
Datum: 15.02.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 SaGa 49/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0215.5SAGA49.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Münster, 4 Ga 34/11
Schlagworte: Konkurrentenklage, Schulaufsicht, Funktionsvorbehalt
Normen: Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 33 Abs. 4, Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW, § 87 SchulG NRW, § 935 ZPO, § 940 ZPO

Leitsätze:

1. Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW konkretisiert den Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG. Der Beamtenbegriff der Norm ist daher, anders als etwa der haftungsrechtliche Beamtenbegriff des § 839 BGB, nicht statusübergreifend auszulegen.
2. Es besteht keine aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierende Verpflichtung der Behörde, Bewerbungen aus dem Kreis der Angestellten in das Stellenbesetzungs- und Auswahlverfahren für ein Amt in der Schulaufsicht des Landes einzubeziehen, da es an der Eignung für die zu besetzende Stelle fehlt.

Tenor:

1. Auf die Berufung des verfügungsbeklagten Landes vom 30.11.2011 wird das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 21.10.2011 – 4 Ga 34/11 – abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Verfügungskläger.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten über die Sicherung der Ansprüche des Verfügungsklägers (im Folgenden: Kläger) im Rahmen eines Stellenbesetzungsverfahrens.	2
Der am 27.10.1955 geborene, verheiratete Kläger ist Lehrer. Am 8.5.1987 bestand er die Zweite Staatsprüfung für die Sekundarstufe II in den Fächern "Sozialpädagogik" und "Sondererziehung und Rehabilitation der Lernbehinderten". Im Anschluss wurde er als Angestellter in den Schuldienst des verfügbarsbeklagten Landes (im Folgenden: beklagtes Land) übernommen. Der Kläger ist derzeit am G1-Berufskolleg D1 tätig und übt dort die Funktion des ständigen Vertreters des Leiters/der Leiterin eines Berufskollegs aus. Gegenwärtig ist er im Rahmen eines Projekts an den Kreis S1 abgeordnet.	3
Um sich auf ein Amt als Schulleiter bewerben zu können, hat der Kläger an einem dafür obligatorischen Eignungsfeststellungsverfahren (EFV) teilgenommen. Darüber verhält sich die dienstliche Beurteilung der Bezirksregierung A1 vom 10.8.2009 (Bl. 11 ff d. A.), auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird. In dem dortigen Gesamturteil wird festgestellt, dass die Leistungen des Klägers die Anforderungen in besonderem Maße übertreffen (Spitzennote). Zur weiteren dienstlichen Verwendung wird der Einsatz als Schulleiter an einem Berufskolleg vorgeschlagen.	4
Mit Bewerbungsschreiben vom 6.7.2011 nebst Anlagen (Bl. 16 ff d. A.), auf welches wegen der Einzelheiten verwiesen wird, bewarb sich der Kläger bei der Bezirksregierung Münster um die von dort zum 1.10.2011 ausgeschriebene Stelle einer/eines Leitende/-r Schuldirektor/-in als Dezernent(in) in der Schulaufsicht auf Bezirksebene für Berufskollegs, Besoldungsgruppe A 16 BBesO. Die Stellenausschreibung erfolgte unter Hinweis auf § 54 LVO. Bewerbungsschluss war der 11.7.2011.	5
Unter dem 15.8.2011 teilte die Bezirksregierung dem Kläger mit, dass seine Bewerbung nicht berücksichtigt werden könne. Die Übernahme der Funktion des schulfachlichen Dezernenten in der Schulaufsicht sei nach Art. 8 Abs. 3 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen (Verf NRW) fachlich vorgebildeten Beamten vorbehalten. Da er als Lehrer im Angestelltenverhältnis tätig sei, könne eine Übernahme als Beamter in die Laufbahn des Schulaufsichtsdienstes nicht erfolgen, weshalb die Bewerbung nicht berücksichtigt werde.	6
Mit seinem am 31.8.2011 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen Antrag vom 25.8.2011 hat der Kläger den Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung seiner Ansprüche im Rahmen des Stellenbesetzungsverfahrens beantragt. Er habe einen Rechtsanspruch darauf, dass er am Stellenbesetzungsverfahren teilnehme, seine Bewerbung müsse im Auswahlverfahren berücksichtigt werden. Zur effektiven Wahrnehmung seiner Rechte wäre es ferner erforderlich, dem beklagten Land die Besetzung der Stelle vorläufig zu untersagen, bis über die Frage der Berücksichtigung seiner Bewerbung erstinstanzlich entschieden worden sei.	7
Seine Bewerbung müsse in das Auswahlverfahren einbezogen werden, da er alle fachlichen Voraussetzungen erfülle und Spitzenleistungen gezeigt habe. Es fehle, formal betrachtet, lediglich der Beamtenstatus, der mit der Befähigung und Leistung des Bewerbers nichts zu	8

tun habe, sondern von dem Lebensalter bei der Einstellung abhängen. Art. 8 Abs. 3 der Landesverfassung stehe einer Berücksichtigung seiner Bewerbung nicht entgegen. Die Norm spreche mit dem Begriff des "Beamten", unabhängig von der Statusfrage, lediglich den Träger eines öffentlichen Amtes an. Schwerpunkte der Regelung seien die Hauptamtlichkeit und die fachliche Vorbildung. Der dortige Beamtenbegriff umfasse deshalb, vergleichbar der allgemein anerkannten Auslegung des § 839 BGB, Beamte und Angestellte.

Dieses Verständnis spiegle sich in den Richtlinien des beklagten Landes für die dienstliche Beurteilung von Lehrkräften wieder (RdErl. des Ministeriums für Schule, Jugend, und Kinder v. 2.1.2003). Die dort unter 4.3.1. geregelten Voraussetzungen für die Anlassbeurteilung bei einer Bewerbung um ein Amt in der Schulaufsicht ließen erkennen, dass hier Beamte und Angestellte in gleicher Weise angesprochen seien. 9

Es verstoße zudem gegen den grundrechtlich gesicherten Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Bewerbung eines Angestellten um ein Amt in der Schulaufsicht allein wegen des fehlenden Beamtenstatus zurückwiesen werde. 10

Der Kläger hat beantragt, 11

1. dem verfügungsbeklagten Land im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, seine Bewerbung vom 6.7.2011 auf die Stelle des Leitenden Regierungsschuldirektors als Dezernent in der Schulaufsicht auf Bezirksebene für Berufskollegs zu berücksichtigen und ihn in das Stellenbesetzungsverfahren und Auswahlverfahren einzubeziehen, 12
2. dem verfügungsbeklagten Land im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, die Stelle des Leitenden Regierungsschuldirektors als Dezernent in der Schulaufsicht auf Bezirksebene für Berufskollegs so lange nicht mit einer Mitbewerberin/einem Mitbewerber zu besetzen, bis über seine Bewerbung auf die vorgenannte Stelle erstinstanzlich entschieden ist. 13

Das beklagte Land hat beantragt, 14

den Antrag abzuweisen. 15

Es hat darauf verwiesen, aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert zu sein, dem Kläger die begehrte Funktion zu übertragen. Der in Art. 8 Abs. 3 der Landesverfassung verwendete Begriff sei statusrechtlich eindeutig. Dies habe das Landesarbeitsgericht Düsseldorf mit Urteil vom 12.3.2008 – 12 Sa 232/08 – zutreffend erkannt. Die zitierten Beurteilungsrichtlinien, die für angestellte Lehrkräfte lediglich entsprechend anzuwenden seien, begründeten insbesondere keine Abweichung von den rechtlichen Rahmenbedingungen. Soweit der Kläger auf eine Erlasslage aus dem Jahre 2002 verweise, wonach wegen der seinerzeit unzureichenden Bewerberlage auch angestellten Lehrkräften die Möglichkeit eröffnet worden sei, sich auf Funktionen in der Schulaufsicht zu bewerben, dies mit der Perspektive einer späteren Übernahme in das Beamtenverhältnis auf der Grundlage entsprechender Ausnahmegenehmigungen, stütze dies keine andere Beurteilung. Diese Bestimmung sei – was unstreitig ist – mangels Veröffentlichung im Amtsblatt auf der Grundlage allgemeiner Bereinigungsvorschriften mit Ablauf des fünften Jahres nach Erlass außer Kraft getreten, weshalb sie vorliegend irrelevant sei. 16

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 21.10.2011 vollumfänglich nach den Anträgen des Klägers erkannt. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei zulässig und 17

begründet. Der Verfügungsgrund folge aus dem Umstand, dass der Kläger nach dem Grundsatz der sog. Ämterstabilität auf die Geltendmachung von Sekundäransprüchen verwiesen sei, wenn das beklagte Land die zum 1.10.2011 ausgeschriebene Stelle einmal besetzt habe. Entgegen der beklagtenseits zitierten Auffassung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vermöge die Kammer im Lichte des Art. 33 Abs. 2 GG, der einen freien Zugang zum öffentlichen Amt garantiere, nicht zu erkennen, dass eine Besetzung der Stelle mit dem Kläger aus in der Landesverfassung angelegten Gründen von vorneherein ausscheide. Der Beamtenbegriff des Art. 8 Abs. 3 Verf NRW sei nicht zwingend starr zu verstehen. Auch müsse der Bewerber – selbst bei enger, am Wortlaut orientierter Auslegung der Norm – die Beamteneigenschaft in der Bewerbungssituation nicht unbedingt mitbringen. Diese könne auch später, ggf. im Rahmen von Ausnahmeentscheidungen, begründet werden. Durch die im Jahre 2002 begründete Erlasslage sei dokumentiert, dass das beklagte Land selbst eine Besetzung von Ämtern der Schulaufsicht mit nicht verbeamteter Interessenten durchaus für zulässig erachte. Mit einer gebundenen, aus Rechtsgründen unausweichlichen Ablehnungsentscheidung könne das beklagte Land daher vorliegend nicht argumentieren.

Gegen dieses Urteil am 2.11.2011 zugestellte Urteil wendet sich das beklagte Land mit seiner 18
am 30.11.2011 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Berufung, die am 12.12.2011
begründet worden ist.

Zur Begründung führt es, unter ergänzender Bezugnahme auf das erstinstanzliche 19
Vorbringen, aus, dass die vom Arbeitsgericht gefundene Auslegung der einschlägigen
Bestimmungen aus der Landesverfassung und einfachgesetzlichen Normen des
Schulgesetzes NRW die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung überschreite.

Der dort kodifizierte, erkennbare Wille des Gesetzgebers werde durch das Urteil geradezu 20
konterkariert. Die Schulaufsicht nehme eindeutig hoheitliche Aufgaben wahr, womit
unmittelbar der Funktionsvorbehalt nach Art. 33 Abs. 4 GG greife, der in Art. 8 Abs. 3 Verf
NRW angesprochen sei und über einfachgesetzliche Bestimmungen des Schulgesetzes
NRW transformiert werde. Aus der im Jahr 2002 hergestellten, jetzt überholten Erlasslage
könne zugunsten des Klägers nichts hergeleitet werden. Der in § 839 BGB normierte,
haftungsrechtliche Beamtenbegriff habe, zumal es sich um eine vorkonstitutionelle Regelung
handle, schon von der Zielrichtung der Norm mit dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4
GG und des Art. 8 Abs. 3 Verf NRW nichts gemein. Letztlich habe der Kläger die
Vollziehungsfrist nach §§ 929 Abs. 2, 922 ZPO versäumt, da er die danach erforderliche
Zustellung des Urteils im Parteibetrieb innerhalb der Monatsfrist nicht veranlasst habe. Dieser
von Amts wegen zu berücksichtigen Umstand führe dazu, dass das angefochtene Urteil –
unabhängig von materiell-rechtlichen Fragen –aufzuheben sei.

Das beklagte Land beantragt, 21

**das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 21.10.2011 – 4 Ga 34/11 – aufzuheben und 22
den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.**

Der Kläger beantragt, 23

die Berufung des beklagten Landes kostenpflichtig zurückzuweisen. 24

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und führt ergänzend aus, dass der Beamtenbegriff 25
auch in anderen Gesetzeswerken, etwa im Zusammenhang mit den Bestimmungen des
Verwaltungsvollstreckungsgesetzes NRW, statusübergreifend zu verstehen sei, was sich aus
den dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften ergebe. Dies stütze die Argumentation des

Arbeitsgerichts. Die Berufungsbegründung setzte sich mit der letztlich entscheidenden Frage, ob Art. 33 Abs. 2 GG ihm einen Anspruch auf Einbeziehung seiner Bewerbung in das Auswahlverfahren vermittele, gar nicht auseinander. Das Arbeitsgericht habe die in 2002 geschaffene Erlasslage zu Recht berücksichtigt, da dieser Erlass – unabhängig von seiner zeitlichen Geltung – die generelle Eröffnung einer Bewerbungsmöglichkeit für Angestellte auf Ämter in der Schulaufsicht widerspiegle. Demgemäß werde Angestellten in anderen Bundesländern selbst dann eine Bewerbungsmöglichkeit eröffnet, wenn in Obersten Landesbehörden Stellen im Aufgabebereich der Schulaufsicht zu besetzen seien.

Soweit das beklagte Land vorliegend auf die fehlende Vollziehung des Urteils hinweise, sei zu berücksichtigen, dass jedenfalls eine Zustellung des Urteils von Amts wegen erfolgt sei. Das Fehlen einer zusätzlichen parteibetriebenen Zustellung von Entscheidungen der Arbeits- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit aus Gründen der Vollziehung habe das beklagte Land, was unstreitig ist, in der Vergangenheit nicht reklamiert, weshalb es mit diesem Einwand nicht gehört werden könne. 26

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird ergänzend auf den Inhalt der zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, deren Inhalt Gegenstand der mündlichen Berufungsverhandlung vom 15.2.2012 war, sowie auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen. 27

Entscheidungsgründe 28

Die Berufung des beklagten Landes ist zulässig und begründet. 29

Die Anträge des Klägers sind zwar zulässig, § 62 ArbGG i. V. m. §§ 935,940 ZPO, in der Sache aber nicht begründet, was zur Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung und zur kostenpflichtigen Abweisung der Klage mit beiden Anträgen führt. 30

I. Soweit mit der Berufung geltend gemacht wird, das erstinstanzliche Urteil sei allein deshalb aufzuheben, weil der Kläger dessen zusätzliche Zustellung im Parteibetrieb zum Zwecke der Vollziehung nicht bzw. nicht rechtzeitig bewirkt habe, §§ 929 Abs. 2, 927, 922 ZPO, neigt die Kammer dazu, sich dieser Auffassung – soweit es um Urteilsverfügungen geht – nicht anzuschließen. Gerade von einem Träger öffentlicher Gewalt, einer Gebietskörperschaft oder deren Behörden, kann im Regelfall erwartet werden, dass einer bereits zugestellten gerichtlichen Entscheidung befehlenden Inhalts Folge geleistet wird, auch ohne dass der Inhaber des Titels gesonderte Vollziehungsmaßnahmen ergreifen muss. Besonders in dieser Konstellation erscheint es als überflüssige Förmerei, eine weitere Zustellung im Parteibetrieb zu verlangen (zum Streitstand allgemein: Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Auflage 2007, S. 158/159 m. w. N.). Diese Frage bedarf vorliegend jedoch keiner Entscheidung, da das angefochtene Urteil aus Gründen materiellen Rechts keinen Bestand haben kann. 31

II. Das beklagte Land ist – entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts – nicht veranlasst, die Bewerbung eines Angestellten für ein Amt, das funktional der Schulaufsicht zuzurechnen ist, zumindest zunächst zu berücksichtigen. Dies folgt insbesondere nicht aus Art. 33 Abs. 2 GG. Dies führt zur Unbegründetheit beider Anträge, da es an dem zu sichernden Anspruch des Klägers fehlt. 32

Das beklagte Land ist – jedenfalls im Regelfall – wegen des Funktionsvorbehalts nach Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW i. V. m. §§ 86 ff SchulG NRW rechtlich gehindert, die Bewerbung von Angestellten auf Stellen, die funktionell dem Aufgabenbereich der Schulaufsicht zuzuordnen sind, zu berücksichtigen und diese Stellen mit – wenngleich ggf. als besonders befähigt und geeignet erscheinenden – nichtverbeamteten Bewerberinnen und Bewerbern zu besetzen. Es kann daher auch nicht verlangt werden, bei Nichterfüllung der mit dem Funktionsvorbehalt verbundenen statusrechtlichen Voraussetzungen (zunächst) gleichwohl in das Auswahlverfahren einbezogen zu werden, da es dann bereits an der Eignung für das zu übertragende Amt fehlt.

1. Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW begründet in Konkretisierung des Art. 33 Abs. 4 GG eine spezielle Beamtengarantie für die Tätigkeit in einer Schulaufsichtsbehörde (Geller-Kleinrahm, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 3. Auflage, Artikel 8, Anm. 4c). Entsprechend der Regelung des Art. 143 Abs. 3 WRV folgt daraus, dass Stellen in der Schulaufsicht im Gegensatz zu den eigentlichen Lehrerstellen, für die – wie der Umkehrschluss zeigt – die Beamtengarantie nicht gilt, Beamten im statusrechtlichen Sinne vorbehalten sind (Geller-Kleinrahm, aaO, m. w. N.). Der Wortlaut des Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW "Die Schulaufsicht wird durch hauptamtlich tätige, fachlich vorgebildete Beamte ausgeübt" ist danach statusrechtlich eindeutig. 34
2. Für die Annahme, dass der Verfassungsgeber den Beamtenbegriff der Norm gleichwohl untechnisch verstanden wissen wollte, gibt es hingegen keine greifbaren Anhaltspunkte (LAG Düsseldorf, Urteil vom 12.3.2008 – 12 Sa 232/08 – DÖD 2008, S. 275 ff). Aus Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW geht vielmehr erkennbar die Intention des Verfassungsgebers hervor, die Tätigkeit in der Schulaufsicht wegen der Ausübung hoheitlicher Befugnisse nur solchen Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen zu wollen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG stehen (LAG Düsseldorf, aaO). 35

Dieser Interpretation des Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW, die in § 87 SchulG NRW einfachgesetzliche Ausprägung gefunden hat, folgt die Berufungskammer uneingeschränkt. Sie entspricht insbesondere dem Sinn und Zweck der durch die Landesverfassung konkretisierten Bestimmung des Art. 33 Abs. 4 GG, die den Funktionsvorbehalt für Beamte mit der Anknüpfung an hoheitsrechtliche Befugnisse, wenngleich nicht ausschließlich, primär auf die Bereiche der Eingriffsverwaltung mit Grundrechtsrelevanz erstreckt. Die Aufgaben der Schulaufsicht der Landes sind nach Art. 8 Abs. 3 Verf NRW i. V. m. §§ 86 ff SchulG NRW breit angelegt. Die staatliche Aufsicht umfasst danach alle öffentlichen und privaten Schulen einschließlich der Berufs- und Fachschulen. Sie beinhaltet, neben der Kontrollfunktion gegenüber dem einzelnen Schulträger, die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Planung, Organisation, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens (Dästner, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Auflage 2002, Art. 8, Rn 6). Dazu gehören, neben den Fragen des Schulbestands, die Gestaltung und Festlegung von Unterrichtsformen, Unterrichtsinhalten und Unterrichtsmitteln (Schulbücher) ebenso, wie die Entscheidung, ob ein einzelner Schüler oder eine Schülerin das Lernziel erreicht hat (Dästner, aaO). 36

Daraus wird deutlich, dass der Tätigkeit der Schulaufsicht wie der Tätigkeit des einzelnen Beamten in der Schulaufsicht hohe Grundrechtsrelevanz insbesondere im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG, das Elternrecht, Art. 6 Abs. 2 u. 3 GG, und die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, zukommt. Vor diesem Hintergrund kann der Annahme, Art. 37

8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW spreche mit dem Begriff des "Beamten" untechnisch Beamte wie Angestellte in gleicher Weise an, nicht beige treten werden. Vielmehr muss wegen der Eingriffsrelevanz der Aufgaben gerade davon ausgegangen werden, dass Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW bewusst und ausdrücklich das Beamtenverhältnis im technischen Sinne meint. Dies gilt – entgegen der Auffassung des Klägers – für Tätigkeiten in der Schulaufsicht, die durch Aufgaben der Dienst- wie durch Aufgaben der Fachaufsicht geprägt sind, in gleicher Weise. Gerade die im Rahmen der Fachaufsicht wahrzunehmenden Aufgaben können sich in besonderer Weise auf die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Schülerschaft, individuell wie kollektiv, auswirken.

3. Wenn ein Funktionsvorbehalt, wie vorliegend – nach Art. 20 Abs. 3 GG für die 38
rechtsprechende Gewalt bindend – wirksam in Verfassungs- oder Gesetzesnormen oder aber in der Aufgabe angelegt ist, ist eine Beschränkung des Bewerberkreises auf Beamte rechtlich möglich (Korinth, aaO, S. 339 m. w. N.). Fehlt es dem Bewerber – mangels Beamtenverhältnis – an der formalen Eignung für die zu besetzende Stelle, so ist er in das Auswahlverfahren nicht einzubeziehen (OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 20.1.2011 – 1 M 159/10 – ZBR 2012, S. 62 ff). Das nach Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistete Zugangsrecht zu jedem öffentlichen Amt wird zugunsten von Beamten durch den in Art. 33 Abs. 4 GG bestimmten Funktionsvorbehalt wirksam beschränkt (BAG, Urteil vom 11.8.1998 – 9 AZR 155/97 – AP Nr. 45 zu Art. 33 Abs. 2 GG).
4. Der vom beklagten Land vorliegend gewählte Ausschreibungstext lässt den Willen zur 39
Beschränkung des Bewerberfeldes auf Beamtinnen und Beamte deutlich erkennen. Dies folgt, neben der angegebenen Amtsbezeichnung "Leitende/-r Regierungsdirektor/-in" und dem Hinweis auf eine Besoldung nach der Besoldungsgruppe A 16 BBesO, insbesondere aus der Bezugnahme auf § 54 der Verordnung über die Laufbahnen der Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen (Laufbahnverordnung – LVO). Der Verweis auf die Norm zeigt, dass ein Amt in der (Beamten-) Laufbahn des höheren Dienstes übertragen werden soll. Eine einzelfallbezogene Öffnung des Auswahlverfahrens für angestellte Bewerberinnen und Bewerber liegt folglich nicht vor.
5. Soweit der Kläger, wenngleich nicht unmittelbar anspruchsbegründend, mit der in den 40
Jahren 2002 bis 2007 im Land Nordrhein-Westfalen geltenden Erlasslage argumentiert, folgt daraus keine Selbstbindung des beklagten Landes für das vorliegende Auswahlverfahren im Sinne einer statusübergreifenden Öffnung.

Der durch Art. 8 Abs. 3 S. 3 Verf NRW abgebildete Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG 41
verlangt, die fraglichen Ämter "in der Regel" in einem Beamtenverhältnis stehenden Personen zu übertragen. Eine – zeitlich und sachlich beschränkte – Öffnung hat danach Ausnahmecharakter. Eine grundsätzliche Abweichung vom Funktionsvorbehalt, verbunden mit einer Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf sonstige Beschäftigte des öffentlichen Dienstes, ist nach Art. 33 Abs. 4 GG gerade ausgeschlossen (OVG Sachsen-Anhalt, aaO). Von einem – durch die Notwendigkeit eines Erlasses gerade betonten – Ausnahmetatbestand, der sich aus der damaligen Bewerberlage sachlich rechtfertigt, kann auf eine entsprechende Regel eben nicht geschlossen werden. Die klägerseits zitierten Beurteilungsrichtlinien bleiben hinsichtlich der statusrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung eines Amtes in der Schulaufsicht ohne Aussagekraft. Eine Änderung der Verfassungs- und Gesetzeslage durch diese Richtlinien wäre auch unter dem Gesichtspunkt der Normenhierarchie gar nicht möglich. Ein Rechtsanspruch auf Begründung einer Ausnahme erwächst dem Kläger auch aus Art. 33 Abs. 4 GG selbst nicht. Diese Norm

beinhaltet in dem Funktionsvorbehalt eine objektiv-rechtliche Verfassungsregelung, die keine Rechte des Einzelnen begründet (OVG Sachsen-Anhalt, aaO).

6. Soweit der Kläger eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG 42 durch den Ausschluss von Angestellten aus dem vorliegenden Auswahlverfahren rügt, vermag die Kammer dem nicht zu folgen. Die Differenzierung ist hier in Art. 33 Abs. 4 GG angelegt. Sie rechtfertigt sich sachlich durch die besonderen Pflichten, die den in einem öffentlich-rechtlichen Dienst und Treueverhältnis stehenden Beamten obliegen, so etwa dem fehlenden Streikrecht. Mit dem Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG soll gewährleistet werden, dass hoheitliche Aufgaben jederzeit, loyal, zuverlässig und qualifiziert erledigt werden (BAG, aaO). Die daraus resultierende Reflexwirkung auf Rechte aus Art. 3 Abs. 1, 33 Abs. 2 GG ist in der Verfassung selbst angelegt und damit hinzunehmen.

7. Die Kammer vermag nicht zu nachzuvollziehen, warum der Kläger vorliegend die 43 Ursächlichkeit der bei seiner Einstellung geltenden Altersgrenze für eine Verbeamtung (Vollendung des 35. Lebensjahres) für die Absage annehmen und daraus eine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung in der konkreten Bewerbungssituation herleiten will.

Am Tag des Bestehens der Zweiten Staatsprüfung war der Kläger 31 Jahre alt. Seine 44 Tätigkeit im Schuldienst hat er noch vor Vollendung des 32. Lebensjahres aufgenommen. Eine Verbeamtung kann folglich nicht allein aus Gründen des (möglichen) Eintrittsalters unterblieben sein.

8. Eine für den Kläger günstigere Auslegung von Art. 33 Abs. 4 GG i. V. m. Art. 8 Abs. 3 S. 45 3 Verf NRW bedingt letztlich auch das primäre und sekundäre Recht der Europäischen Gemeinschaft nicht. Das Gemeinschaftsrecht gebietet zwar, auch Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten den Zugang zu Ämtern zu verschaffen, die mit der der ständigen Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind. Es bedingt aber nicht, wie dies zu erfolgen hat. Auch Staatsangehörige der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft können in ein Beamtenverhältnis übernommen werden. Folglich kann dem Zugangsrecht nicht allein dadurch entsprochen werden, dass – entgegen der Bestimmung des Art. 33 Abs. 4 GG – die Bewerbungsmöglichkeit auf Ämter, die dem Funktionsvorbehalt unterfallenden, grundsätzlich statusunabhängig eröffnet werden muss (ebenso: OVG Sachsen-Anhalt, aaO).

III. Die Kosten des über zwei Instanzen geführten Rechtsstreits sind nach § 62 Abs. 2 46 ArbGG i. V. m. §§ 936, 922, 308 Abs. 2, 91 Abs. 1 S. 1 ZPO insgesamt dem in der Sache vollständig unterlegenen Kläger aufzugeben.