

Peter Unruh

## »Schulautonomie« und Demokratieprinzip – im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

### I Einleitung

Die mit einer gleichsam babylonischen Begriffsverwirrung geführte Debatte über »Schulautonomie«, »erweiterte Selbstständigkeit/Verantwortung der Einzelschule«, »schulische Selbstverwaltung« oder »Selbstgestaltung« hat längst die schulpolitischen Diskussionszirkel und Kommissionen sowie die Behörden verlassen und die Landesparlamente erreicht. Sie hat in den meisten Bundesländern zum Erlass neuer Schulgesetze, zumindest aber zu entsprechenden Modellprojekten geführt, deren Ziel die Umsetzung bzw. Erprobung ihrer Ergebnisse ist. Von dieser Entwicklung haben sich bis dato – soweit ersichtlich – allein Bayern und das Saarland abgekoppelt.<sup>1</sup>

Mit dieser seit Anfang der 1990'er Jahre rollenden Gesetzgebungswelle soll die von z.T. heftigen schulpolitischen Differenzen geprägte Diskussion zu einem vorläufigen Abschluss gebracht werden.<sup>2</sup> In den betreffenden Ländern hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Schule ihre veränderten und zusätzlichen Aufgaben in einer sich wandelnden Gesellschaft ohne eine grundlegende Reform der rechtlichen Rahmenbedingungen nicht mehr erfüllen kann.<sup>3</sup> Zu den Kernpunkten dieser Reform zählen die Befugnis bzw. die Pflicht der Einzelschule, durch eine limitierte Abweichung von vorgegebenen Lehrplänen und Stundentafeln ein *eigenständiges pädagogisches Profil* auszubilden, der eigenverantwortliche Umgang mit ihrer *finanziellen Ausstattung*, die Modifikation der inneren Schulverfassung durch eine Erweiterung

- 1 Einen Überblick über die aktuelle Entwicklung in den Ländern liefert die Studie von Avenarius, H./Kimmig, T./Rürup, M., Die rechtlichen Regelungen der Länder in der Bundesrepublik Deutschland zur erweiterten Selbstständigkeit der Schule. Eine Bestandsaufnahme, Berlin 2003. Insbesondere zu dem Modellversuch in Nordrhein-Westfalen siehe Stock, M., Auf dem mühsamen Weg zur »Selbstständigen Schule« – ein Modellversuch in Nordrhein-Westfalen im Zeichen der PISA-Debatte, RdJB 2002, S. 468 ff.
- 2 Den Auftakt bildete das Hessische Schulgesetz von 1992. Zum Verlauf und den Hintergründen der Diskussion siehe u.a. Hufen, F., Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen schulischer Selbstgestaltung, in: Jach, F.-R./Jenkner, S. (Hrsg.), Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen. Festschrift zum 65. Geburtstag von J.P.Vogel, Berlin 1998, S. 51 ff., S. 51 f.
- 3 Zu den Auslösern der schulpolitischen Diskussion und den Meilensteinen ihrer Entwicklung siehe etwa Avenarius, H., Schulische Selbstverwaltung – Grenzen und Möglichkeiten, RdJB 1994, S. 256 ff.; ders., Schulische Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, in: Eichel, H./Möller, K.P. (Hrsg.), 50 Jahre Verfassung des Landes Hessen. Eine Festschrift, Wiesbaden 1997, S. 178 ff., S. 179 f.; Stern, K., Autonomie der Schule?, in: Merten, D./Schmidt, R./Stettner, R. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat im Wandel. Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag, München 1996, S. 332 ff., S.332 f.; Hufen, F. (Fn. 2), S. 51 f. und – dezidiert reformorientiert – Hoffmann, R./Lückert, G., Die Diskussion über Schulautonomie in Bremen, RdJB 1994, S. 269 ff. jeweils m.w.N. Allgemein zu den positiven Aspekten der Reform Füssel, H.-P./Leschinsky, A., Reform der Schulverfassung. Wieviel Freiheit braucht die Schule?, Berlin 1991 und – aus erziehungswissenschaftlicher Sicht – Oelkers, J., Schulen in erweiterter Verantwortung – Eine Positionsbestimmung aus erziehungswissenschaftlicher Sicht, in: Avenarius/Baumert/Döbert/Füssel (Hrsg.), Schule in erweiterter Verantwortung. Positionsbestimmungen aus erziehungswissenschaftlicher, bildungspolitischer und verfassungsrechtlicher Sicht, Neuwied 1998, S. 23 ff. Zu den Erfahrungen in der Schweiz, in Großbritannien und in Frankreich siehe die Beiträge von Buschor, E., Pritchard, R.M.O. und Flitner, E., ebd. S. 67 ff., S. 89 ff. und S. 99 ff.

der Zuständigkeiten der gruppenübergreifend mit Lehrern, Eltern und Schülern besetzten *Schulkonferenzen*<sup>4</sup> sowie der Versuch, die *staatliche Schulaufsicht* zu begrenzen.

Mit den entsprechenden Aktivitäten der Landesgesetzgeber ist der Disput um die »Schulautonomie« jedoch noch nicht beendet. Die schulpolitische Kritik wird zunehmend flankiert von verfassungsrechtlichen Bedenken. Im Zentrum dieser Bedenken steht der Einwand, das Reformkonzept der neueren Schulgesetzgebung sei mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes nicht vereinbar. Zur Begründung wird angeführt, dass *wesentliche schulpolitische Entscheidungen* auf die Einzelschule delegiert würden, die zudem von *nicht hinreichend demokratisch legitimierten Gremien* getroffen werden dürften.<sup>5</sup> Wie umstritten die Frage nach der demokratischen Legitimation der »Schulautonomie« tatsächlich ist, zeigt nicht zuletzt der Umstand, dass inzwischen divergierende Entscheidungen von drei Landesverfassungsgerichten vorliegen: Während der Bayerische Verfassungsgerichtshof einen entsprechenden (Volksbegehrens-) Gesetzentwurf für verfassungswidrig erklärte, konnten der Hessische Staatsgerichtshof und der Niedersächsische Staatsgerichtshof in den jeweiligen Landesschulgesetzen keinen Verstoß gegen das (landesverfassungsrechtliche) Demokratieprinzip erkennen.<sup>6</sup>

Im Folgenden soll das Problem der Vereinbarkeit der aktuellen Schulgesetzgebung mit dem Demokratieprinzip vor allem im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrachtet werden. In einem ersten Schritt ist der Hintergrund des verfassungsrechtlichen Konflikts zu entfalten (II.). Hier werden vor allem die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht vom 31. Oktober 1990<sup>7</sup> und zum schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetz vom 24. Mai 1995<sup>8</sup> zu beachten sein. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob der Konflikt nicht vor dem Hintergrund der Wasserverbands-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 05. Dezember 2002<sup>9</sup> gelöst werden kann (III.). Da diese Frage im Ergebnis zu verneinen ist, muss abschließend geklärt werden, ob sich das schulrechtliche Reform-Konzept auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts zum Demokratieprinzip rechtfertigen lässt (IV.).

## 2 Der Konflikt mit dem Demokratieprinzip

Die Veranschaulichung des Konflikts zwischen den neueren Schulgesetzen und dem Demokratieprinzip muss zweistufig erfolgen. Zunächst sind die relevanten Aspekte der einschlägigen Schulgesetze zu skizzieren. Diese sind sodann mit dem Inhalt des Demokratieprinzips zu konfrontieren.

4 In Niedersachsen und Sachsen-Anhalt: Gesamtkonferenzen.

5 Zu den Bedenkensträgern gehören u.a. *Geis, M.-E.*, Möglichkeiten und Grenzen schulischer Partizipationsregelungen am Beispiel der sogenannten Schulkonferenz, in: Jach, F.-R./Jenkner, S. (Hrsg.), *Autonomie der staatlichen Schule und freies Schulwesen*. Festschrift zum 65. Geburtstag von J.P. Vogel, Berlin 1998, S. 31 ff. und *Püttner, G.*, Weiches Recht hat Bestand, RdJB 1997, S. 40 ff., S. 43.

6 Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 17.11.1994, DVBl. 1995, S. 419 ff.; HessStGH, Urteil vom 04. Oktober 1995, StAnz. 44/1995, S. 3391 ff. und NdsStGH, Urteil vom 08. Mai 1996, NdsVwBl. 1996, S. 184 ff.

7 BVerfGE 83, 37 ff.

8 BVerfGE 93, 37 ff.

9 BVerfG, Beschluss vom 05.12.2002 – 2 BvL 5/98 und 6/98, vgl. JZ 2003, S. 1057 ff. mit Anmerkungen von *Unruh*.

## 2.1 Die relevanten Aspekte der einschlägigen Schulgesetze

Die Schulgesetzgebung liegt im Kompetenzbereich der Bundesländer.<sup>10</sup> Da sich die Länder im Vorfeld ihrer gesetzgeberischen Aktivitäten nicht auf einen Musterentwurf verständigt haben, gibt es kein einheitliches, länderübergreifendes Reform-Modell. Gleichwohl lassen sich in den landesspezifischen Regelungen gemeinsame Säulen entdecken, die das Grundkonzept tragen.<sup>11</sup>

### a) Profilbildung und Schulprogramm

Zu den relevanten Säulen des Reform-Konzepts gehört die der Einzelschule eröffnete Möglichkeit, zwecks Profilbildung von den staatlichen Vorgaben über Lehrziele und Stundentafeln abzuweichen. Das Instrument dieser Profilbildung ist das *Schulprogramm*: die Einzelschule wird i.d.R. verpflichtet, ihre Ziele in Unterricht, Erziehung, Beratung und Betreuung, die entsprechenden Mittel zur Erreichung dieser Ziele, etwa in Gestalt der erforderlichen Zusammenarbeit der Lehrkräfte, verbindlich festzulegen.<sup>12</sup> Die Reichweite dieser (verpflichtenden) Ermächtigung ist unterschiedlich; bzgl. der Stundentafeln lässt sich eine Tendenz zur Abweichung von 1–2 Wochenstunden erkennen.<sup>13</sup>

### b) Die Schulkonferenz

Die Schulkonferenz der Einzelschule hat im Zuge der Reform in mehreren Ländern erheblich an Bedeutung gewonnen. Denn die neueren Schulgesetze haben ihr die Aufgabe übertragen, über die Inhalte des Schulprogramms zu entscheiden. Aufgrund dieser weit reichenden und für das Reform-Konzept zentralen Kompetenz sind die jeweilige Zusammensetzung dieses Gremiums und die erforderlichen Abstimmungsquoten von Bedeutung. Diesbezüglich ist keine einheitliche Linie erkennbar. Die Zusammensetzung der Schulkonferenz schwankt zwischen einem deutlichen Übergewicht des Lehrkörpers<sup>14</sup>, einer Parität zwischen Lehrerschaft auf der einen sowie Eltern und Schülern auf der anderen Seite<sup>15</sup> und einer Drittelparität zwischen den Gruppen der Lehrer, der Schüler und der Eltern.<sup>16</sup> In Bremen ist sogar eine Viertelparität zwischen den Lehrern, dem nicht-unterrichtenden Personal, des Eltern- und des Schülerbeirats vorgesehen.<sup>17</sup> Auch für die erforderlichen Quoren bei der Entscheidung über das Schulprogramm existieren unterschiedliche Regelungen. Nur vereinzelt wird ausdrücklich eine qualifizierte Mehrheit verlangt.<sup>18</sup>

10 Dazu statt vieler *Niehues, N.*, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1. Schulrecht, 3. Aufl., München 200, Rdnr. 13 und *Avenarius, H./Heckel, H.*, Schullehrkunde, 7. Aufl., Neuwied 2000, S. 19 ff.

11 In diesem Zusammenhang sei nochmals auf den Überblick bei *Avenarius, H./Kimmig, T./Rürup, M.*, (Fn. 1), hingewiesen. Im Folgenden können nur die Grundzüge der relevanten Regelungen referiert werden.

12 Vgl. § 7 BbgSchulG; § 9 Abs. 1 BremSchulG; § 51 HmgSG; § 127b HessSchG; § 39 Abs. 5 SchulG M-V; § 3 Abs. 1 SchulG S-H. Auch im Referentenentwurf für ein Berliner Schulgesetz ist die Pflicht zum Schulprogramm enthalten.

13 So etwa die entsprechenden Regelungen in Bremen und Hessen. In Brandenburg ist eine Abweichung von mehr als 10% erlaubt; vgl. § 7 Abs. 3 BbgSchulG.

14 Etwa § 36 Abs. 1 NdsSchG; hier ist aber zu beachten, dass Niedersachsen derzeit noch keine Pflicht zu einem Schulprogramm kennt.

15 Etwa §§ 55 f. HmbSG; § 131 HessSchG – jeweils mit der Schulleiterin/dem Schulleiter als Vorsitzendem.

16 Etwa § 91 SchulG S-H.

17 Vgl. § 34 Abs. 1 und 2 BremSchVwG.

18 Vgl. das Erfordernis einer Zwei-Drittel-Mehrheit in § 51 HmbSG. Bemerkenswert ist die brandenburgische Regelung, derzufolge der Beschluss über das Schulprogramm der Mehrheit der der Schule angehörenden Lehrkräfte bedarf; vgl. § 91 BbgSchulG.

c) *Schulaufsicht*

Besondere Beachtung verdienen schließlich die Regelungen zur staatlichen Schulaufsicht. Einige Länder haben die Verbindlichkeit des von der Schulkonferenz beschlossenen Schulprogramms an die *Genehmigung* durch die Schul(aufsichts)behörde gebunden.<sup>19</sup> Im Übrigen wird der Schulleiterin/dem Schulleiter ein Recht zur *Beanstandung* der Beschlüsse der Schulkonferenz zugestanden, dessen Ausübung auch die Verbindlichkeit des Schulprogramms beeinflusst. Sollten sich die Differenzen zwischen der Schulkonferenz und dem Schulleiter nicht ausräumen lassen, dann liegt die Letztentscheidungsbefugnis bei der Schulbehörde.<sup>20</sup> Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nach allen Landesschulgesetzen die *staatliche Schulaufsicht* in Gestalt der Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht bestehen bleibt. Zwar wird in einigen Ländern hervorgehoben, dass diese Aufsichtsrechte nur im Lichte der erweiterten »Eigenverantwortung der Schule« ausgeübt werden sollen.<sup>21</sup> Gleichwohl kann und muss davon ausgegangen werden, dass es aufgrund der entsprechenden Vorschriften auch im Zusammenhang mit der Entscheidung über Schulprogramme nicht zu nennenswerten Einschränkungen der Schulaufsicht kommt.<sup>22</sup>

## 2.2 Der Konflikt mit dem Demokratieprinzip

Worin genau liegt das verfassungsrechtliche Konfliktpotential dieser Regelungen? Warum könnte es hier zu einer Kollision mit dem Demokratieprinzip kommen? Die verfassungsrechtliche Problematik liegt u.a. darin, dass die Entwicklung von Schulprogrammen maßgeblich von Schulgremien bestimmt wird, an denen Eltern und Schüler beteiligt sind. Zwei Berührungspunkte mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes sind erkennbar.

a) *Wesentliche Entscheidungen?*

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat einen entsprechenden Gesetzentwurf für unvereinbar mit dem Demokratieprinzip erklärt mit der Begründung, dass damit »wesentliche Gegenstände« des Schulrechts in die Kompetenz der »schulischen Selbstverwaltung« verlagert würden.<sup>23</sup> Insoweit wurde Bezug genommen auf die vor allem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelte *Wesentlichkeitstheorie*, der zufolge der parlamentarische Gesetzgeber auch im schulischen Bereich die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat.<sup>24</sup>

19 Vgl. § 51 Abs. 2, 53 Abs. 1 HmbSG; § 127b Abs. 4 HessSchulG und der Referentenentwurf zu einem neuen Schulgesetz in Berlin.

20 Diese Regelung entspricht etwa § 40 Abs. 1 und 2 BremSchVwG; § 90 Abs. 1 HmbSG; § 87 Abs. 4 HessSchulG; § 101 Abs. 4 SchulG M-V; § 96 SchulG S-H.

21 So etwa § 12 BremSchVwG; § 3 SchulFG S-H (Grundsatz der Eigenständigkeit der Schule ist zu beachten) und § 93 Hess SchulG. Problematisch ist die hessische Regelung insofern, als die Schulaufsicht hier nur bei »wesentlichen« Rechtsverstößen eingreifen darf.

22 I.E. ebenso Avenarius, H./Kimmig, T./Rürup, M., (Fn. 1), S. 89, »Wie weit gesetzliche Regelungen, wonach die Schulaufsicht die Selbstständigkeit der Schule »achten«, ihre Eigenverantwortung »nicht beeinträchtigen« oder gar »wahren und schützen« soll, die Schulen tatsächlich vor unangemessenen Interventionen verschonen, ist zweifelhaft. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind im Konfliktfall keineswegs ein sicherer Schutz und Schirm der Schule.« Unabhängig von der Einkleidung in unbestimmte Rechtsbegriffe mag es auch verfassungsrechtliche Gründe für die These von der Wirkungslosigkeit dieser Schutzregelungen geben; dazu gleich.

23 BayVerfGH, (Fn. 6), S. 421 f.

24 Für den Bereich der Schule siehe vor allem BVerfGE 47, 46 (Sexualerziehung in der Schule); zuletzt BVerfGE 98, 106 (Rechtschreibreform). Die Wesentlichkeitstheorie wird sowohl dem Demokratie- als auch dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes entnommen.

Zumindest der Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist zutreffend: Wenn der Gesetzgeber nach der Wesentlichkeitstheorie verpflichtet ist, die wesentlichen Entscheidungen in schulischen Angelegenheiten selbst zu treffen und nicht den (ebenfalls demokratisch legitimierten) Schulbehörden zu überlassen, dann dürfen diese Entscheidungen erst recht nicht den Verwaltungsgremien der Einzelschulen zugewiesen werden.<sup>25</sup> Fraglich ist allerdings, ob die Grenze der den Parlamentsvorbehalt auslösenden »Wesentlichkeit« mit der Befugnis zum Erlass von Schulprogrammen bereits überschritten ist. Vor allem die limitierte Reichweite der erlaubten Abweichungen von den staatlichen Vorgaben – etwa bei der Stundentafel – gibt zu erheblichen Zweifeln Anlass.<sup>26</sup> In Übereinstimmung mit gewichtigen Stimmen aus der Literatur und entgegen der Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs kann daher festgehalten werden, dass der u.a. aus dem Demokratieprinzip abzuleitende Parlamentsvorbehalt mit der neueren Schulgesetzgebung (noch) nicht unterlaufen wird.<sup>27</sup>

### b) Demokratische Legitimation

Die vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips entscheidende Frage lautet vielmehr, ob die Entscheidung der Schulkonferenzen über die Schulprogramme vor dem Hintergrund der Art. 20 Abs. 2 S.1, 28 Abs. 1 GG hinreichend demokratisch legitimiert ist. Für die Antwort hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht und zum schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetz – nach maßgeblicher Vorarbeit und mit überwiegender Zustimmung der Literatur – einen Maßstab in Gestalt von unterschiedlichen Formen demokratischer Legitimation entwickelt.<sup>28</sup> Diese Legitimationsformen haben »nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken«. Entscheidend ist die »Effektivität« der demokratischen Legitimation bzw. »ein bestimmtes Legitimationsniveau.«<sup>29</sup>

Legitimationsbedürftig i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S.1 GG ist die *Ausübung von Staatsgewalt*, und darunter fällt jedenfalls »alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter«<sup>30</sup>, also auch die Entscheidung über die Schulprogramme.<sup>31</sup> Als Formen demokratischer Legitimation i.e.S. können die sachlich-inhaltliche und die organisatorisch-personelle Legitimation unterschieden werden.<sup>32</sup> Die zumeist zusätzlich angeführte funktionell-institutionelle Legitimation verweist auf das Volk als Verfassungsgeber und bezeichnet nicht eine demokratische, sondern eine im weiteren Sinne verfassungsrechtliche Legitimation.<sup>33</sup>

25 In diesem Sinne auch *Avenarius, H.*, Schulische Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, (Fn. 3), S. 180 f.; *ders.*, Schulische Selbstverwaltung – Grenzen und Möglichkeiten, (Fn. 3), S. 263; *Klaus Stern*, (Fn. 3), S. 343; *Niehues, N.*, (Fn. 10), Rdnr. 88 ff.

26 Zu der Marge erlaubter Abweichungen siehe *Friedhelm Hufen*, (Fn. 2), S. 71.

27 Ebenso *Avenarius, H.*, Schulische Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, (Fn. 3), S. 185 und *Wimmer, R.*, Die Volksbegehren zur Novellierung des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen. Anmerkungen zu einer Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, RdJB 1995, S. 340 ff., S. 342.

28 Grundlegend BVerfGE 83, 37 ff. (Ausländerwahlrecht) und BVerfGE 93, 37 ff. (Personalvertretung) Die Vorarbeit wurde im Wesentlichen geleistet von *Böckenförde, E.-W.*, Demokratie als Verfassungsprinzip (1987), in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt/Main 1991, S. 289 ff. Kritisch etwa *Rinken, A.*, Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, KritV 1996, S. 293 ff.; *Fisahn, A.*, Abgeleitete Demokratie, KritV 1996, S. 276 ff. und *Höflin, W.*, Demokratiewidrige Schulautonomie?, RdJB 1997, S. 361 ff., S. 366 ff. m.w.N.

29 Vgl. BVerfGE 83, 60 (72), 93, 37 (66 f); bestätigt durch BVerfG, JZ 2003, S. 1058 f.

30 BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (73 f); 93, 37 (68 ff.).

31 Ebenso *Avenarius, H./Hans Heckel, H.*, (Fn. 10), S. 114.

32 Vgl. BVerfGE 83, 60 (72).

33 Vgl. *Böckenförde, E.-W.*, (Fn. 28), S. 301.

Eine *sachlich-inhaltliche Legitimation* wird erreicht, wenn die Ausübung von Staatsgewalt ihrem Inhalt nach auf den Volkswillen zurückgeht.<sup>34</sup> Sie betrifft nicht die Frage, *wer* die Staatsgewalt ausübt, sondern *wie* sie ausgeübt wird. In diesem Sinn wird die sachlich-inhaltliche Legitimation zum einen durch die Zuweisung der Gesetzgebungskompetenz an das unmittelbar vom Volk gewählte Parlament sowie die Bindung aller anderen staatlichen Entscheidungsträger an die auf parlamentarischem Wege beschlossenen Gesetze gem. Art. 20 Abs. 3 GG sichergestellt. Zum anderen erfolgt der inhaltliche Rückbezug auf den Volkswillen durch eine »sanktionierte demokratische Verantwortlichkeit, einschließlich der dazu gehörigen Kontrolle, für die Art der Wahrnehmung der eingeräumten Aufgaben.«<sup>35</sup> Speziell für den Bereich der Exekutive bedeutet dies, dass Elemente der Handlungsanleitung durch Gesetz und der Verantwortlichkeit durch Weisungsgebundenheit vorhanden sein müssen.

Die *organisatorisch-personelle Legitimation* bezieht sich hingegen auf die Organe und Amtswalter, die mit der Ausübung von Staatsgewalt betraut sind. Sie bedürfen mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts »einer Legitimation, die – als eine demokratische – auf die Gesamtheit der Staatsbürger, das Volk, zurückgeht, jedoch regelmäßig nicht durch unmittelbare Volkswahl erfolgen muss. ...In aller Regel genügt ...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>36</sup>

Vor allem die personelle Zusammensetzung der Schulgremien weckt Zweifel an der hinreichenden demokratischen Legitimation ihrer Entscheidungen. Nach ganz überwiegender Ansicht können sich die Legitimationsformen zwar bis zu einem gewissen Grad ersetzen, solange das erforderliche Legitimationsniveau nicht unterschritten werde. Eine Totalsubstitution der organisatorisch-personellen Legitimation sei aber nur bei einer strikten – alle eigenen Entscheidungsbefugnisse ausschließenden – sachlich-inhaltlichen Legitimation, also praktisch nicht möglich.<sup>37</sup> Möglicherweise kommt es aber auf die organisatorisch-personelle Legitimation der Schulkonferenzen nicht an. Das wäre dann der Fall, wenn auf die »autonome Schule« die Kernaussagen der *Wasserverband-Entscheidung* des Bundesverfassungsgerichts über die Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus in der funktionalen Selbstverwaltung anwendbar wären.

### 3 Die Wasserverband-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 05. Dezember 2002<sup>38</sup> hatte vordergründig nur die demokratische Legitimation und den Bestand von Wasserverbänden zum Gegenstand. Seine Bedeutung erstreckt sich aber weit darüber hinaus: Das Gericht hat in diesem Beschluss erstmals verbindlich und umfassend Stellung bezogen zu den Fragen nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit, der demokratischen Legitimation und der Arbeitnehmermitbestimmung in der funktionalen Selbstverwaltung. Die ersten beiden Aspekte könnten auch für das Reform-Konzept der neueren Schulgesetzgebung bedeutsam sein. Ob und wie weit dies tat-

34 Zum Folgenden Böckenförde, E.-W., (Fn. 28), S. 306 f.

35 Böckenförde, E.-W., (Fn. 28), S. 307.

36 BVerfGE 83, 60 (72 f.), (Hervorhebung vom Verf.); ebenso BVerfGE 77, 1 (40); BVerfGE 93, 37 (67 f.).

37 So u.a. Böckenförde, E.-W., (Fn. 28), S. 308 f. Gegen eine Totalsubstitution statt vieler auch Sommermann, K.-P., Art. 20 Abs. 2, Rdnr. 163, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl., München 2000. BVerfGE 83, 60 (72) lässt die Möglichkeit einer Totalsubstitution offen.

38 Abgedruckt in: JZ 2003, S. 1057 ff. mit Anmerkungen von Unruh.

sächlich der Fall ist, lässt sich abschließend nur vor dem Hintergrund der relevanten Kernaussagen der Entscheidung beurteilen.

### 3.1 Relevante Kernaussagen

Bei der Bestimmung des Inhalts des grundgesetzlichen Demokratieprinzips knüpft das Bundesverfassungsgericht zunächst an die bekannten – und bereits geschilderten – Standards an und bestätigt den Katalog der unterschiedlichen Legitimationsformen. Neu und bemerkenswert ist die Einleitung in die übliche Wiedergabe der einschlägigen Kriterien: »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>39</sup> Schon diese Formulierung lässt erahnen, dass das Bundesverfassungsgericht den Anwendungsbereich der herkömmlichen Kriterien demokratischer Legitimation beschränken möchte. Auch in der Literatur – so das Bundesverfassungsgericht weiter – »werden für den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung Einschränkungen bei der personellen Legitimationskette für möglich gehalten.«<sup>40</sup> Der Begriff der funktionalen Selbstverwaltung wird nicht definiert. Neben einem globalen Verweis auf die einschlägige Literatur beschränkt sich das Gericht auf die – zutreffende – Feststellung, dass jedenfalls die Wasserverbände diesem Begriff zuzuordnen seien. Ausgehend von der nicht näher erläuterten Prämisse, dass das Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG »Prinzipiencharakter« trage und insofern »entwicklungsoffen« sei, wird die *erste relevante Kernthese* der Entscheidung formuliert: »Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung ist das Demokratiegebot offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt.«<sup>41</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass die funktionale Selbstverwaltung das demokratische Prinzip des Grundgesetzes verstärke, zumindest aber als gleichberechtigte Ausprägung dieses Prinzips verstanden werden müsse. Denn sowohl das Erfordernis einer ununterbrochen auf das Volk zurückführenden Legitimationskette als auch die organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen gründeten letztlich in der »Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung (Art. 1 Abs. 1...).«<sup>42</sup>

Der *zweite* Bereich relevanter Kernaussagen betrifft die Frage, welche Materien Gegenstand der funktionalen Selbstverwaltung sein können. Die Antwort des Bundesverfassungsgerichts setzt sich aus drei aufeinander aufbauenden Thesen zusammen. Mit der ersten These wird eine Verbindung zu den demokratischen Wurzeln der funktionalen Selbstverwaltung hergestellt: »Das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG erlaubt deshalb, durch Gesetz – also durch einen Akt des vom Volk gewählten und daher klassisch demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers – für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Auf-

39 BVerfG, JZ 2003, S. 1058, Hervorhebung vom Verf.

40 BVerfG, JZ 2003, S. 1059.

41 BVerfG, JZ 2003, S. 1060.

42 BVerfG, JZ 2003, S. 1060. Bemerkenswert ist, dass das Gericht sich mit den einschlägigen Auffassungen, die in der Literatur zur demokratischen Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung vertreten werden, nicht bzw. nur sehr rudimentär auseinandergesetzt hat; siehe dazu die Anmerkung von Unruh, P. (Fn. 38), S. 1062 ff. Einen Überblick über die Auffassungen in der Literatur versucht Unruh, P. Demokratie und »Mitbestimmung« in der funktionalen Selbstverwaltung – am Beispiel der Emschergerossenschaft, VerwArch 92 (2001), S. 531 ff., S. 541 ff. m.w.N.

gaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen.«<sup>43</sup> Daraus folgt zum einen, dass die Entstehung von funktionalen Selbstverwaltungseinheiten unter einem Parlamentsvorbehalt steht. Zum anderen wird klargestellt, dass der Gesetzgeber die Erledigung öffentlicher Aufgaben nicht beliebig an Träger funktionaler Selbstverwaltung übertragen darf. Mit seiner zweiten These knüpft das Bundesverfassungsgericht an diese Klarstellung an: »Die *Auswahl* der auf Organisationseinheiten der Selbstverwaltung zu übertragenden Aufgaben und die Regelung der Strukturen und Entscheidungsprozesse, in denen diese bewältigt werden, stehen *weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers*.«<sup>44</sup> In Betracht kämen vor allem Aufgabengebiete, bei denen die Erledigung durch Selbstverwaltungsträger »historisch überkommen ist« oder sich »traditionell bewährt hat«. Mit seiner dritten These setzt das Gericht dem Gesetzgeber schließlich eine absolute Grenze für die Einrichtung von Selbstverwaltungseinheiten: »Von einer Übertragung *ausgeschlossen* sind diejenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als *Staatsaufgaben im engeren Sinne* wahrnehmen muss...«<sup>45</sup> Nähere Konkretisierungen des Gegenstandsbereichs oder etwa einen Katalog der Staatsaufgaben im engeren Sinne liefert das Gericht nicht.<sup>46</sup>

Die beiden für die Reformgesetzgebung relevanten Kernaussagen der Wasserverband-Entscheidung können demnach wie folgt zusammengefasst werden: In delegationstauglichen und vom parlamentarischen Gesetzgeber bestimmten Bereichen der funktionalen Selbstverwaltung ist ein Defizit in der personell-organisatorischen Legitimation vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 2 GG unschädlich.

### 3.2 Auswirkungen auf die aktuelle Schulgesetzgebung

Schon weit vor der Wasserverband-Entscheidung ist – quasi *avant la lettre* – gerade für den Bereich der Schule eine »funktionsspezifische(.) Relativierung des hierarchisch einheitsorientierten« Demokratiekonzepts des Bundesverfassungsgerichts gefordert worden.<sup>47</sup> Ist diese Relativierung mit der Wasserverband-Entscheidung nunmehr erreicht? Das wäre nur dann der Fall, wenn die Einzelschule mit der aktuellen Schulgesetzgebung in den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung entlassen werden *soll* und/oder entlassen werden *kann*.

#### a) Schulische »Selbstverwaltung« *de lege lata*?

Zunächst ist zu fragen, ob die Einzelschule auf der Grundlage der neueren Schulgesetze tatsächlich als Selbstverwaltungseinheit i.S.d. Wasserverband-Entscheidung konzipiert wird. In der Gesetzgebung wird gelegentlich ein entsprechender Eindruck vermittelt. So wird die Einzelschule in § 9 Abs. 1 S.1 des Bremischen Schulgesetzes und § 19 Abs. 1 des Bremischen Schulverwaltungsgesetzes als eigenständige pädagogische und organisatorische Einheit beschrieben, die sich nach Maßgabe der Gesetze »selbst verwaltet«. Auch in Teilen der Literatur wird die Einzelschule – mit der Schulkonferenz als zentralem Organ – zum Träger funktionaler Selbstverwaltung erklärt. Zur Begründung wird angeführt, dass auch hier der Grundge-

43 BVerfG, JZ 2003, S. 1060, Hervorhebung vom Verf.

44 BVerfG, JZ 2003, S. 1060, Hervorhebung vom Verf. Das Gericht knüpft hier an seine eigene Rechtsprechung an. Ausdrücklich erwähnt wird BVerfGE 38, 281 (199); grundlegend war schon BVerfGE 10, 89 (102) – Erftverband.

45 BVerfG, JZ 2003, S. 1060, Hervorhebung vom Verf.

46 Es wird lediglich festgestellt, dass Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge nicht schon deshalb zwingend unmittelbar vom Staat zu erledigen wären, weil sie von wesentlicher Bedeutung für das Allgemeinwohl sind; vgl. BVerfG, JZ 2003, S. 1060.

47 Höfling, W., (Fn. 28), S. 366.



danke der »eigenverantwortlichen Beteiligung der Betroffenen an der dezentralen Erledigung von auf sie bezogenen Verwaltungsaufgaben« zum Tragen komme.<sup>48</sup>

Das maßgebliche Kriterium für eine Antwort auf die Ausgangsfrage ist der Begriff der funktionalen Selbstverwaltung. Diesen Begriff hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Wasserverband-Entscheidung nicht selbst definiert, sondern insoweit auf die einschlägige Literatur verwiesen. Hier besteht trotz einiger Kontroversen in den Details jedenfalls im Hinblick auf die konstitutiven Begriffselemente ein Konsens. Danach bedeutet funktionale Selbstverwaltung »die selbständige, fachweisungsfreie Wahrnehmung enumerativ oder global überlassener oder zugewiesener eigener öffentlicher Angelegenheiten durch unterstaatliche Träger oder Subjekte öffentlicher Verwaltung in eigenem Namen.«<sup>49</sup> Die für die Einzelschule relevanten Mindestvoraussetzungen liegen demnach in der eigenen Rechtsfähigkeit und in der Begrenzung der Staatsaufsicht auf die Rechtsaufsicht.<sup>50</sup>

Ein Blick in die aktuellen Schulgesetze führt schnell zu der Erkenntnis, dass die Landesgesetzgeber die Einzelschule gerade nicht als Selbstverwaltungsträger im Sinne dieser Definition ausgestaltet haben. Schon die Mindestvoraussetzungen der Begriffsbestimmung sind nicht erfüllt. So hat die gesetzgeberische Absicht, die Selbstverantwortung der Schulen zu erweitern, nicht zu grundlegenden Veränderungen bei ihrer administrativen Stellung geführt.<sup>51</sup> Alle Schulgesetze weisen die Einzelschulen nach wie vor als *nicht rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts* aus. Trotz organisatorischer Verselbständigung bleiben sie rechtlich Teil eines anderen Verwaltungsträgers – des Schulträgers – und damit »unterstes Glied in der Hierarchie der staatlichen Schulverwaltung.«<sup>52</sup> Eigene Rechtsfähigkeit kommt ihnen demnach nicht zu.<sup>53</sup> Im Übrigen stehen der staatlichen Schulaufsicht in allen Ländern weiterhin neben der *Rechtsaufsicht* auch die herkömmlichen *fach- und dienstaufsichtsrechtlichen Instrumente* zur Verfügung. Die gelegentliche Verpflichtung der Schulbehörden, diese Instrumente behutsam zu gebrauchen, kann und darf jedenfalls nicht zu einer strikten Begrenzung der Staatsaufsicht auf die bloße Rechtsaufsicht führen.<sup>54</sup>

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Schulen de lege lata nicht als Träger funktionaler Selbstverwaltung gelten können.<sup>55</sup> Nach dem aktuellen Stand der Gesetzgebung sind die Maßstäbe aus der Wasserverband-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur demokratischen Legitimation nicht auf die Entscheidungen der Einzelschulen übertragbar.

48 Avenarius, H., Schulische Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, (Fn. 3), S. 189; ähnlich ders. /Hans Heckel, H., (Fn. 10), S. 114 f.

49 Wolff, H.J./Bachof, O./Stober, R., Verwaltungsrecht, Bd. II, 6. Aufl., München 2000, § 84, Rdnr. 34 und 37. Weitere, zumeist ähnliche Definitionen bei Hendl, R., Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft, Köln u.a. 1984, S. 284; Emde, E.T., Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991, S. 366 und umfassend zu Begriff und Geschichte der funktionalen Selbstverwaltung Kluth, W., Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997, S. 12 ff.

50 Vgl. Schmidt, W., »Schulprogramm« und pädagogische Eigenverantwortung in der Schule, NVwZ 1997, S. 456 ff., S. 459 und Niehues N., (Fn. 10), Rdnr. 55.

51 Siehe dazu auch Avenarius, H., Schulische Selbstverwaltung – Grenzen und Möglichkeiten, (Fn. 3), S. 260 f.

52 Avenarius, H./Kimmig, T./Rürup, M., (Fn. 1), S. 92. Dort findet sich auch ein Hinweis auf das schleswig-holsteinische Projekt, die berufsbildenden Schulen als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts auszugestalten.

53 Ebenso etwa Geis, M.E., (Fn. 5), S. 41 f.

54 Zu der gesetzgeberischen Ermahnung in einigen Schulgesetzen, diese Aufsichtsrechte nur im Lichte der erweiterten »Eigenverantwortung der Schule« ausgeübt werden sollen, s.o. II., 1., c).

55 Ebenso Hufen, F., (Fn. 2), S. 57, 61 f.; Geis, M.E., (Fn. 5), S. 41 f. und Niehues, N., (Fn. 10), Rdnr. 55.

b) *Schulische »Selbstverwaltung« de lege ferenda?*

Es bleibt die Frage, ob die Einzelschule qua Schulgesetz in den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung entlassen werden *könnte*. Sie dürfte nicht nur in der Konsequenz der aktuellen schulpolitischen Bestrebungen liegen; sie wird gelegentlich auch in der Literatur aufgeworfen und z.T. bejaht.<sup>56</sup> Anhaltspunkte für eine Antwort liefert wiederum die Wasserverband-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Danach steht – wie erläutert – die Auswahl der für die funktionale Selbstverwaltung delegationsstauglichen Aufgaben grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers.

Ein positiver Hinweis darauf, dass jedenfalls die schulischen Aufgaben durch Organisationseinheiten der Selbstverwaltung wahrgenommen werden dürften, lässt sich der Entscheidung allerdings nicht entnehmen. Denn die funktionale Selbstverwaltung durch Einzelschulen ist weder »historisch überkommen« noch »traditionell bewährt«.<sup>57</sup> Vielmehr wurden die (staatlichen) Schulen bisher ohne Ausnahme in die unmittelbare Staatsverwaltung integriert: die Schule ist (schon) traditionell eine originär staatliche Angelegenheit.<sup>58</sup> Aus dieser Feststellung kann jedoch noch keine absolute Schranke für das gesetzgeberische Ermessen abgeleitet werden.

Eine solche Schranke könnte sich aber dann vor dem Landesgesetzgeber schließen, wenn die Schulverwaltung zu jenen Aufgaben gehörte, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinne wahrnehmen muss.<sup>59</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat es bisher versäumt, diesen engeren Bereich der Staatsaufgaben inhaltlich zu präzisieren. Es finden sich allenfalls Hinweise – etwa dergestalt, dass der Staat *Angelegenheiten von politischer Tragweite*, d.h. »seine vornehmste Aufgabe«, nicht aus dem Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung entlassen darf.<sup>60</sup> Im Kern geht es hier um die Aktivierung der Wesentlichkeitstheorie.<sup>61</sup> Eine Analyse der bisher vorliegenden Vorschläge zu einer Konkretisierung des Kriteriums der politischen Tragweite führt zu dem Ergebnis, dass jedenfalls die Außenpolitik, die Verteidigung, die Vollzugspolizei und die Steuererhebung zu den Materien zählen, die aus funktionell-rechtlichen Gründen nicht auf Selbstverwaltungseinheiten übertragen werden dürfen.<sup>62</sup> Aus dem Verfassungsrecht ergibt sich damit nur für eine sehr begrenzte Anzahl von Aufgaben, dass sie vom Staat selbst erfüllt werden müssen.<sup>63</sup> Allerdings gibt es gute Gründe für die Annahme, dass gerade der schulische Bereich zu dieser begrenzten Anzahl originärer Staatsaufgaben zählt. Der rechtlich entscheidende Grund ist im Grundgesetz selbst zu finden: Gem. Art. 7 Abs. 1 GG steht das gesamte öffentliche Schulwesen unter der Aufsicht des Staates. Nach einhelliger Auffassung ist die Schule damit notwendig, weil von Ver-

56 So etwa bei Wimmer, R., (Fn. 27), S. 342, »So wie der Gesetzgeber in anderen ihm von Verfassungen wegen zukommenden Kompetenzbereichen rechtlich verselbständigte dezentrale Subsysteme zulassen kann, so kann er auch Schulen wirkliche Selbstentscheidungs- und -verwaltungsrechte einräumen.«

57 So die Positiv-Maßstäbe in BVerfG, JZ 2003, S. 1060.

58 Dies gilt jedenfalls seit den Anfängen staatlicher Schulgesetzgebung in der Neuzeit; Hinweise bei Avenarius, H./Heckel, H., (Fn. 10), S. 3 f.

59 So der absolute Negativ-Maßstab in BVerfG, JZ 2003, S. 1060.

60 Vgl. BVerfGE 9, 268 (282); 33, 125 (158 – hier auch das Zitat).

61 Dazu Unruh, P., Demokratie und »Mitbestimmung« in der funktionalen Selbstverwaltung, (Fn. 42), S. 539 f.

62 Nachweise bei Dazu Unruh, P., Demokratie und »Mitbestimmung« in der funktionalen Selbstverwaltung, (Fn. 42), S. 540.

63 Ebenso Klein, H.H., Demokratie und Selbstverwaltung, in: Schnur, R. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forstthoff, 1972, S. 175 ff., S. 179.

fassungs wegen ein Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung. Ohne Verfassungsänderung ist demnach eine echte schulische »Selbstverwaltung« im Rechtssinn ausgeschlossen.<sup>64</sup>

Abschließend kann daher festgestellt werden, dass wohl auch die zukünftige Schulgesetzgebung nach geltendem Verfassungsrecht gehindert ist, die Einzelschule als pädagogische und organisatorische Selbstverwaltungseinheit zu entwerfen.

### c) *Teilergebnis*

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich zum einen, dass die Wasserverband-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit der darin enthaltenen Absenkung der Standards für die demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung keine Auswirkungen auf die Legitimation der schulischen Selbstgestaltung hat.

Zum anderen kann auf dieser Grundlage nunmehr der Versuch einer Begriffsklärung unternommen. Die verbreitete Rede von der »Autonomie« der Einzelschule ist insofern missverständlich, als dieser Begriff im verfassungsrechtlichen Bereich für die staatsfreie Selbstbestimmung von Individuen, Personenverbänden oder – bei Anhaltspunkten in der Verfassung – Körperschaften des öffentlichen Rechts reserviert ist. Aus dieser verfassungsrechtlichen Perspektive kann eine originär staatliche Einrichtung wie die Schule nicht »autonom« sein.<sup>65</sup> Auch die Unzulänglichkeit der Bezeichnung »Selbstverwaltung« dürfte hinreichend deutlich geworden sein.<sup>66</sup> Zur Vermeidung von terminologischen Missgriffen sollte im Zusammenhang mit der aktuellen schulpolitischen Entwicklung fortan nicht mehr von »Schulautonomie« oder »schulischer Selbstverwaltung«, sondern allenfalls von »schulischer Selbstgestaltung« oder (abgemildert) von der »Schule in erweiterter Verantwortung« gesprochen werden.<sup>67</sup>

## 4 Demokratische Legitimation der schulischen Selbstgestaltung

Da sich die nach der Wasserverband-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (ausschließlich) für die funktionale Selbstverwaltung geltende Absenkung der Legitimationsstandards nicht auf das Konzept der erweiterten Verantwortung der Einzelschule übertragen lässt, kann die Frage nach der demokratischen Legitimation der relevanten Entscheidungen nur auf der Grundlage der »klassischen« Legitimationsformen beantwortet werden. Insofern bleibt es bei den Hürden, die mit den Judikatur zum Ausländerwahlrecht und zum schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetz errichtet worden sind.<sup>68</sup> Insbesondere die Beteiligung von Eltern, Schülern und ggf. des nicht-unterrichtenden Personals an den für die erwünschte und geforderte Profilbildung relevanten Maßnahmen der Einzelschule sind vor diesem Hintergrund problematisch. Im Gegensatz zur Lehrerschaft sind die Vertreter dieser Gruppen – trotz gruppeninterner Wahl – nicht im herkömmlichen Sinn organisatorisch-personell legitimiert, denn

64 Deutlich in diesem Sinn *Hufen, F.*, (Fn. 2), S. 62 f. I, Ergebnis ebenso etwa *Stern, K.*, (Fn. 3), S. 341 und *Niehues, N.*, (Fn. 10), Rdnr. 71.

65 Ebenso statt vieler *Hufen, F.*, (Fn. 2), S. 62 und *Norbert Niehues*, (Fn. 10), Rdnr. 55.

66 Dazu auch *Niehues, N.*, (Fn. 10), Rdnr. 57, der hinzufügt, dass auch dann nicht von »schulischer Selbstverwaltung« gesprochen werden könne, wenn die Schule »in der Anwendung abstrakter schulischer Normen gewisse Einschätzungs- und Konkretisierungsspielräume nutzt, die in den üblichen unbestimmten Rechtsbegriffen ... enthalten sind.«

67 Der Begriff der »schulischen Selbstgestaltung« ist von *Hufen, F.*, (Fn. 2), S. 64, vorgeschlagen worden. Die Bezeichnung »Schule in erweiterter Verantwortung« entstammt dem Titel eines einschlägigen Sammelbandes von *Avenarius/Baumert/Döbert/Füssel*, (Fn. 3), a.a.O.

68 S. o. II., 2., b).

sie werden nicht durch einen seinerseits demokratisch legitimierten Amtsträger ernannt. Entbehren damit die Entscheidungen der Schulkonferenzen – etwa über das Schulprogramm – der demokratischen Legitimation? Widerspricht der Kern des Konzepts der erweiterten Verantwortung der Einzelschule dem Demokratieprinzip und ist folglich verfassungswidrig? Im Folgenden sollen drei Wege aufgezeigt werden, auf denen die vom Bundesverfassungsgericht errichteten Hürden der demokratischen Legitimation möglicherweise übersprungen werden können.

#### 4.1 Das Prinzip der doppelten Mehrheit

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat ausgeführt, dass die Entscheidungen eines Gremiums, das nur zum Teil mit personell legitimierten Mitgliedern besetzt ist, gleichwohl demokratisch voll legitimiert sind, wenn »die die Entscheidung tragende Mehrheit aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimer Mitglieder des Kurationsorgans besteht (Prinzip der doppelten Mehrheit).«<sup>69</sup> Aus den Erläuterungen der vom Gericht ausdrücklich in Bezug genommenen Literatur ergibt sich, dass eine Beteiligung nicht-legitimierter Mitglieder (nur) dann unschädlich ist, wenn die demokratisch legitimierte Mehrheit des Gremiums ihre Auffassung im Konfliktfall uneingeschränkt durchzusetzen vermag. Eine bloße Vetoposition genüge nicht; vielmehr müsse diese demokratisch legitimierte Mehrheit selbst und aktiv in der Lage sein, substantielle Entscheidungen zu treffen.<sup>70</sup> Die Einflussnahme von nicht in diesem Sinne demokratisch legitimierten Gremien auf die Ausübung von Staatsgewalt müsse auf bloße Empfehlungen oder Entscheidungsvorschläge beschränkt bleiben.<sup>71</sup>

Für die Zusammensetzung und die Entscheidungsmodalitäten der Schulkonferenzen folgt aus diesem Prinzip der doppelten Mehrheit, dass der organisatorisch-personell legitimierten Lehrerschaft in den entscheidungsbefugten Gremien jedenfalls ein numerisches Übergewicht zukommen muss.<sup>72</sup> Entsprechende Vorkehrungen haben aber nur wenige Landesgesetzgeber getroffen. Unter den reformorientierten Gesetzeswerken erfüllt allein das Hessische Schulgesetz diese Anforderung. Gem. § 131 des Hessischen Schulgesetzes sind stimmberechtigte Mitglieder der Schulkonferenz die Schulleiterin/der Schulleiter als Vorsitzende(r) sowie jeweils zu gleichen Anteilen Vertreter des Lehrkörpers einerseits und der Schüler und Eltern andererseits.<sup>73</sup> Kein entsprechendes Übergewicht wird hingegen bei bloßer Parität zwischen Lehrkräften und den anderen Gruppen erreicht. So setzen sich die Schulkonferenzen in Nordrhein-Westfalen nach geltender Rechtslage je zur Hälfte aus Vertretern der Lehrerschaft einerseits und Vertretern der Eltern und Schüler andererseits zusammen. Die/der Schulleiter(in)

69 BVerfG, JZ 2003, S. 1059 in Anlehnung an BVerfGE 93, 37 (67 f, 72).

70 Vgl. Böckenförde, E.-W., (Fn. 28), S. 304 f. In BVerfGE 93, 37 (72) wird ausdrücklich auf die Erläuterungen bei Böckenförde hingewiesen. Diese Auffassung ist in der Literatur allerdings nicht unumstritten, vgl. die weiter führenden Hinweise bei Maurer, H., Staatsrecht I, 3. Aufl., München 2003, § 7, Rdnr. 29.

71 Vgl. Sommermann, K.-P., (Fn. 37), Art. 20 Abs. 2, Rdnr. 174.

72 Kritisch dazu Rickert, W., Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse von drittelparitätlich besetzten Schulkonferenzen, RdJB 1997, S. 392 ff., S. 394 f. unter Hinweis auf BVerfGE 59, 360 (390 f). Rickert folgert aus dieser Entscheidung, dass es »gewagt« sei, das Prinzip der doppelten Mehrheit auf die Zusammensetzung der Schulkonferenzen zu übertragen. M.E. trägt aber das vorgebrachte Argument, Staat und Eltern teilten sich in die Erziehung der Kinder, nicht die Folgerung, dass es auf die demokratische Legitimation von Entscheidungsträgern bei der Ausübung von Staatsgewalt hier nicht ankomme. Denn Art. 20 Abs. 2 GG lautet: »Alle (!) Staatsgewalt geht vom Volke aus.« Ein verfassungsrechtlicher Dispens vom Erfordernis demokratischer Legitimation lässt sich auch aus Art. 7 GG nicht herleiten.

73 Vergleichbare Regelungen finden sich in den Schulgesetzen von Baden-Württemberg und Sachsen, die allerdings das Konzept der Schule in erweiterter Verantwortung (noch) nicht angenommen haben.

sitzt der Schulkonferenz lediglich ohne Stimmrecht vor.<sup>74</sup> Noch weiter entfernt vom Prinzip der doppelten Mehrheit sind naturgemäß diejenigen Regelungen, die eine drittelparitätische oder sogar eine viertelparitätische Zusammensetzung der Schulkonferenzen vorschreiben.<sup>75</sup>

Damit gilt für die Mehrzahl der Landesschulgesetze, dass eine demokratische Legitimation der Entscheidungen der Schulkonferenz jedenfalls nicht über das vom Bundesverfassungsgericht rezipierte Prinzip der doppelten Mehrheit erreicht werden kann.

#### 4.2 Die Letztverantwortung des Staates

Insbesondere aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetz könnte sich aber für *alle* Landesschulgesetze ein anderer Weg über die Hürde des erforderlichen demokratischen Legitimationsniveaus ergeben. Nach Ansicht des Gerichts »verlangt das Demokratieprinzip für die Ausübung von Staatsgewalt bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages jedenfalls, dass die *Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert* ist (Verantwortungsgrenze).«<sup>76</sup> Eine solche (salvatorische) Letztverantwortung demokratisch legitimer Amtsträger für die relevanten Entscheidungen der Schulkonferenzen könnte sich aus drei unterschiedlichen Aspekten der neueren Schulgesetzgebung ergeben.<sup>77</sup> In Gestalt einer *ex ante* Kontrolle durch staatliche Aufsichtsorgane dürfte sie zunächst dann vorhanden sein, wenn die Verbindlichkeit dieser Entscheidungen – etwa die Gültigkeit von Schulprogrammen – an die *Genehmigung der Schulaufsichtsbehörde* geknüpft ist. Diese Genehmigungspflicht ist aber nicht in allen Landesschulgesetzen verankert worden. Soweit ersichtlich, kennen aber – zweitens – alle einschlägigen Gesetze ein *Beanstandungsrecht der Schulleiterin/des Schulleiters* gegenüber allen Entscheidungen der Schulkonferenzen. Mit diesem Beanstandungsrecht wird sichergestellt, dass jedenfalls »im Konfliktfall« die staatliche Schulbehörde das letzte und entscheidende Wort über die Ausübung von Staatsgewalt in der Einzelschule behält. Drittens ist daran zu erinnern, dass auch die neueren Landesschulgesetze die staatliche Schulaufsicht in den Formen der *Rechts-, der Fach- und der Dienstaufsicht* unangetastet lassen. Die Schul(aufsichts)behörden können demnach jederzeit, d.h. auch ohne Beanstandung durch die Schulleiterin/den Schulleiter, die Entscheidungen der Schulgremien kassieren. Insgesamt gilt daher für alle Bundesländer, dass ein Schulprogramm, das von den staatlichen Vorgaben etwa im Hinblick auf Lehrpläne und Stundentafeln abweicht, nur dann wirksam wird, wenn es entweder von der staatlichen Schulaufsicht genehmigt oder jedenfalls widerspruchsfrei geduldet wird.<sup>78</sup> Anders formuliert: Die Schulgremien können sich nicht gegen den Willen der verantwortlichen Schulbehörde durchsetzen.<sup>79</sup>

Ist mit diesen gesetzlichen Vorkehrungen eine hinreichende, d.h. demokratische Legitimation vermittelnde Letztverantwortung des Staates für die profilbildenden Entscheidungen der Einzelschulen erreicht? Gelegentliche Zweifel sind unüberhörbar. Sie nähren sich ebenfalls aus der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Den zentralen Bezugspunkt liefert die Bemerkung, dass bei der originären Ausübung von Staatsgewalt »eine auf ein blo-

74 Vgl. §§ 4 Abs. 2 und 6, 6 Abs. 5 SchMG-NRW.

75 Die Mehrzahl der Reformgesetze schreibt eine Drittelparität vor, etwa § 55 Abs. 1 HmbSG. Eine Viertelparität findet sich in § 34 Abs. 1 BremSchVwG.

76 BVerfGE 93, 37 (70), Hervorhebungen vom Verf.

77 Zum Folgenden s.o. II., 1., c) m.w.N.

78 Ebenso Avenarius, H./Kimmig, T./Rürup, M., (Fn. 1), S. 90.

79 Vgl. Rickert, W., (Fn. 72), S. 396.

ßes Evokationsrecht zurückgenommene Entscheidungsbefugnis des demokratisch legitimierten und parlamentarisch verantwortlichen Amtsträgers schon im Ansatz die Anforderungen des demokratischen Prinzips (verfehle), weil solche Entscheidungen einer Mediatisierung durch eine nicht voll demokratisch legitimierte Stelle unzugänglich sind.«<sup>80</sup> Vereinzelt wird daraus für den Bereich des Schulrechts gefolgert, dass eine hinreichende Letztverantwortung des Staates nur gegeben sei, wenn die Schulbehörde eine aktive Entscheidungsbefugnis habe. Gefordert wird zumindest ein Selbsteintrittsrecht; bloße Weisungs- oder Vetorechte seien unzureichend.<sup>81</sup> Vor diesen Anforderungen können die aktuellen Schulgesetze nicht bestehen, da die normierten Genehmigungspflichten, Beanstandungs- und Aufsichtsrechte ein Selbsteintrittsrecht der Schulbehörde nicht ausdrücklich anerkennen.

Gegen diese Zweifel kann zunächst vorgebracht werden, dass schon die Bezugnahme auf das Bundesverfassungsgericht problematisch ist. Denn aus dem weiteren Kontext der referierten Passage wird deutlich, dass sie jedenfalls die allgemeine Forderung nach einem Selbsteintrittsrecht nicht trägt.<sup>82</sup> Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur und der einschlägigen Rechtsprechung die bestehenden Weisungs- und Beanstandungsrechte für ausreichend erachtet. So beschränkt sich der Hessische Staatsgerichtshof in seinem Urteil vom 04. Oktober 1995 auf die Feststellung, dass die Schulkonferenz »nicht als ein aus der staatlichen Verantwortung ausgegliederter, dem Parlament nicht verantwortlicher, unabhängiger Ausschuss anzusehen« sei, denn als Organ der Schule unterliege sie »wie alle anderen Organe der Schule der uneingeschränkten staatlichen Fachaufsicht«.<sup>83</sup> Nahezu gleichlautend argumentiert der Niedersächsische Staatsgerichtshof in seinem Urteil vom 08. Mai 1996. Er fügt aber in ausdrücklicher Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinzu: »Entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität.«<sup>84</sup> In der Literatur wird zusätzlich angeführt, dass eine antizipierte vollständige Steuerung der Schule schon aufgrund der »Eigengesetzlichkeit pädagogischer Prozesse« nicht möglich, die effektive staatliche Letztverantwortung durch die skizzierten Beanstandungs- und Kontrollrechte aber ausreichend gesichert sei.<sup>85</sup>

Selbst wenn sich demnach aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Letztverantwortung des Staates das Erfordernis eines Selbsteintrittsrechts ableiten ließe, wäre diese Folgerung jedenfalls für den Bereich der Schulgesetzgebung zurückzuweisen.<sup>86</sup> Aber auch wenn ein solches Erfordernis anerkannt würde, dürfte im Bereich der »schulischen Selbstgestaltung« noch kein Defizit der demokratischen Legitimation vorliegen. Denn bei nä-

80 BVerfGE 93, 37 (78), Hervorhebungen vom Verf.

81 Vgl. *Geis, M.E.*, (Fn. 5), S. 48. Im Ergebnis ebenso *Püttner, G.*, (Fn. 5), S. 43.

82 Die Unzulänglichkeit eines bloßen Evokationsrechts bezieht sich im Wesentlichen auf den zu entscheidenden Fall, d.h. die einschlägige Regelung des geplanten schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetzes über die »Einigungsstelle«. In BVerfGE 93, 37 (79) heißt es zur Begründung der Unzulänglichkeits-These: »Denn das Letztentscheidungsrecht wird vom Grundsatz her nicht uneingeschränkt gewährt, sondern im Einzelfall an die Voraussetzung geknüpft, dass der Beschluss der Einigungsstelle wegen seiner Auswirkungen auf das Gemeinwesen die Regierungsverantwortung wesentlich berührt.«

83 HessStGH, Urteil vom 04. Oktober 1995, StAnz. 44/1995, S. 3418.

84 NdsStGH, Urteil vom 08. Mai 1996, NdsVwBl. 1996, S. 189.

85 Vgl. *Hufen, F.*, (Fn. 2), S. 58 sowie S. 56 und 65 ff. Ebenso *Avenarius, H./Heckel, H.*, (Fn. 10), S. 114 f. und *Avenarius, H.*, *Schulische Selbstverwaltung und Demokratieprinzip*, (Fn. 3), S. 186.

86 Deutlich in diesem Sinne *Hufen, F.*, (Fn. 2), S. 66, »Entscheidend ist die rechtliche und fachliche Letztverantwortung der Schulverwaltung.« Kritisch gegenüber der Auffassung von *Geis, M.E.* auch *Rickert, W.*, (Fn. 72), S. 396.

herer Betrachtung erweist sich ein Einschreiten der staatlichen Schulaufsicht gegen die Schulprogramme der Einzelschulen nicht als bloße Evokation. Vielmehr führt die Aufhebung entsprechender Entscheidungen der Schulgremien dazu, dass die einschlägigen gesetzlichen Vorgaben auch weiterhin und ungeschmälert für die betreffende Einzelschule gelten. Das »Veto« der Schulaufsicht bewirkt also nicht etwa ein Vakuum, sondern verhindert lediglich eine Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben: es führt *aktiv* zur Restitution dieser Vorgaben.<sup>87</sup> Es gibt daher gute Gründe für die Auffassung, dass bereits auf dem Weg über die Letztverantwortung der zuständigen staatlichen Instanzen die Hürde der personellen demokratischen Legitimation übersprungen werden kann.

#### 4.3 Kollektive personelle Legitimation

Verbliebene Zweifel können durch eine Transformation der ursprünglich für die funktionale Selbstverwaltung entwickelten Rechtsfigur der kollektiven personellen Legitimation ausgeräumt werden.<sup>88</sup> Mit ihrer Hilfe könnte bereits die Ausgangsthese vom Fehlen der organisatorisch-personellen Legitimation der Schulkonferenzen in Frage gestellt, d.h. eine entsprechende Legitimation auch der Eltern- und Schülervertreter nachgewiesen werden.

Den konstruktiven Ansatzpunkt zur Überwindung des nach herkömmlicher Lesart bestehenden Legitimationsdefizits liefert der gesetzlich vorgeschriebene Kreaionsakt und die damit verbundene Mitgliedschaft in den Schulgremien. Ebenso wie in der funktionalen Selbstverwaltung sind die Bildung dieser Gremien, die Berechtigung und Inpflichtnahme der Eltern und Schüler als Betroffene und die Verleihung von Mitwirkungsrechten in einem Akt untrennbar verbunden.<sup>89</sup> Die personelle Legitimation der Mitglieder der Schulkonferenzen nimmt demnach nicht den Umweg über die Bestellung durch die jeweilige Verwaltungsspitze, sondern erfolgt auf direktem Wege durch das Parlament selbst: Es handelt sich um eine unmittelbar parlamentarisch vermittelte personelle Legitimation.<sup>90</sup> Damit wird im Vergleich zur übrigen Ministerialverwaltung sogar ein höheres Legitimationsniveau erreicht, denn die Legitimationsskette ist hier deutlich kürzer. Im Übrigen erfüllt die kollektive personelle Legitimation alle sachlichen Kriterien, die für das Prinzip der individuellen Bestellung der Amtswalter maßgeblich sind, insbesondere ihre hinreichende Individualisierbarkeit durch den gesetzlich vorgegebenen »Kreaionsmechanismus«.<sup>91</sup> Über die Aktivierung der Rechtsfigur der kollektiven personellen Legitimation kann also die vermeintliche Legitimations-Kluft zwischen der Lehrerschaft einerseits und den Eltern- und Schülervertretern andererseits eingegeben werden kann.

<sup>87</sup> Dieser Gedanke findet sich in nuce bereits bei *Rickert, W.*, (Fn. 72), S. 396 f.

<sup>88</sup> Diese Rechtsfigur ist grundlegend von *Kluth, W.*, (Fn. 49), S. 373 ff., für die demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung entwickelt worden. Weitere Nachweise bei *Unruh, P.*, Demokratie und »Mitbestimmung« in der funktionalen Selbstverwaltung, (Fn. 40), S. 551 ff. Der Gedanke einer Transformation auf das Schulrecht findet sich – allerdings ohne ausdrücklichen Bezug auf diese Rechtsfigur – bei *Höfling, W.*, (Fn. 28), S. 369.

<sup>89</sup> Die Vergleichbarkeit mit der funktionalen Selbstverwaltung folgt aus dem Umstand, dass gem. BVerfGE 59, 360 ff., den Eltern und Schülern im Bereich der Schule ein Mitwirkungsrecht zukommen muss. Auch hier geht es also im Kern um eine – eingeschränkte, gleichwohl verfassungsrechtlich geforderte – Betroffenenpartizipation.

<sup>90</sup> Vgl. *Kluth, W.*, (Fn. 49), S. 381 f., und *Höfling, W.*, (Fn. 28), S. 369.

<sup>91</sup> Ausführlich dazu *Unruh, P.*, Demokratie und »Mitbestimmung« in der funktionalen Selbstverwaltung, (Fn. 42), S. 552. Die Vokabel vom »Kreaionsmechanismus« stammt von *Höfling, W.*, (Fn. 28), S. 369.

#### 4.4 Teilergebnis

Die demokratische Legitimation der Schulkonferenzen und ihrer profilbildenden Entscheidungen kann schon über das Prinzip der doppelten Mehrheit erfolgen, sofern entsprechende Vorkehrungen in den Landesschulgesetzen getroffen werden. Sie stellt sich aber auch dort ein, wo die Letztverantwortung staatlicher, ihrerseits demokratisch legitimierter Instanzen gewahrt bleibt. Dies ist in allen Landesschulgesetzen der Fall, denn auch die Reformgesetze lassen die Kompetenzen der Schulaufsicht in Gestalt der Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht jedenfalls im Ergebnis unangetastet. Schließlich kann die umfassende organisatorisch-personelle Legitimation der relevanten Schulgremien über die in der neueren Literatur entwickelten Rechtsfigur der kollektiven personellen Legitimation verdeutlicht werden. Auch ohne eine Absenkung der Legitimationsstandards, die die Wasserverband-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die funktionale Selbstverwaltung proklamiert, leidet das Konzept der Schule in erweiterter Verantwortung nicht unter einem grundlegenden Demokratiedefizit.

### 5 Zusammenfassung

Die neuere Schulgesetzgebung wird von der Überzeugung getragen, dass die Schule ihre veränderten und zusätzlichen Aufgaben in einer veränderten Umwelt nicht mehr mit den herkömmlichen Instrumenten erfüllen kann. Aus *schulpolitischer* Sicht wird argumentiert, dass auf diesen Wandel mit einer gesteigerten Eigenverantwortung der Einzelschule und der Beteiligung von Eltern und Schülern an der Wahrnehmung dieser Verantwortung zu reagieren sei.<sup>92</sup> Aus *verfassungsrechtlicher* Perspektive stellt sich in diesem Zusammenhang und vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips des Grundgesetzes ein Legitimationsproblem. Dieses Problem kann allerdings im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gelöst werden. Dafür kann zwar nicht die auf die funktionale Selbstverwaltung zugeschnittene Absenkung der Legitimationsstandards aus der Wasserverband-Entscheidung in Anspruch genommen werden. Aber auch nach Maßgabe der im Übrigen geltenden Legitimationsformen kann die in (engen) Grenzen »selbstgestaltete« Schule, dürfen ihre Gremien und deren Entscheidungen als demokratisch legitimiert gelten. Insgesamt drei Wege können zu diesem Ziel führen: das Prinzip der doppelten Mehrheit, die Letztverantwortung der staatlichen Schulaufsicht und die kollektive personelle Legitimation der Schulgremien. Vom aktuellen Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts dürfte die rollende Welle der Reformgesetzgebung daher nicht aufgehalten werden.

*Verf.: PD Dr. Peter Unruh, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität,  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen*

92 Statt vieler nochmals *Avenarius, H.*, Schulische Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, (Fn. 3), S. 179 f.