die Anrechnungsmöglichkeit ausdrücklich nicht gelte.
- 17 3. Mit der Revision rügen die Klägerin und die Kläger die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

- 18 Im Verfahren BVerwG 2 C 21.06 beantragt die Klägerin zu 1,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 13. September 2006 und des Verwaltungsgerichts Münster vom 16. März 2004 sowie die eine Ernennung der Klägerin zur Oberstudiendirektorin im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ablehnenden Bescheide vom 21. Juli 1999, 21. Juni 1999, 10. Februar 2000, 5. Juni 2001, 27. Juli 2001 und 23. September 2002 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, die Klägerin zur Oberstudiendirektorin (Besoldungsgruppe A 16) im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu ernennen und ihr die Leitung des Gymnasiums Augustinianum in G. zu übertragen.

- 19 Im Verfahren BVerwG 2 C 26.06 beantragt der Kläger zu 2,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 13. September 2006 und des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 21. Oktober 2003 sowie den Bescheid der Bezirksregierung Düsseldorf vom 8. November 2002 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheids vom 13. Dezember 2002 aufzuheben und das beklagte Land zu verpflichten, den Kläger zum Leitenden Gesamtschuldirektor - als Leiter einer Gesamtschule - (BesGr. A 16 LBesO NRW) im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu ernennen.

- 20 Im Verfahren BVerwG 2 C 29.07 beantragt der Kläger zu 3,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 23. Mai 2007 und des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 24. August 2005 sowie die Bescheide des Beklagten vom 27. August 2000, vom 4. September 2001, vom 24. August 2005 und vom 16. November 2006 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, den Kläger zum Abteilungsdirektor (BesGr. B 2 BBesO) im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu ernennen.

- 21 Der Beklagte tritt den Revisionen entgegen und beantragt jeweils,
die Revision zurückzuweisen.

II

- 22 Im Einverständnis aller Beteiligten entscheidet der Senat über die Revision der Klägerin in dem Verfahren BVerwG 2 C 21.06 ohne mündliche Verhandlung (§ 141 Satz 1, § 125 Abs. 1 Satz 1, § 101 Abs. 2 VwGO).
- 23 Der Senat hat beschlossen, die drei Verfahren gemäß § 93 VwGO zur gemeinsamen Entscheidung zu verbinden.
- 24 Die Verfahren sind gemäß Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen, um dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorzulegen, ob § 25b LBG NRW in den im Tenor genannten Fassungen mit Art. 33 Abs. 5 GG vereinbar ist.

III

- 25 1. In der in den beiden Verfahren BVerwG 2 C 21.06 und BVerwG 2 C 26.06 maßgebenden Fassung des Art. I des Neunten Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 20. April 1999 (GV.NRW. S. 148) lautet § 25b des nordrhein-westfälischen Landesbeamtengesetzes (LBG NRW) wie folgt:

„§ 25 b
Leitende Funktion auf Zeit

(1) Ein Amt mit leitender Funktion im Sinne des Absatzes 7 wird im Beamtenverhältnis auf Zeit für längstens zwei Amtszeiten übertragen. Eine Amtszeit beträgt fünf Jahre; abweichend hiervon beträgt bei Leitern öffentlicher Schulen oder Studienseminare die erste Amtszeit zwei, die zweite Amtszeit acht Jahre. Mit Ablauf der ersten Amtszeit ist die Übertragung des Amtes auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ausgeschlossen, mit Ablauf der zweiten Amtszeit soll dem Beamten das Amt auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragen werden.

(2) § 25 a Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 gilt entsprechend.

(3) Wird dem Beamten in einem Amt auf Zeit nach Absatz 1 ein anderes Amt nach Absatz 1 übertragen, das in eine höhere Besoldungsgruppe eingestuft ist als das ihm zuvor übertragene Amt nach Absatz 1, ist ihm dieses Amt gleichzeitig auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übertragen, sofern die allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Mit der Übertragung des höher eingestuftes Amtes nach Absatz 1 beginnt eine erneute erste Amtszeit; Absatz 1 Sätze 2 und 3 finden Anwendung.

(4) Der Beamte ist mit

- a) Ablauf der Amtszeit,
- b) der Versetzung in ein Amt derselben oder einer gleichwertigen Laufbahn mit geringerem Endgrundgehalt nach § 28 Abs. 2 Satz 2,
- c) der Versetzung zu einem anderen Dienstherrn,
- d) der Übernahme eines Mandates, das mit dem Amt nach Absatz 1 unvereinbar ist,
- e) der Zurückstufung nach den Vorschriften des Disziplinargesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen,
- f) der Übertragung eines Amtes nach Absatz 8 bei demselben Dienstherrn,
- g) Beendigung seines Beamtenverhältnisses oder Richterverhältnisses auf Lebenszeit oder
- h) der Ernennung unter Verleihung eines anderen, nicht im Beamtenverhältnis auf Zeit zu verleihenden Amtes

aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit nach Absatz 1 entlassen. Die §§ 31 bis 33 bleiben unberührt.

(5) Mit dem Ende des Beamtenverhältnisses auf Zeit nach Absatz 1 endet der Anspruch auf Besoldung aus diesem Amt; weitergehende besoldungsrechtliche Ansprüche bestehen nicht. In den Fällen des Absatzes 4 Satz 1 Buchstaben a bis f wird das Beamtenverhältnis oder das Richterverhältnis auf Lebenszeit fortgesetzt.

(6) § 25 Abs. 3 Satz 1 und § 78 e Abs. 1 Nr. 1 finden keine Anwendung.

(7) Ämter im Sinne des Absatzes 1 sind

1. im Landesdienst die

1.1 mindestens der Besoldungsgruppe B 4 angehörenden Ämter der in den obersten Landesbehörden oder den diesen angegliederten Dienststellen tätigen Beamten,

1.2 der Besoldungsordnung B angehörenden Ämter der Leiter sowie der Leiter von Teilen (Abteilungen) der den obersten Landesbehörden unmittelbar nachgeordneten Behörden, Einrichtungen und Landesbetriebe,

1.3 der Besoldungsgruppe A 16 angehörenden Ämter der Leiter öffentlicher Schulen oder Studienseminare,
2. im Dienst der Gemeinden und Gemeindeverbände die Ämter der Leiter von Organisationseinheiten, die dem Hauptverwaltungsbeamten oder einem anderen Wahlbeamten oder diesem in der Führungsfunktion vergleichbaren Beschäftigten unmittelbar unterstehen, sofern in der Hauptsatzung allgemein für diese Ämter die Übertragung auf Zeit bestimmt ist,
3. im Dienst der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts die Ämter, die nach Maßgabe einer von der zuständigen obersten Aufsichtsbehörde zu erlassenden Rechtsverordnung dazu bestimmt werden.

(8) Absatz 1 gilt nicht für die Ämter der Mitglieder des Landesrechnungshofes nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes über den Landesrechnungshof, die Ämter gemäß § 25 a Abs. 8 Nr. 1.5 sowie für die Ämter, die
a) aufgrund anderer gesetzlicher Vorschriften im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen werden oder
b) in § 38 Abs. 1 genannt sind.

(9) Der Beamte führt während seiner Amtszeit nur die Amtsbezeichnung des ihm nach Absatz 1 übertragenen Amtes. In den Fällen des Absatzes 4 Buchstaben a bis d findet § 92 Abs. 3 Sätze 2 und 3 nur dann entsprechende Anwendung, wenn das Amt nach Absatz 1 mindestens eine Amtszeit wahrgenommen worden ist.“

26 2. Die in Bezug genommene Vorschrift des § 25a LBG NRW lautet:

„§ 25 a
Leitende Funktion auf Probe

(2) In ein Amt nach Absatz 1 darf nur berufen werden, wer sich in einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder in einem Richterverhältnis auf Lebenszeit befindet und in dieses Amt auch als Beamter auf Lebenszeit berufen werden könnte. Ein Richter darf in ein Beamtenverhältnis auf Probe nach Absatz 1 nur berufen werden, wenn er zugleich zustimmt, bei Fortsetzung des Richterverhältnisses auf Lebenszeit nach Absatz 6 Satz 4 auch in einem anderen Richteramt desselben Gerichtszweiges verwendet zu werden.

(3) Vom Tage der Ernennung ruhen für die Dauer des Beamtenverhältnisses auf Probe die Rechte und Pflichten aus dem Amt, das dem Beamten zuletzt im Beamtenverhältnis oder im Richterverhältnis auf Lebenszeit über-

tragen worden ist, mit Ausnahme der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit und des Verbotes der Annahme von Belohnungen und Geschenken; das Beamtenverhältnis oder das Richterverhältnis auf Lebenszeit besteht fort.

(4) Der Landespersonalausschuss kann Ausnahmen von Absatz 2 Satz 1 zulassen.“

- 27 3. Durch Art. I des am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Zehnten Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 17. Dezember 2003 (GV.NRW. S. 814) wurde in § 25b Abs. 1 folgender Satz 3 eingefügt:

„Zeiten, in denen dem Beamten die leitende Funktion nach Satz 1 bereits übertragen worden ist, können bis zu einer Dauer von höchstens zwei Jahren auf die erste Amtszeit angerechnet werden.“

- 28 4. Die Absätze 1 und 7 des § 25b LBG NRW sind durch Art. 3 Nr. 2a) des 2. Schulrechtsänderungsgesetzes vom 27. Juni 2006 (GV.NRW. S. 278) mit Wirkung vom 1. August 2006 wie folgt geändert worden:

„a) In Absatz 1 erhält Satz 2 folgende Fassung:
,Eine Amtszeit beträgt fünf Jahre’.

b) Abs. 7 Nr. 1.3 wird wie folgt gefasst:

,1.3 Ämter der Leiter öffentlicher Schulen oder die der Besoldungsgruppe A 16 angehörenden Ämter der Leiter von Studienseminaren’.“

- 29 Damit ist seit 1. August 2006 die Sonderregelung des § 25b Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz LBG NRW für die Dauer der Amtszeiten von Schulleitern, nämlich zwei und acht Jahre anstelle von zweimal fünf Jahren, gestrichen worden. Allerdings enthält Art. 7 Abs. 5 des 2. Schulrechtsänderungsgesetzes folgende Übergangsregelung:

„(5) Für Leiterinnen und Leiter von Schulen sowie Leiterinnen und Leiter von Studienseminaren in Besoldungsgruppe A 16, denen ihr Amt vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gemäß §§ 25a und 25b LBG übertragen worden ist, verbleibt es bei der bisherigen Rechtslage.“

30 Dies bedeutet, dass in den beiden Verfahren BVerwG 2 C 21.06 und BVerwG 2 C 26.06 § 25b Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz i.V.m. Abs. 7 Ziff. 1.3 LBG NRW i.d.F. vom 20. April 1999 (GV.NRW. S. 148) weiterhin anwendbar ist.

31 5. In der für das Verfahren BVerwG 2 C 29.07 maßgeblichen Fassung des Art. 3 Nr. 2 Buchst. a) und b) des 2. Schulrechtsänderungsgesetzes vom 27. Juni 2006 (GV.NRW. S. 278) lautet die Vorschrift, soweit sie von der vorstehend wiedergegebenen Fassung abweicht:

„§ 25 b
Leitende Funktion auf Zeit

(1) Ein Amt mit leitender Funktion im Sinne des Absatzes 7 wird im Beamtenverhältnis auf Zeit für längstens zwei Amtszeiten übertragen. Eine Amtszeit beträgt fünf Jahre. Zeiten, in denen dem Beamten die leitende Funktion nach Satz 1 bereits übertragen worden ist, können bis zu einer Dauer von höchstens zwei Jahren auf die erste Amtszeit angerechnet werden. Mit Ablauf der ersten Amtszeit ist die Übertragung des Amtes auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ausgeschlossen, mit Ablauf der zweiten Amtszeit soll dem Beamten das Amt auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragen werden.“

IV

32 Die Voraussetzungen für Sachentscheidungen des Senats über die Klagebegehren sind erfüllt.

33 1. Die Klagen sind sämtlich zulässig. Mit Recht hat sich das Berufungsgericht an einer Sachentscheidung nicht dadurch gehindert gesehen, dass im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die erste - zweijährige bzw. fünfjährige - Amtszeit der Kläger bereits abgelaufen war und damit die auf diese Amtszeit bezogenen Bescheide des beklagten Landes gegenstandslos geworden waren. Eigentlicher Streitgegenstand der Klagen ist in allen drei Verfahren der Verpflichtungsantrag mit dem Ziel, schon vor Ablauf der zehnjährigen Frist des § 25b LBG NRW im jeweiligen Beförderungsamte im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ernannt zu werden. Dieses Rechtsschutzziel ist nach wie vor nicht erreicht, die

darauf gerichteten Klagen sind daher nach wie vor in vollem Umfang zulässig. Der beantragten Aufhebung entgegenstehender Bescheide kommt demgegenüber nur klarstellende Bedeutung zu.

- 34 2. Einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht bedarf es im Verfahren BVerwG 2 C 21.06 nicht. Ohne Erfolg beanstandet die Klägerin zu 1 mit ihrer Gehörs- und Aufklärungsrüge, das Berufungsgericht habe sein Urteil unter anderem auf „die bisherigen Erfahrungen der Schulverwaltung mit den Regelungen des § 25b LBG NRW“ gestützt. Hierzu habe das beklagte Land erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen, ohne dass die Klägerin Gelegenheit gehabt habe, hierzu zu recherchieren oder hierauf einzugehen. Das Berufungsgericht habe deshalb den Vortrag als streitig behandeln und ihm näher nachgehen müssen. Diese Rüge greift schon deshalb nicht durch, weil ausweislich des Protokolls der Sitzung vom 13. September 2006 die anwaltlich vertretene Klägerin nach der Erörterung der Sach- und Rechtslage ebenso wie die Gegenseite Gelegenheit hatte, ihre Anträge zu stellen und zu begründen. Sie hat dabei keinerlei Anstalten gemacht, ihre erst im Revisionsverfahren erhobene Rüge geltend zu machen und etwa auf eine Vertagung, eine Schriftsatzfrist oder auf weitere Aufklärung hinzuwirken. Entsprechende Anträge hat sie nicht gestellt. Damit kann sie mit diesen Rügen im Revisionsverfahren nicht mehr gehört werden. Zu den Obliegenheiten der Partei gehört es, die prozesualen Möglichkeiten auszuschöpfen, um sich Gehör zu verschaffen oder eine weitere Sachaufklärung zu erreichen (vgl. Beschlüsse vom 13. Januar 2000 - BVerwG 9 B 2.00 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 53 S. 13 f. und vom 13. Dezember 2002 - BVerwG 1 B 95.02 - Buchholz a.a.O. Nr. 67 S. 28).

V

- 35 Ohne Erfolg machen die Kläger geltend, § 25b LBG NRW in sämtlichen Fassungen sei mit Bundesrahmenrecht - § 12b BRRG - nicht vereinbar und deshalb gemäß Art. 75 Abs. 3 GG a.F. von Anfang an nichtig gewesen.
- 36 1. Nach § 12b BRRG kann das Amt nach Ablauf der ersten Amtszeit auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragen werden (Ermessensvorschrift),

während § 25b Abs. 1 Satz 2 bzw. Satz 3 LBG NRW zwingend vorsieht, dass dies gerade nicht geschehen darf (Mussvorschrift). Diese Abweichung hält sich innerhalb des vorgegebenen Rahmens. Das Rahmenrecht war von vornherein auf Ausfüllung durch die Länder angelegt, musste den Ländern also einen gewissen Gestaltungsspielraum überlassen (vgl. Urteil vom 24. November 2005 - BVerwG 2 C 32.04 - BVerwGE 124, 347 <349, Rn. 11>; BVerfG, Urteil vom 27. Juli 2004 - 2 BvF 2/02 - BVerfGE 111, 226 <248 ff.>). Da nach der Bundesregelung die Amtszeit, die im Beamtenverhältnis auf Zeit zurückzulegen ist, zehn Jahre dauern kann, eine Teilung in zwei Amtszeiten jedoch nicht zwingend vorgeschrieben ist, hätte der Landesgesetzgeber auch eine einheitliche Amtsdauer von zehn Jahren vorschreiben können, vor deren Ablauf eine Ernennung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nicht möglich ist. Erst recht muss dann gelten, dass er die Höchstdauer von zehn Jahren auch in zwei Abschnitte - von gleicher oder unterschiedlicher Länge - aufteilen darf, ohne mit der bundesrechtlichen Vorgabe zu kollidieren. Die Abweichung des § 25b LBG NRW ist damit in beiden hier maßgeblichen Fassungen (zwei plus acht bzw. fünf plus fünf Jahre) von der bundesgesetzlichen Vorschrift - deren Fortgeltung unterstellt - gedeckt. Das Amt kann, muss aber nicht bereits nach der ersten Amtszeit im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragen werden.

- 37 2. Deshalb bedarf die Frage keiner Entscheidung, ob § 25b LBG NRW weiterhin auf diese Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann, oder ob als Folge des am 1. September 2006 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl I S. 2034), durch das u.a. Art 75 GG aufgehoben worden ist, die rahmenrechtliche Bindung des Landesgesetzgebers entfallen ist.

VI

- 38 Der Erfolg der Revisionen hängt davon ab, ob § 25b LBG NRW mit dem Grundgesetz vereinbar und gültig oder mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig ist. Die Frage ist entscheidungserheblich.

- 39 1. Ist § 25b LBG NRW gültig, können die Revisionen der Klägerin und der Kläger keinen Erfolg haben. Die Beklagte hat diese Vorschrift in allen drei Fällen fehlerfrei angewandt.
- 40 a) Das Amt der Oberstudierendirektorin der Besoldungsgruppe A 16 an einem Gymnasium ist ebenso wie das Amt des Leitenden Gesamtschuldirektors - als Leiter einer Gesamtschule - ein Amt mit leitender Funktion im Sinne des § 25b Abs. 1 und Abs. 7 LBG NRW. Ämter im Sinne der genannten Bestimmungen sind nach Nr. 1.3 auch die Ämter der Leiter öffentlicher Schulen oder die der Besoldungsgruppe A 16 angehörenden Ämter der Leiter von Studienseminaren. Ebenso zählt das dem Kläger zu 3 verliehene Amt eines Abteilungsdirektors der Besoldungsgruppe B 2 BBesO an einer der obersten Landesbehörde unmittelbar nachgeordneten Behörde zu den von der Regelung erfassten Führungsämtern (§ 25b Abs. 7 Nr. 1.2 LBG NRW).
- 41 b) Nach § 25b Abs. 1 LBG NRW wird ein Amt mit leitender Funktion im Sinne des Absatzes 7 im Beamtenverhältnis auf Zeit für längstens zwei Amtszeiten übertragen. Mit Ablauf der ersten Amtszeit ist die Übertragung des Amtes auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ausgeschlossen, mit Ablauf der zweiten Amtszeit soll dem Beamten das Amt auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragen werden. Danach ist es in allen drei Fällen ausgeschlossen, das im Beamtenverhältnis auf Zeit verliehene Führungsamt vor Ablauf der zweiten Amtszeit im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übertragen.
- 42 c) Die Klägerin zu 1 kann auch nicht beanspruchen, dass die Zeit von August 1998 bis Ende Juli 1999 auf die noch abzuleistende zweite Amtszeit angerechnet wird. In dieser Zeit war sie an ihr jetziges Gymnasium in G. versetzt worden und hatte dort bereits kommissarisch die Dienstgeschäfte der Schulleiterin übernommen. Nach § 25b Abs. 1 Satz 3 LBG NRW können Zeiten, in denen dem Beamten die leitende Funktion bereits übertragen worden ist, bis zu einer Dauer von höchstens zwei Jahren auf die erste Amtszeit angerechnet werden. Die erste Amtszeit der Klägerin ist bereits abgelaufen. Eine Anrechnung auf die zweite Amtszeit sieht das Gesetz nicht vor. Die Möglichkeit der Anrechnung früherer Dienstzeiten in leitender Funktion auf die erste Amtszeit war zunächst über-

haupt nicht vorgesehen. Sie ist erst durch das am 1. Januar 2004 in Kraft getretene Zehnte Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 17. Dezember 2003 (GV.NRW. S. 814) geschaffen worden, als die Klägerin die erste Amtszeit bereits absolviert hatte. Das Gesetz sieht keine Übergangsregelung für Amtsinhaber vor, deren erste Amtszeit bei Inkrafttreten der neuen Vergünstigung bereits abgelaufen war. Da es solche Fälle zwangsläufig in nennenswerter Anzahl gegeben haben muss (die Vorschrift, Ämter in leitender Funktion nur auf Zeit zu vergeben, galt seit 1999), können sie der Aufmerksamkeit des Gesetzgebers kaum entgangen sein. Das Schweigen des Gesetzes ist deshalb als eine negative Regelung zu verstehen, die durch Analogie nicht zu überwinden ist. Außerdem würde, worauf bereits das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, die Anrechnung eines Jahres ebenfalls nicht zu dem mit der Klage verfolgten Ziel der sofortigen Ernennung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit führen, sondern lediglich zu einer Verkürzung der zweiten Amtszeit um ein Jahr.

- 43 Nichts anderes gilt für den Kläger zu 3. Auch bei ihm können die Zeiten, in denen er vor seiner Ernennung die Funktion eines Abteilungsleiters ausgeübt hatte, nicht auf seine derzeit laufende zweite Amtszeit angerechnet werden.
- 44 Die Klägerin zu 1 kann sich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen. Sie leitet ihren auf diesen Gesichtspunkt gestützten Anspruch daraus her, dass sie bei ihrer Versetzung an ihr jetziges Gymnasium in G. im Sommer 1998 nur deshalb noch nicht zur Oberstudiendirektorin befördert werden konnte, weil damals aus Haushaltsgründen eine einjährige Besetzungssperre galt, die am 31. Juli 1999 ausgelaufen ist. Ihre Erwartung, demnächst zur Oberstudiendirektorin befördert und auf Lebenszeit ernannt zu werden, hatte sich nicht bereits zu einer durchsetzbaren Rechtsposition verdichtet. Mit Recht hat das Berufungsgericht deshalb ausgeführt, die Klägerin habe keine schutzwürdige Vertrauensposition erlangt, die es erlauben könnte, die zwingende Vorschrift des § 25b LBG NRW zu missachten. Sie sei nicht anders zu behandeln als diejenigen, die nach Einführung des § 25b LBG NRW erstmals auf eine Schulleiterstelle berufen worden seien. Der Gesetzgeber habe demgemäß eine Übergangsvorschrift für solche

Beamte nicht für erforderlich gehalten, die bei Einführung des § 25b LBG NRW eine Schulleiterstelle aus Haushaltsgründen nur kommissarisch besetzt hätten.

- 45 2. Ist § 25b LBG NRW dagegen verfassungswidrig und nichtig, haben die Revisionen der Klägerin und der Kläger Erfolg. Ihnen stünde dann der mit den Klagen jeweils geltend gemachte Anspruch auf Übertragung der innegehabten Ämter im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu. Denn dann greift der Grundsatz durch, dass auf Lebenszeit ernannte Beamte auch auf einer Beförderungsstelle regelmäßig auf Lebenszeit zu berufen sind (§ 5 Abs. 2 LBG NRW). Die erforderlichen Planstellen sind vorhanden. Die Klägerin und die Kläger sind in einem den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung tragenden Stellenbesetzungsverfahren für die ihnen nur auf Zeit übertragenen Ämter ausgewählt worden. Eine Zweijahresfrist, für die Führungsämter im Beamtenverhältnis auf Probe vergeben werden können, um die Auswahlentscheidung unter praktischen Bedingungen nachprüfen zu können (§ 25a LBG NRW), ist in allen drei Fällen seit langem abgelaufen (vgl. Urteil vom 22. März 2007 - BVerwG 2 C 10.06 - NVwZ 2007, 1094). Die getroffenen Auswahlentscheidungen haben sich bereits in einer ersten Amtszeit im Beamtenverhältnis auf Zeit als richtig erwiesen. Infolgedessen hat sich der Anspruch der Klägerin und der Kläger auf fehlerfreie Ausübung des dem Dienstherrn zustehenden Ernennungsermessens zu einem durchsetzbaren Anspruch auf Ernennung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit verdichtet.

VII

- 46 § 25b LBG NRW ist nach Überzeugung des Senats mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar.
- 47 1. Der in der Literatur und teilweise auch in der Politik bereits seit Anfang der 70-er Jahre (Nachweise bei Böhm, DÖV 1996, 403 f., insbes. Fn. 2, 3 und 7 und Bayer, PersV 1999, 338; vgl. auch Lorse, ZBR 2002, 162, 166 ff.) diskutierte Vorschlag, Leitungspositionen Beamten zunächst nur auf Zeit zu übertragen, fand 1995 seinen ersten bundesrechtlichen Niederschlag in einem entsprechenden Vorschlag des Bundesrates zur Ergänzung des Beamtenrechtsrah-

mengesetzes (BRDrucks 885/95 S. 4). Ihm folgte der Entwurf eines Gesetzes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts vom 6. März 1996 (BTDrucks 13/3994). Erstmals durch das Dienstrechtsreformgesetz 1997 (BGBl I S. 322) wurde den Ländern die Möglichkeit eingeräumt, Führungsfunktionen zunächst auf Zeit zu vergeben. Nach § 12b BRRG kann durch Gesetz bestimmt werden, dass ein Amt mit leitender Funktion für maximal zwei Amtszeiten bis zu einer Gesamtdauer von zehn Jahren im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen werden kann. Die hierfür in Frage kommenden Ämter waren nach § 12b Abs. 5 BRRG Ämter der Besoldungsgruppe B mit leitender Funktion sowie mindestens der Besoldungsgruppe A 16 angehörende Ämter der Leiter von Behörden, soweit sie nicht richterliche Unabhängigkeit besaßen. Das Besoldungsstrukturgesetz (Art. 2 Nr. 1a des Gesetzes vom 21. Juni 2002 - BGBl I S. 2138, in Kraft seit 1. Juli 2002) griff einen Wunsch der Länder auf, diesen Kreis der Ämter zu erweitern. Nach der Neufassung des § 12b Abs. 5 BRRG konnten nun auch Ämter der Leiter öffentlicher Schulen und Ämter der Leiter von Teilen der Behörden der Gemeinden und Gemeindeverbände unabhängig von der besoldungsrechtlichen Einordnung einbezogen werden. Obwohl diese Erweiterung des Anwendungsbereichs gerade auf einer Gesetzesinitiative des Bundesrates beruhte (BTDrucks 14/3458), hatte dieser dennoch beschlossen, den Vermittlungsausschuss mit dem Ziel anzurufen, diese Bestimmung zu streichen (BTDrucks 14/8960). Zur Begründung hieß es, dass Führungsämter auf Zeit auf besonders herausgehobene Spitzenpositionen beschränkt bleiben müssten. Gerade auf kommunaler Ebene würden aber im großen Umfang Beamte des gehobenen Dienstes von der Neuerung erfasst. Die geplante Ausweitung auf einen derart großen Kreis von Beamten liefere Gefahr, mit dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Grundsatz des Lebenszeitbeamtentums zu kollidieren. Der Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses bestätigte jedoch den Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestags (BRDrucks 435/02; vgl. zum Ganzen: Slowik/Wagner, ZBR 2002, 409, 416).

- 48 2. Art. 33 Abs. 5 GG ist unmittelbar geltendes Recht und enthält einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber sowie eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums (BVerfG, Urteil vom 6. März 2007 - 2 BvR 556/04 - S. 21, DVBl 2007, 440; Beschluss vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 45,

juris). Gegenstand der Einrichtungsgarantie ist der Kernbestand von Strukturprinzipien, die sich in der Tradition entwickelt und bewährt haben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Februar 1957 - 1 BvR 357/52 - BVerfGE 6, 132 <164>). Die Entwicklung des Berufsbeamtentums ist historisch eng mit derjenigen des Rechtsstaats verknüpft: War der Beamte ursprünglich allein dem Regenten verpflichtet, wandelte er sich mit dem veränderten Staatsverständnis vom Fürsten zum Staatsdiener. Seine Aufgabe war und ist es, Verfassung und Gesetz im Interesse des Bürgers auch und gerade gegen die Staatsspitze zu behaupten. Die Übernahme der funktionswesentlichen tradierten Grundstrukturen des Berufsbeamtentums in das Grundgesetz beruht auf einer Funktionsbestimmung des Berufsbeamtentums als Institution, die, gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatswesen gestaltenden politischen Kräften bilden soll (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 17. Oktober 1957 - 1 BvL 1/57 - BVerfGE 7, 155 <162> und vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 46, a.a.O.; stRspr). Sie trägt gleichzeitig auch der Tatsache Rechnung, dass im demokratischen Staatswesen Herrschaft stets nur auf Zeit vergeben wird und die Verwaltung schon im Hinblick auf die wechselnde politische Ausrichtung der jeweiligen Staatsführung neutral sein muss. Insoweit kann die strikte Bindung an Recht und Gemeinwohl, auf die die historische Ausformung des deutschen Berufsbeamtentums ausgerichtet ist, auch als Funktionsbedingung der Demokratie begriffen werden (BVerfG, Beschluss vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 47, a.a.O.).

- 49 Seine Aufgabe kann das Berufsbeamtentum nur erfüllen, wenn es rechtlich und wirtschaftlich gesichert ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Oktober 1957 - 1 BvL 1/57 - BVerfGE 7, 155 <163>). Nur wenn die innere und äußere Unabhängigkeit gewährleistet ist und Widerspruch nicht das Risiko einer Bedrohung der Lebensgrundlagen des Amtsträgers und seiner Familie in sich birgt, kann realistischerweise erwartet werden, dass ein Beamter auch dann auf rechtsstaatlicher Amtsführung beharrt, wenn sie (partei-)politisch unerwünscht sein sollte (BVerfG, Beschluss vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 49, a.a.O.).

- 50 3. An dieser verfassungsrechtlichen Lage hat sich durch die Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG um den Zusatz „und fortzuentwickeln“ durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl I S. 2034) nichts geändert.
- 51 Zum einen folgt dies bereits aus dem neuen Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG. Der ergänzende Zusatz bezieht sich nicht auf die hergebrachten Grundsätze, die nach wie vor „zu berücksichtigen“ sind, sondern auf das „Recht des öffentlichen Dienstes“, das bislang „zu regeln“ war und nunmehr „zu regeln und fortzuentwickeln“ ist. Dass dieser Regelungsauftrag dem Gesetzgeber die Fortentwicklung des Dienstrechts unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums ermöglicht, ist auch vor Beifügung des Zusatzes allgemein anerkannt gewesen. „Regeln“ ist seit Inkrafttreten des Grundgesetzes gerade auch als „Fortentwickeln“ verstanden worden.
- 52 Zum anderen lässt auch die Entstehungsgeschichte der Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG darauf schließen, dass sich an der Bedeutung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums für die Regelung des Dienstrechts nichts Greifbares geändert hat. So beschränkt sich die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs für die Föderalismusreform auf eine Zusammenfassung des bislang allgemein anerkannten Verständnisses des Art. 33 Abs. 5 GG. Darin heißt es, mit der Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG um die Worte „zu entwickeln“ werde die Notwendigkeit einer Modernisierung und Anpassung des öffentlichen Dienstrechts an sich ändernde Rahmenbedingungen hervorgehoben. Gesetzgebung und Rechtsprechung solle die Weiterentwicklung des öffentlichen Dienstrechts erleichtert werden. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums seien auch weiterhin zu berücksichtigen. Unberührt bleibe die verfassungsrechtliche Garantie des Berufsbeamtentums (BTDrucks 16/813 S. 10).
- 53 Diese Formulierungen machen deutlich, dass es sich bei der Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG um einen Kompromiss handelt, weil für das Ziel, Art. 33 Abs. 5 GG substantiell mit dem Ziel der Verminderung der Bedeutung der hergebrachten Grundsätze zu ändern, die erforderlichen Mehrheiten nicht zu erreichen waren (vgl. die chronologische Darstellung der Änderungsbemühungen

bei Betzer, in: Kluth, Föderalismusreformgesetz, Art. 33 GG Rn. 3 ff.; Höfling/Burkiczak, DÖV 2007, 328 <331 ff.>; im Übrigen BVerfG, Beschluss vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 83 ff., a.a.O.).

54 4. Die hergebrachten Grundsätze und mithin die Institution des deutschen Berufsbeamtentums werden durch Art. 33 Abs. 5 GG demnach nicht um ihrer selbst willen geschützt. Die Verfassungsbestimmung übernimmt nur die tradierten und funktionswesentlichen Grundstrukturen des Berufsbeamtentums. Der Parlamentarische Rat verstand das Berufsbeamtentum insoweit als ein Instrument zur Sicherung von Rechtsstaat und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Hierfür erschien ihnen ein auf Sachwissen gegründeter, unabhängiger Beamtenapparat unerlässlich (BVerfG, Beschluss vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 50, a.a.O.).

55 Die für den Kerngehalt der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums geltende Beachtungspflicht versperrt den Weg zu tiefgreifenden strukturellen Veränderungen durch den einfachen Gesetzgeber (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. März 2007 - 2 BvL 11/04 - S. 12, NVwZ 2007, 679). Solange eine strukturelle Veränderung an den für Erscheinungsbild und Funktion des Berufsbeamtentums wesentlichen Regelungen nicht vorgenommen wird, steht Art. 33 Abs. 5 GG einer Weiterentwicklung des Beamtenrechts nicht entgegen (BVerfG, Urteil vom 6. März 2007 - 2 BvR 556/04 - S. 26 f., DVBl 2007, 440; Beschluss vom 20. März 2007 - 2 BvL 11/04 - S. 11 f., NVwZ 2007, 679). In der Pflicht zur „Berücksichtigung“ ist insoweit eine Entwicklungsoffenheit angelegt, die den Gesetzgeber in die Lage versetzt, die Ausgestaltung des Dienstrechts den jeweiligen Entwicklungen der Staatlichkeit anzupassen und das Beamtenrecht damit „in die Zeit“ zu stellen. Die Strukturentscheidung des Art. 33 Abs. 5 GG belässt hinreichend Raum, die geschichtlich gewachsene Institution in den Rahmen unseres heutigen Staatslebens einzufügen (vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 1953 - 1 BvR 147/52 - BVerfGE 3, 58 <137>; Beschlüsse vom 14. Dezember 1982 - 2 BvR 1261/79 - BVerfGE 62, 374 <382> und vom 15. Mai 1985 - 2 BvL 24/82 - BVerfGE 70, 69 <79>) und den Funktionen anzupassen, die das Grundgesetz dem öffentlichen Dienst in der freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zuschreibt (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 17. Oktober

1957 - 1 BvL 1/57 - BVerfGE 7, 155 <162> und vom 11. Juni 1958 - 1 BvR 1/52, 46/52 - BVerfGE 8, 1 <16>; Urteil vom 27. April 1959 - 2 BvF 2/58 - BVerfGE 9, 268 <286> und Beschluss vom 11. Dezember 1962 - 2 BvL 2, 3, 21, 24/60, 4, 17/61 - BVerfGE 15, 167 <195>). Veränderungen, mit denen die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums aufrechterhalten und seine Leistungsfähigkeit gesteigert werden sollen, verstoßen daher nur dann gegen Art. 33 Abs. 5 GG, wenn sie in den Kernbestand von Strukturprinzipien eingreifen. Das Grundgesetz erlaubt damit eine stete Fortentwicklung, die das Beamtenrecht in seinen einzelnen Ausprägungen den veränderten Umständen anpasst (BVerfG, Beschlüsse vom 31. März 1998 - 2 BvR 1877/97 und 50/98 - BVerfGE 97, 350 <376 f.>; vgl. auch Beschluss vom 15. Dezember 1976 - 2 BvR 841/73 - BVerwGE 43, 154 <168>; Beschlüsse vom 10. April 1984 - 2 BvL 19/82 - BVerfGE 67, 1 <14> und vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 51).

- 56 Nicht jede Regelung des Beamtenrechts, die sich als hergebracht erweist, wird von der institutionellen Garantie erfasst (vgl. BVerfG, Urteil vom 6. März 2007 - 2 BvR 556/04 - S. 27). Bezugspunkt des Art. 33 Abs. 5 GG ist nicht das gewachsene Berufsbeamtenrecht, sondern das Berufsbeamtentum. Geschützt sind daher nur diejenigen Regelungen, die das Bild des Berufsbeamtentums in seiner überkommenen Gestalt maßgeblich prägen, sodass ihre Beseitigung auch das Wesen des Berufsbeamtentums antasten würde (vgl. BVerfG, zu Beschluss vom 15. Dezember 1976 - 2 BvR 841/73 - BVerfGE 43, 177 <185> und Urteil vom 27. September 2005 - 2 BvR 1387/02 - BVerfGE 114, 258 <286>). Dies ergibt sich bereits aus dem Wesen einer Einrichtungsgarantie, deren Sinn gerade darin liegt, den Kernbestand der Strukturprinzipien - mithin die Grundsätze, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass damit zugleich die Einrichtung selbst in ihrem Charakter grundlegend verändert würde - dem gestaltenden Gesetzgeber verbindlich als Rahmen vorzugeben (vgl. Lecheler, AöR 103 <1978>, S. 349 <363>). Das Bundesverfassungsgericht hat dies mit der Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass Art. 33 Abs. 5 GG bei diesen Grundsätzen nicht nur „Berücksichtigung“, sondern auch „Beachtung“ verlangt (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 11. Juni 1958 - 1 BvR 1/52, 46/52 - BVerfGE 8, 1 <16 f.>, vom 14. Juni 1960 - 2 BvL 7/60 - BVerfGE 11, 203 <210>, vom 7. Juli

1982 - 2 BvL 14/78, 2/79 und 7/82 - BVerfGE 61, 43 <57 f.> und vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 52, a.a.O.).

- 57 Zum Kernbestand der Strukturprinzipien gehört unter anderem das Prinzip der lebenszeitigen Anstellung (BVerfG, Urteil vom 27. April 1959 - 2 BvF 2/58 - BVerfGE 9, 268 <286> und Beschluss vom 15. Oktober 1985 - 2 BvL 4/83 - BVerfGE 71, 39 <60>) und der lebenszeitigen Übertragung aller einer Laufbahn zugeordneten Ämter (BVerfG, Beschluss vom 3. Juli 1985 - 2 BvL 16/82 - BVerfGE 70, 251 <266>). Art. 129 Abs. 1 Satz 1 WRV („Die Anstellung der Beamten erfolgt auf Lebenszeit, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist.“) hat die Anstellung auf Lebenszeit an die erste Stelle der Grundsatznormen über den Inhalt des Beamtenrechts gestellt; diese Regelung war das Ergebnis einer Verfassungs- und Rechtsentwicklung, die in den Grundzügen bereits in der Mitte des 19. Jahrhunderts abgeschlossen war (Summer, in: GKÖD, Bd. I, K § 2 BBG, Rn. 51). Der Grundsatz, dass Ämter auf Lebenszeit zu vergeben sind, dient in besonderem Maße der Unabhängigkeit und einer in ihr gründenden Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Beamten. Das Bewusstsein seiner gesicherten Rechtsstellung soll die Bereitschaft des Beamten zu einer an Gesetz und Recht orientierten Amtsführung fördern und ihn zu unparteiischem Dienst für die Gesamtheit befähigen (vgl. BVerfG, Urteil vom 27. April 1959 - 2 BvF 2/58 - BVerfGE 9, 268 <286>). Diese von der Verfassung - unbeschadet der Gebundenheit an die rechtmäßigen Anordnungen von Vorgesetzten - gewährleistete Unabhängigkeit enthebt den Beamten der Versuchung, während seiner aktiven Dienstzeit aus Sorge um die Unsicherheit seines Arbeitsplatzes Vorsorge für sich und seine Familie für den Fall der Entlassung zu treffen; sie setzt den Beamten in die Lage, Versuchen unsachlicher Beeinflussung zu widerstehen und seiner Pflicht zur Beratung seiner Vorgesetzten und der politischen Führung unbefangen nachzukommen, gegebenenfalls auch seiner Pflicht zur Gegenvorstellung zu genügen, wenn er Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Gesetzen oder dienstlichen Anordnungen hat (vgl. § 38 BRRG). Hierzu soll ihn die grundsätzlich lebenszeitige Übertragung des seinen Funktionen entsprechenden statusrechtlichen Amtes seiner Laufbahn befähigen. Aus diesem Grunde verbietet es sich, dass der Beamte aus beliebigem Anlass aus seinem Amt entfernt werden kann, denn damit entfielen die Grundla-

ge seiner Unabhängigkeit (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 17. Oktober 1957 - 1 BvL 1/57 - BVerfGE 7, 155 <163> und vom 3. Juli 1985 - 2 BvL 16/82 - BVerfGE 70, 251 <267>; vgl. auch RGZ 104, 58, <62>; 107, 1 <6>; 129, 236 <237>).

- 58 Art. 33 Abs. 5 GG schützt dabei nicht nur den Grundstatus des Beamten auf Lebenszeit, sondern auch das Amt im statusrechtlichen Sinne gegen Beeinträchtigung durch Einzelakt. Bereits Art. 129 Abs. 2 WRV („Die Beamten können nur unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen und Formen vorläufig ihres Amtes enthoben, einstweilen oder endgültig in den Ruhestand oder in ein anderes Amt mit geringerem Gehalt versetzt werden“) hat dies ausdrücklich klargestellt (Summer, in: GKÖD, K § 3 BBG Rn. 52). Der Grundsatz der Ernennung auf Lebenszeit erstreckt sich daher nicht nur auf das Grundamt, das der nach § 25b LBG NRW in ein Führungsamt berufene Beamte auf Lebenszeit bekleidet und latent fortsetzt, sondern gerade auch auf das konkret übertragene Beförderungsamt. Die Gründe, die für die Übertragung eines Amtes im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit sprechen, treffen nicht nur auf das Grundamt, sondern gerade auch auf das Beförderungsamt zu. Das Beförderungsamt lässt sich von einem Basisamt nicht abtrennen. Das Lebenszeitprinzip gilt für das unteilbare, ganze Amt. Die Verfassung sichert die Stabilität und das Niveau für den jeweils übertragenen Dienstposten. Dieser bildet eine rechtliche Einheit, die sich nicht aufspalten lässt (Isensee, ZBR 1998, 295, 309). Zum geschützten Lebenszeitprinzip gehört, dass nicht irgendein Amt, sondern das jeweils ausgeübte auf Lebenszeit übertragen wird. Das zeigt sich auch darin, dass der Beamte nur durch eine disziplinargerichtliche Entscheidung heruntergestuft werden kann (Leisner, ZBR 1996, 289 <290>). Das Bundesverfassungsgericht hat das „Prinzip der lebenszeitigen Übertragung aller einer Laufbahn zugeordneten Ämter“ als auf „den das deutsche Beamtenrecht seit jeher prägenden hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ beruhend bezeichnet (BVerfG, Beschluss vom 3. Juli 1985 - 2 BvL 16/82 - BVerfGE 70, 251 <266>).
- 59 4. Von dem so verstandenen hergebrachten Grundsatz des Lebenszeitprinzips nimmt § 25b LBG NRW schon rein quantitativ in einem bisher nicht gekannten Ausmaß eine bedeutende Gruppe von Beamten und Ämtern aus. Betroffen sind

nämlich im unmittelbaren Landesdienst Nordrhein-Westfalens die mindestens der Besoldungsgruppe B 4 angehörenden Ämter der in den obersten Landesbehörden oder den diesen angegliederten Dienststellen tätigen Beamten, die der Besoldungsordnung B angehörenden Ämter der Leiter sowie der Leiter von Teilen (Abteilungen) der den obersten Landesbehörden unmittelbar nachgeordneten Behörden, Einrichtungen und Landesbetriebe, die Ämter der Leiter öffentlicher Schulen oder die der Besoldungsgruppe A 16 angehörenden Ämter der Leiter von Studienseminaren.

- 60 5. Durch die Vergabe eines Führungsamtes im Beamtenverhältnis auf Zeit an einen Beamten, der bereits auf Lebenszeit ernannt ist, wird der hergebrachte und vom Gesetzgeber zu beachtende Grundsatz des Berufsbeamtentums, dass Ämter grundsätzlich auf Lebenszeit zu übertragen sind, verletzt und nicht nur eingeschränkt. Dem Beamten, der das ihm übertragene Führungsamt zunächst nur im Beamtenverhältnis auf Zeit bekleiden kann, wird die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit in diesem Beförderungsamt, auch wenn er sich darin längst bewährt hat, auf eine Dauer von zehn Jahren vorenthalten. Seine Unabhängigkeit ist nicht dadurch ausreichend geschützt, dass der mit der Führungsposition betraute Beamte weiterhin (latent) in seinem bisherigen Amt auf Lebenszeit verbleibt. Gerade in dem konkret übertragenen und ausgeübten Führungsamt findet er den Rückhalt der auf Lebenszeit angelegten Amtsübertragung nicht. Ebenso wie die richterliche Unabhängigkeit ist auch die dem Beamten durch das Lebenszeitprinzip gewährleistete Unabhängigkeit kein persönliches Privileg, auf das der Beamte verzichten könnte, sondern ein im Gemeinwohl wurzelnder Grundsatz. Dieses herkömmliche, aus guten Gründen entwickelte Amtsverständnis kann nicht zugunsten einer Auslegung aufgegeben werden, die es gestattet, Status und Funktion eines Beamten auf Dauer zu trennen (so Nessler, Führungsposition auf Zeit, RiA 1997, 157 <159>).
- 61 6. Die Einschränkung des Lebenszeitprinzips ist jedenfalls deshalb mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar, weil sie mit tragfähigen Erwägungen nicht zu rechtfertigen ist.

- 62 a) Die nordrhein-westfälische Landesregierung hat gegenüber dem Landtag die Vergabe von Führungsämtern auf Zeit wie folgt begründet (LTDrucks 12/3186 S. 37 und S. 44 f.):

„Das Dienstrechtsreformgesetz (§§ 12 a, 12 b BRRG) hat es ermöglicht, künftig Ämter mit leitender Funktion nicht - wie bisher - nur im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übertragen, sondern auch auf Probe oder auf Zeit zu vergeben. Die probe- wie die zeitweise Wahrnehmung von Führungsfunktionen soll zu einer besseren Auswahl der Führungskräfte im öffentlichen Dienst beitragen sowie fähiges und flexibles Führungspersonal leichter einsetzbar machen.

Für höhere Führungsfunktionen als die, die im Beamtenverhältnis auf Probe vergeben werden (vgl. § 25 a Abs. 8), wird mit § 25 b eine neue Art des Zeitbeamtenverhältnisses eingeführt. Die bisher übliche Vergabe von Führungsfunktionen unmittelbar im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit entfällt. Ein nur auf Zeit vergebenes Leitungsamt erweitert den Spielraum der Personalführung. Zugleich soll die befristete Übertragung den Wettbewerb und die Mobilität steigern und als Anreiz dienen, um die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Führungskräfte zu erhöhen.

...

Für die Dauer beider Amtszeiten wird ein bestehendes Beamtenverhältnis oder Richterverhältnis auf Lebenszeit durch das Zeitbeamtenverhältnis überlagert. Erst nach Ablauf der zweiten Amtszeit darf dem Beamten das Amt auf Dauer übertragen werden, sofern nicht zwingende Gründe entgegenstehen. Die darin liegende zulässige Abweichung von der Vorgabe des § 12 b Abs. 3 Satz 1 BRRG erscheint gerechtfertigt, um unterschiedliche Entscheidungen im Einzelfall nach erfolgreicher erster Amtszeit auszu-schließen.“

- 63 b) Diese Begründung ist, gemessen an den Anforderungen des Abs. 33 Abs. 5 GG, insgesamt nicht tragfähig.
- 64 aa) Maßstab für die verfassungsrechtliche Beurteilung des § 25b LBG NRW sind die in Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, die der Gesetzgeber bei der Regelung des Rechts des öffentlichen Dienstes zu berücksichtigen hat. Mit diesen wird die Einrichtung des Berufsbeamtentums, wie es sich in der deutschen Geschichte herausgebildet

und um seiner Funktion willen Eingang in die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland gefunden hat, institutionell garantiert. Die in Art. 33 Abs. 5 GG niedergelegte Anweisung an den Gesetzgeber bedeutet, dass jeder einzelne Grundsatz in seiner Bedeutung für die Institution des Berufsbeamten-tums in der freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zu würdigen ist. Von der Würdigung hängt es ab, in welcher Weise und in welchem Ausmaß der Gesetzgeber den einzelnen Grundsatz beachten muss (stRspr des Bundesverfassungsgerichts seit Beschluss vom 11. Juni 1958 - 1 BvR 1/52, 46/52 - BVerfGE 8, 1 <11 ff., 16 f.>, vgl. Beschluss vom 5. Juli 1983 - 2 BvR 460/80 - BVerfGE 64, 367 <379> m.w.N. und Beschluss vom 31. März 1998 - 2 BvR 1877/97 und 50/98 - BVerfGE 97, 350 <376>). Diese Würdigung muss nicht auf Dauer zum gleichen Ergebnis führen. Der Gesetzgeber besitzt Spielraum für die Fortentwicklung des Beamtenrechts. Dies entspricht seit jeher der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Senats und kommt nunmehr in der Neufassung des Art. 33 Abs. 5 GG auch normativ zum Ausdruck.

- 65 Inwieweit der Gesetzgeber einem hergebrachten Grundsatz Rechnung tragen muss, hängt von dessen Bedeutung für die Wahrnehmung der dem Berufsbeamtentum zugewiesenen Aufgabe im demokratischen Rechtsstaat ab. Soweit nach diesem Maßstab auf den Grundsatz nicht verzichtet werden kann, erstarkt die Berücksichtigungspflicht des Gesetzgebers zu einer bindenden Beachtungspflicht. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum ist dann insoweit „auf Null reduziert“ (BVerfG, Beschlüsse vom 4. Februar 1981 - 2 BvR 570 u.a./76 - BVerfGE 56, 146 <162> und vom 5. Juli 1983 - 2 BvR 460/80 - BVerfGE 64, 367 <379>; stRspr).
- 66 Die danach noch verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers hängen entscheidend von der inhaltlichen Bestimmtheit des jeweiligen hergebrachten Grundsatzes ab. Gibt er - wie etwa das Alimentationsprinzip oder die Fürsorgepflicht - einen weit gefassten Rahmen vor, stellt er sich lediglich als „Gestaltungsdirektive“ für den Gesetzgeber dar (vgl. BVerfG, Urteil vom 6. März 2007 a.a.O.). Sein Bedeutungsgehalt besteht darin, dem Gesetzgeber die Respektierung eines - wie auch immer zu bestimmenden - Kernbereichs abzuverlangen. Innerhalb der Grenzen des Rahmens kann der Gesetzgeber tätig wer-

den, ohne den Grundsatz inhaltlich einzuschränken. Hat ein hergebrachter Grundsatz dagegen - wie das Lebenszeitprinzip - einen konkreten, inhaltlich nicht weiter ausfüllungsbedürftigen Inhalt, so erhöht sich der dem Gesetzgeber abzuverlangende Begründungsaufwand mit der Intensität des Eingriffs. Je weiter die Änderung des Inhalts und damit die Einschränkung des Grundsatzes reicht, desto bedeutsamer müssen die für die Änderung sprechenden Gründe, desto wahrscheinlicher muss der Eintritt der vom Gesetzgeber erwarteten Vorteile sein, damit die gesetzliche Regelung vor Art. 33 Abs. 5 GG Bestand hat (vgl. Lecheler, ZBR 1998, 331 <332 f.>; Bochmann, ZBR 2005, 126 <127>).

- 67 In formeller Hinsicht folgt daraus, dass der Gesetzgeber zumindest verpflichtet ist, die Änderungsnotwendigkeiten nachvollziehbar darzulegen und zu begründen. In der Sache muss die Einschränkung des Grundsatzes geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein, um die vom Gesetzgeber verfolgten Zielsetzungen zu fördern (vgl. Urteil vom 24. November 2005 - BVerwG 2 C 32.04 - BVerwGE 124, 347 <353>).
- 68 bb) An diesen Maßstäben gemessen ist die Begründung, mit der die nordrhein-westfälische Landesregierung ihren Gesetzentwurf dem Landtag vorgelegt und die der Landtag sich zu eigen gemacht hat, insgesamt nicht geeignet, den mit der Einführung der Führungsämter auf Zeit verbundenen Einbruch in das verfassungsrechtlich gewährleistete Lebenszeitprinzip zu rechtfertigen.
- 69 (1) Die in der Begründung erwähnte leichtere Einsetzbarkeit eines fähigen und flexiblen Führungspersonals ist dem Leistungsgrundsatz ebenso wenig zuzuordnen wie die Erweiterung des Spielraums der Personalführung und die Steigerung der Mobilität. Abgesehen davon, dass diese Überlegungen völlig pauschal gehalten sind, sind sie verwaltungstechnischer und personalwirtschaftlicher Natur; ihnen kommt kein Verfassungsrang zu. Für sie mögen Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit streiten, sie sind aber nicht geeignet, die in Art. 33 Abs. 5 GG angelegte Sperre gegen die Einschränkung grundlegender Strukturprinzipien zu überwinden (vgl. schon zu vergleichbaren Argumenten gegenüber dem Leistungsgrundsatz: Urteil vom 25. November 2004 - BVerwG 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237 <243> - Unabkömmlichkeit; Urteil vom 28. Oktober 2004

- BVerwG 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <150 ff.> - Mindestwartezeit und Verbesserung des Altersaufbaus; Urteil vom 17. August 2005 - BVerwG 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <102> - Vermeidung von Reibungsverlusten bei einer personellen Umstrukturierung). Dementsprechend hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof zutreffend ausgeführt, der Gesetzgeber könne die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht durch von ihm als förderungswürdig erachtete Ziele des Personalmanagements „anreichern“; vielmehr setzen die Grundsätze der Umsetzung solcher Ziele Grenzen (Entscheidung vom 26. Oktober 2004 - Vf 15-VII-01 - DÖV 2005, 341 <343> = DVBl 2005, 306 <309>). Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind nicht nur Grundlage, sondern auch Grenze der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit (vgl. BVerfG, Urteil vom 27. September 2005 - 2 BvR 1387/02 - BVerfGE 114, 258 <289> und Beschluss vom 20. März 2007 - 2 BvL 11/04 - Rn. 39, a.a.O.; stRspr).

70 (2) Demgegenüber ist eine der verbesserten Entfaltung des Leistungsprinzips dienende Regelung jedenfalls im Grundsatz geeignet, die Einschränkung des Lebenszeitprinzips zu rechtfertigen. Der in Art. 33 Abs. 2 GG besonders hervorgehobene und als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Leistungsgrundsatz entfaltet sich im Beamtenrecht in zwei Ausprägungen: Zum einen beherrscht er als Grundsatz der Bestenauslese den Zugang zu öffentlichen Ämtern, also die Auswahl, Einstellung und Beförderung der Beamten (vgl. Urteile vom 28. Oktober 2004 - BVerwG 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <149> und vom 25. November 2004 - BVerwG 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237 <239>). Zum anderen verpflichtet er den Beamten, sich ständig mit ganzer Kraft und voller Hingabe seinem Beruf und seinen dienstlichen Aufgaben zu widmen und sein Amt uneigennützig nach bestem Wissen und Gewissen zu verwalten (vgl. § 36 BRRG, § 54 BBG; BVerfG, Beschlüsse vom 11. April 1967 - 2 BvL 3/62 - BVerfGE 21, 329 <345> und vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - Rn. 54, a.a.O.; stRspr).

71 In diesem Sinne leistungsbezogen ist allein der Hinweis des Gesetzgebers darauf, die befristete Übertragung eines Führungsamtes verstärke den Wettbewerb und könne als Anreiz dienen, die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereit-

schaft der Führungskräfte zu erhöhen. Dieser Hinweis betrifft beide Aspekte des Leistungsgrundsatzes.

- 72 Dem Grundsatz der Bestenauslese dienen die Vorschriften über die Probezeit, die nach § 10 Abs. 4 der nordrhein-westfälischen Laufbahnverordnung obligatorisch zu absolvierende Erprobungszeit von mindestens drei Monaten auf dem höherbewerteten Dienstposten, die Vorschriften über die aussagekräftige, an den Anforderungen des zu besetzenden Beförderungsdienstpostens ausgerichtete dienstliche Beurteilung sowie neuerdings die vom Senat für verfassungsrechtlich unbedenklich gehaltene Übertragung des Führungsamtes auf Probe für eine Dauer von bis zu zwei Jahren gemäß § 25a LBG NRW (vgl. Urteil vom 22. März 2007 - BVerwG 2 C 10.06 - NVwZ 2007, 1094). Der Gesetzesbegründung ist nicht zu entnehmen, wieso diese bereits vorhandenen Instrumente des Beamtenrechts nicht ausreichen, den Zugang zu Führungsämtern im Sinne der Bestenauslese zu steuern. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat konnte nicht plausibel gemacht werden, inwiefern § 25b LBG NRW als Instrument geeignet und erforderlich ist, den Wettbewerb zwischen den Konkurrenten um ein Führungsamt zu verbessern. Auch ohne diese Regelung gilt, dass die Führungsposition nur dem Bestqualifizierten übertragen werden darf (wobei es Sache des Dienstherrn bleibt, das entsprechende Anforderungsprofil festzulegen, vgl. Urteile vom 7. Mai 1981 - BVerwG 2 C 42.79 - Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 19 und vom 16. August 2001 - BVerwG 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58 <60>). Soweit die Gesetzesbegründung auch auf eine „bessere Auswahl der Führungskräfte“, die „Steigerung der Mobilität“ und eine „Erweiterung des Spielraums der Personalführung“ abstellt, scheint sie damit anzudeuten, dass über die Besetzung von Führungsstellen eben nicht nur einmal, sondern öfter, nämlich jeweils nach Ablauf einer Amtszeit, unter strikter Beachtung des Leistungsgrundsatzes (hier in der Ausprägung der Bestenauslese) entschieden werden sollte. Dem widerspricht jedoch die auch in der mündlichen Verhandlung als ständige Praxis geschilderte Handhabung der Vorschrift, bei der Vergabe des Führungsamtes für eine zweite Amtszeit und bei der endgültigen Übertragung des Amtes nach Ablauf beider Amtszeiten kein neues Besetzungsverfahren durchzuführen und andere, gegebenenfalls besser qualifizierte Bewerber nicht zuzulassen. Ob diese - für den betroffenen Beamten günstigste - Praxis in ei-

nem Konkurrentenstreit gerichtlicher Nachprüfung standhielte, erscheint immerhin zweifelhaft. Denn auch die Bestimmung, derzufolge dem Beamten das Amt mit Ablauf der zweiten Amtszeit auf Dauer im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übertragen werden „soll“ (§ 25b Abs. 1 letzter Satz LBG NRW), vermag den in Art. 33 Abs. 2 GG vorbehaltlos verankerten Leistungsgrundsatz nicht außer Kraft zu setzen und könnte sich nur dann durchsetzen, wenn kein besser geeigneter Bewerber zur Verfügung steht.

- 73 Ein Beamter, dem eine Führungsposition zunächst im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen worden ist und der mit der Übertragung dieses Amtes im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nur rechnen kann, wenn er sich in diesem Amt bewährt, wird nachhaltige Anstrengungen unternehmen, dieser Erwartung zu genügen. Allerdings hat der Gesetzgeber die Frage nicht einmal erwogen, geschweige denn in einer dem hier geltenden Begründungserfordernis genügenden Weise beantwortet, ob für die Schaffung einer derartigen Anreizfunktion überhaupt ein ausreichender Anlass besteht. Nach Auffassung des Gesetzgebers wohnt dem geltenden Lebenszeitprinzip offenbar der Mangel inne, dass der beförderte und auf Lebenszeit in seinem Beförderungsamte verbleibende Beamte früher oder später, freiwillig oder als Folge abnehmender Motivation oder natürlichen Kräfteverschleißes in seiner Leistungsfähigkeit nachlässt und es pflichtwidrig unterlässt, hiergegen durch verstärkten Einsatz anzugehen, weil die Abnahme seiner Leistungsfähigkeit und seiner Leistungsbereitschaft unterhalb der Grenze disziplinarischer Relevanz dienstrechtlich sanktionslos bleibt, also weder einen Amtsverlust noch eine Besoldungseinbuße zur Folge hat. Ob diese - gegen das Lebenszeitprinzip an sich streitende - Überlegung ausgerechnet für Führungspositionen zutrifft, ist eine Frage, die angesichts der Schwere des Eingriffs in das Lebenszeitprinzip hätte in den Blick genommen werden müssen. Auch insoweit leidet die gesetzliche Regelung an einem Abwägungs- und einem Begründungsdefizit. Inhaber von Führungsämtern haben sich in aller Regel bereits in besonderem Maße bewährt und ihre Eignung durch entsprechend qualifizierte dienstliche Beurteilungen und in aller Regel auch durch die bereits erwähnte, nach § 10 Abs. 4 der nordrhein-westfälischen Laufbahnverordnung auf dem höherbewerteten Dienstposten zu absolvierende obligatorische Erprobungszeit von mindestens drei Monaten nachgewiesen.

- 74 Die in diesem Zusammenhang vom beklagten Land geltend gemachten Möglichkeiten, Fehlentscheidungen bei der Bewerberauswahl zeitnah zu korrigieren, sind in der mündlichen Verhandlung ebenfalls nicht plausibel gemacht worden. Anders als bei der nach § 25a LBG NRW zulässigen Vergabe von Führungsämtern auf Probe für eine Dauer von bis zu zwei Jahren ermöglicht § 25b LBG NRW die Korrektur einer Fehlentscheidung erst nach jeweils fünf Jahren (bzw. nach zwei und nach acht Jahren). Inwiefern dies eine Verbesserung der Personalauswahl gegenüber der nach § 25a LBG NRW zulässigen zweijährigen Probezeit bedeutet, ist nicht deutlich geworden. Deshalb ist auch nicht ersichtlich, welches der besondere Vorteil der Regelung des § 25b LBG NRW gegenüber der des § 25a LBG NRW sein soll, der eine zehnjährige Suspendierung des Lebenszeitprinzips zu rechtfertigen vermag. Ein Zeitraum von zwei Jahren, nach dessen Ablauf die Eignung des Beamten durch eine aussagekräftige Beurteilung zu überprüfen ist, reicht jedenfalls dann aus, wenn es sich um einen Spitzenbeamten handelt, der bereits im Wege der Bestenauslese mehrfach befördert worden und schließlich in das Führungsamt gelangt ist. Eine weitere Einschränkung des Lebenszeitprinzips ist zur sachgerechten praktischen Nachprüfung der Auswahlentscheidung weder geeignet noch erforderlich (Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 26. Oktober 2004 a.a.O. S. 343 bzw. 309).
- 75 Eine ausreichende Rechtfertigung ist auch sonst nicht ersichtlich. Empirische Erhebungen über die Anzahl der Beamten, die wegen mangelnder Eignung bereits aus dem nach § 25a LBG NRW (oder vergleichbaren Regelungen) begründeten, leichter zu lösenden Probebeamtenverhältnis ausgeschieden sind, sprechen keineswegs für die Annahme, dass der Gesetzgeber sich hier vor Handlungsbedarf gestellt sah (im vierjährigen Zeitraum von 1997 bis 2001 ist im Bundesgebiet nur einem von 267 Bundesbeamten und 10 von 1 760 Landesbeamten die Übertragung des Beförderungsamtes im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit verweigert worden - vgl. Lorse, ZBR 2002, 162 <164 m.w.N.>). Dass in Nordrhein-Westfalen andere Bedingungen herrschen, die sich von denen im übrigen Bundesgebiet signifikant unterscheiden, ergibt sich weder aus

der Gesetzesbegründung noch ist dies vom beklagten Land vorgetragen oder vom Berufungsgericht festgestellt worden.

- 76 Was den zweiten Aspekt des Leistungsgrundsatzes - die Pflicht zu voller Hingabe - angeht, so lässt sich der Gesetzgeber, soweit dies der Begründung zu entnehmen ist, von der Vorstellung leiten, dass Beamte in Führungspositionen der ständigen Ermunterung und des dauerhaften Anreizes bedürfen, ihre objektive Leistungsfähigkeit und ihre subjektive Leistungsbereitschaft zu erhöhen. Zugleich nimmt der Gesetzgeber an, ein hierzu taugliches Mittel sei der über einen Zeitraum von zehn Jahren ausgeübte Druck, das Führungsamt schließlich doch nicht im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übertragen.
- 77 Bei der Wahl seiner Mittel hat der Gesetzgeber in einem Bereich, in dem er in die Kernstrukturen des Berufsbeamtentums eingreift, zu prüfen und abzuwägen, welche negativen Folgen mit der Regelung zwangsläufig verbunden sind. Nimmt er wie hier an, dass der Beamte dem zehn Jahre lang auf ihn ausgeübten Druck zur Leistungssteigerung nachgeben werde, so kann er nicht außer Acht lassen, dass der Beamte in gleicher Weise auch einem Druck zu Anpassung und Willfährigkeit nachgeben wird, der von der Möglichkeit ausgeht, das Führungsamt nicht zu übertragen. Es liegt auf der Hand, dass der Beamte sich gegenüber einem Dienstherrn bzw. gegenüber denjenigen, die für diesen handeln oder dabei mitwirken, wenn in der durch § 25b LBG NRW eröffneten Weise über seine berufliche Zukunft zu entscheiden ist, zumindest tendenziell in der Sache anpassungsbereiter zeigen wird als ein Beamter, der seine Funktion in voller persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit ausüben kann. Mangels irgendwelcher empirischer Erhebungen, die das Gegenteil belegen oder auch nur plausibel erscheinen lassen, spricht nichts für die Annahme, dass der Beamte den Leistungsdruck zur Entfaltung seiner Fähigkeiten benötigen und sich zugleich dem Anpassungsdruck widersetzen werde.
- 78 Das gilt umso mehr, als die endgültige Nichtverleihung des Führungsamtes im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit schwerwiegende Folgen für den Beamten hat, die weit über die bloßen mit dem Rückfall in sein früheres Amt verbundenen finanziellen Auswirkungen hinausgehen. Da die Entscheidung, dem Beam-

ten das Amt nach Ablauf der Zehnjahresfrist nicht zu übertragen, rechtmäßigerweise nur auf leistungsbezogene Gesichtspunkte im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG gestützt werden darf, ist die Rückstufung - anders als im Falle des politischen Beamten im Sinne der § 31 BRRG, § 36 BBG - zwangsläufig mit einem Versagensvorwurf verbunden, der sich generell als demotivierend und insbesondere dann als ansehensschädigend auswirken muss, wenn der Beamte in seiner bisherigen Behörde verbleibt und fortan als Untergebener Dienst tun muss - wobei keineswegs fernliegend ist, dass dies sogar unter einem Beamten der Fall ist, dessen Vorgesetzter er bisher war. Auf diese Gesichtspunkte hatte bereits die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zu den Vorschlägen des Bundesrates hingewiesen, Führungsämter auf Zeit einzuführen (BTDrucks 13/3994 S. 79).

- 79 Die negative Beurteilung des Beamten als notwendige Voraussetzung eines Rückfalls in das niedriger eingestufte Amt muss insbesondere dann als diskriminierend empfunden werden, wenn Anhaltspunkte es möglich erscheinen lassen, dass sachwidrige, im Bereich der Ämterpatronage liegende Gründe verschleiert werden sollen (vgl. hierzu Bochmann, Führungsfunktionen auf Zeit gemäß § 12b BRRG und ihre Bedeutung für Berufsbeamtentum und Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Ämterpatronage, Aachen 2000, S. 178 ff). Unter Ämterpatronage ist die Vergabe von Ämtern nach anderen als allein leistungsbezogenen Gesichtspunkten zu verstehen (vgl. hierzu und zu anderen Definitionsversuchen Bochmann, a.a.O., S. 160 ff.). Im Vordergrund steht die Vergabe an politisch oder persönlich Nahestehende, vor allem aber an Beamte, bei denen Willfährigkeit in der Durchsetzung politischer Ziele zu vermuten ist. Dass § 25b LBG NRW kein Beitrag zur Bekämpfung der Ämterpatronage ist, sondern ihr sogar Vorschub leistet, ist selbst von dem beklagten Land nicht bestritten, sondern ausdrücklich eingeräumt worden. Das Instrument der Vergabe von Führungspositionen auf Zeit kann vor allem und in einer von den Verwaltungsgerichten kaum effektiv kontrollierbaren Weise (vgl. Lorse, ZBR 2002, 162 <176>) dafür eingesetzt werden, die hohen Hürden der Amtsenthebung „politischer Beamter“ im Sinne der § 31 BRRG, § 36 BBG zu umgehen und eine nach parteipolitischen Gesichtspunkten genehme Beamtenstruktur auch weit unterhalb dieser Ebene herzustellen.

- 80 Mit dieser zwangsläufigen Folge der gesetzlichen Regelung setzt sich das Gesetz in einen Widerspruch zu dem durch das Lebenszeitprinzip von Verfassung wegen geschützten Anliegen, die rechtliche Stellung des Beamten so auszugestalten, dass er sich Versuchen sachwidriger Einflussnahme auf seine Entscheidungen sanktionslos widersetzen kann. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese naheliegende Gefahr hinreichend in seine Überlegungen eingestellt und abgewogen hat. Die vom Berufungsgericht aufgestellte Behauptung, der Gesetzgeber habe den Konflikt zwischen dem Lebenszeitprinzip und dem Leistungsprinzip sorgfältig abgewogen und verfassungsrechtlich unbedenklich nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz gelöst, findet in den Gesetzesmaterialien keinen Anhaltspunkt. Der bloße Hinweis auf den „Hintergrund“ einer jahrelang öffentlich ausgetragenen Diskussion, mit dem das Berufungsgericht eigene, eingehendere Überlegungen des Gesetzgebers für entbehrlich gehalten hat, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil bereits im Zeitpunkt der gesetzgeberischen Entscheidung (20. April 1999) die Zahl der Stimmen, die die beabsichtigte Regelung für verfassungsrechtlich zweifelhaft oder sogar eindeutig für verfassungswidrig hielten, die der Gegenmeinung überwog (vgl. Günther ZBR 1996, 65 <71>; Leisner, ZBR 1996, 289; Studenroth, ZBR 1997, 212 <220>; Ziemke DÖV 1997, 605, <610>; Battis NJW 1997, 1033; Isensee ZBR 1998, 295 <309>; Lecheler ZBR 1998, 331 <332>; Schnellenbach, ZBR 1998, 223; Summer, ZBR 1999, 181 <183> ; vgl. zur neueren Literatur auch: Lorse, Entwurf eines Führungskräftegesetzes, ZBR 2002, 162; Summer, ZBR 2002, 109 <113>; Pechstein, ZBR 2006, 159, 163; anderer Auffassung: Böhm DÖV 1996, 403; Nessler, Führungsposition auf Zeit, RiA 1997, 157 <158>; weitere Nachweise bei Bochmann, ZBR 2004, 405 <411 Fn. 117>).
- 81 cc) Nach alledem fehlt es § 25b LBG NRW an einer tragfähigen Begründung, die die mit der Anwendung der Vorschrift verbundene Verletzung des Lebenszeitprinzips zu rechtfertigen vermöchte. Angesichts des klaren Wortlauts der Vor-

schrift scheidet eine verfassungskonforme Auslegung aus. Die Vorschrift ist damit als mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar und nichtig anzusehen.

Albers

Dr. Kugele

Groepper

Dr. Heitz

Thomsen

Sachgebiet: BVerwGE: ja

Beamtenrecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG Art. 33 Abs. 2 und 5, Art. 74a a.F., 75 a.F., 100 Art. 1,
Art. 125a Abs. 1
BRRG §§ 12a, 12b
LBG NRW §§ 5 Abs. 2, §§ 25a, 25b

Stichworte:

Abwägung; Ämterpatronage; Amtsperiode; Anrechnung; Anreizfunktion; Anspruch auf Ernennung, Auswahlentscheidung; Beachtung; Beamtenrecht; Beamtenverhältnis auf Lebenszeit; Beamtenverhältnis auf Probe; Beamtenverhältnis auf Zeit; Beamter; Beförderungsamt; Berücksichtigung; Bestenauslese; dienstliche Beurteilung; Ernennung; Flexibilität; Fortentwicklung des Beamtenrechts; Führungsamt auf Zeit; Führungsamt; Führungsposition; Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung; Fürsorgepflicht; hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums; Kernbestand von Strukturprinzipien; Korrektur von Fehlentscheidungen; Laufbahnprinzip; Lebenszeitprinzip; Leistungsfähigkeit; Leistungsgrundsatz; leitende Funktion auf Probe; leitende Funktion auf Zeit; Mobilität; Nichtigkeit; Personalführung; Pflicht zur Hingabe; politischer Beamter; Rahmenrecht; Remonstrationspflicht; statusrechtliches Amt; Unabhängigkeit; Verfassungsmäßigkeit; Verhältnismäßigkeit; Vertrauensschutz; Zugang zu öffentlichen Ämtern.

Leitsatz:

Es ist mit dem als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Lebenszeitprinzip nicht vereinbar, einem bereits auf Lebenszeit ernannten Beamten ein Führungsamt für die Dauer von zehn Jahren im Beamtenverhältnis auf Zeit zu übertragen.

Beschluss des 2. Senats vom 27. September 2007 - BVerwG 2 C 21.06, 26.06 und 29.07

- I. VG Münster vom 16.03.2004 - VG 4 K 3158/02 -
VG Düsseldorf vom 21.10.2003 - VG 2 K 8116/02 -
VG Gelsenkirchen vom 24.08.2005 - VG 1 K 3053/02 -
- II. OVG Münster vom 13.09.2006 - OVG 6 A 1710/04 -
OVG Münster vom 13.09.2006 - OVG 6 A 4501/03 -
OVG Münster vom 23.05.2007 - OVG 6 A 3599/05 -