

Schleswig-Holsteinischer Landtag □
Umdruck 16/2990

Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
des Innen- und Rechtsausschusses
Herrn Werner Kalinka, MdL
im Hause

Mein Zeichen: L 203/126a-16

Bearbeiterin:
PD Dr. Silke R. Laskowski

Telefon (0431) 988-1104
Telefax (0431) 988-1250
Silke-
Ruth.Laskowski@landtag.ltsh.de

03.04.2008

**Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Änderung des LBG
(Drs. 16/1420) / Schreiben des Innenministeriums (Umdruck 16/2726)**

Sehr geehrter Herr Kalinka,

in der Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses vom 12.03.2008 wurde der Wissenschaftliche Dienst beauftragt, zu dem Schreiben des Innenministeriums vom 07.01.2008 rechtlich Stellung zu nehmen. Dem kommen wir im Folgenden gerne nach.

In dem Schreiben vertritt das Innenministerium die Auffassung, der Landtag werde durch die §§ 7 und 9 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamStG)*, BT-Drs. 16/4027 – in der Fassung der Beschlussempfehlung des Innenausschusses, BT-Drs. 16/7508, an der Änderung des § 9 Landesbeamtengesetzes nach Maßgabe des Entwurfs vom 24.05.2007, Landtags-Drs. 16/1420, gehindert.

Der Wissenschaftliche Dienst hält die Auffassung des Innenministeriums für unzutreffend.

Der Landesgesetzgeber ist weder gegenwärtig noch künftig an einer Änderung des § 9 Landesbeamtengesetz nach Maßgabe des Entwurfs vom 24.05.2007, Landtags-Drs. 16/1420, gehindert.

Begründung:

- I. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG steht dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Statusrechte und -pflichten der Beamtinnen und Beamten des Bundes und der Länder zu. Dabei handelt es sich um eine sog. Kernkompetenz („Vorrangkompetenz“), die weder der Erforderlichkeits- noch der Abweichkompetenz unterfällt. Die Kernkompetenz ist dadurch gekennzeichnet, dass mit dem voraussetzungslosen – insbesondere vom Erforderlichkeitserfordernis unabhängigen – Gebrauchmachen des Bundes von seiner Kompetenz eine Sperrwirkung für die Landesgesetzgeber eintritt.

Solange und soweit der Bund keinen Gebrauch von seiner Gesetzgebungskompetenz gemacht hat, besteht die Kompetenz der Länder; das Gebrauchmachen ist wirksam, sofern kein Verstoß gegen sonstiges Verfassungsrecht vorliegt (*Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG. 9. Aufl. 2007, Art. 72 Rn. 5, 11; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. III, 2003, Art. 72 Rn. 8).

- II. **Aktuell ist der Schleswig-Holsteinische Landesgesetzgeber an einer eigenständigen Gesetzgebung schon deshalb nicht gehindert („gesperrt“), weil der Bund bislang von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.**

1. Die Sperrwirkung tritt nach h. M. erst mit Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens ein, d. h. mit der Verkündung des Bundesgesetzes (vgl. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 72 Rn. 35; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. III, 2003, Art. 72 Rn. 9; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG. 9. Aufl. 2007, Art. 72 Rn. 13 m. w. N.; a. A. *Jarass*, NVwZ 1996, 1044 und *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 1980, S. 595 f: erst mit dem Inkrafttreten; noch a. A. *Sannwald*, in: Schmidt-Belibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 72 Rn. 17: schon mit dem letzten erforderlichen parlamentarischen Gesetzesbeschluss von Bundestag oder Bundesrat).¹ Erst dann hat der Gesetzgeber von seinem Gesetzgebungsrecht „Gebrauch gemacht“ (*Degenhard*, a. a. O).

¹ Als gänzlich überholt gilt seit der Verfassungsreform 1994 die früher z. T. vertretene Auffassung (zu Art. 72 Abs. 1 GG a. F.), bereits mit dem Einbringen eines Gesetzentwurfs habe der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht (vgl. dazu *Degenhart*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 72 Rn. 35 m. w. N.).

Zwar hat der Deutsche Bundestag das Beamtenstatusgesetz am 13. Dezember 2007 verabschiedet – dies reicht jedoch nicht aus, um eine Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber herbeizuführen. Denn mangels Verkündung des Beamtenstatusgesetzes ist das Gesetzgebungsverfahren bislang nicht abgeschlossen.

Eine Verkündung des Gesetzes ist in absehbarer Zeit auch nicht zu erwarten. Denn das Gesetzgebungsverfahren stagniert, nachdem der Bundesrat am 15. Februar 2008 beschlossen hat, zu dem vom Bundestag verabschiedeten Gesetz die Einberufung des Vermittlungsausschusses nach Art. 77 Abs. 2 GG zu verlangen (BT-Drs. 16/8189 vom 20.02.2008). Somit ist offen, ob, wann und mit welchem Inhalt das Beamtenstatusgesetz des Bundes in Kraft treten wird.

2. Selbst dann, wenn man einer – seit der Verfassungsänderung 1994 kaum noch vertretenen – Mindermeinung² folgen wollte und eine Sperrwirkung unter dem Gesichtspunkt des bundesfreundlichen Verhaltens herzuleiten suchte, ließe sich hier keine Sperrwirkung konstruieren. Nach dieser Mindermeinung soll eine Verpflichtung der Länder bestehen, einer „sich abzeichnenden“ bundesgesetzlichen Regelung nicht „entgegenzuwirken“. Abgesehen davon, dass diese Auffassung angesichts der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung, von der auch die Rechtsfigur der Bundestreue auszugehen hat (so zu Recht *Degenhart*, a. a. O., Art. 72 Rn. 37, Fn. 145), allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht gezogen werden kann, liegt jedenfalls hier ein solcher Ausnahmefall nicht vor. Denn schon angesichts des stagnierenden Gesetzgebungsprozesses „zeichnet“ sich derzeit kein Beamtenstatusgesetz „ab“. Somit könnte bereits aus diesem Grund selbst nach dieser Ansicht keine Sperrwirkung eintreten.

Darüber hinaus aber taugt die Mindermeinung hier auch deshalb nicht zur Herleitung einer Sperrwirkung, weil die avisierte Änderung des § 9 Landesbeamtengesetz nach Maßgabe des Entwurfs in der Landtags-Drs. 16/1420 den bundesrechtlichen Regelungen in den §§ 7 und 9 Beamtenstatusgesetz-Entwurf (vgl. BT-Drs. 16/4027 vom 12.01.2007, S. 9 und die insofern unveränderte Beschlussempfehlung des Innenausschusses, BT-Drs. 16/7508 vom 12.12.2007) in keiner Weise „entgegenwirkt“ – ganz im Gegenteil (dazu unten zu III.).

² *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG Bd. III, Art. 72 Rn. 10; *Ströfer*, JZ 1979, 394, 396.

3. Abgesehen von den dargelegten verfassungskompetenzrechtlichen Gründen, die gegen die Auffassung des Innenministeriums sprechen – mit dem Schreiben vom 07.01.2008 setzt sich das Ministerium auch in Widerspruch zu seinem Verhalten im Zusammenhang mit der Erarbeitung eines *Muster-Landesbeamtengesetzes*. Denn obgleich das Innenministerium in dem o. g. Schreiben die eigene Gesetzgebungskompetenz verneint, geht es derzeit im Rahmen der Formulierung des *Muster-Landesbeamtengesetzes* ganz selbstverständlich davon aus, dass dem Landesgesetzgeber Schleswig-Holstein die Kompetenz zur näheren Regelung der hier in Rede stehenden „**gesundheitlichen Eignung**“ von Landesbeamtinnen und -beamten zusteht. Dies ergibt sich deutlich aus dem aktuellen **Referentenentwurf der Norddeutschen Küstenländer (NDK) für ein Muster-Landesbeamtengesetz**, dort § 10 und § 44 – **Stand: 19. Februar 2008**. Der Referentenentwurf befindet sich momentan in einem ersten informativen Abstimmungsprozess und wurde mit Schreiben vom 10. März 2008³ durch das Innenministerium u. a. dem Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Landtags übersandt.

- III. **Auch künftig – nach Verkündung der §§ 7 und 9 Beamtenstatusgesetz-Entwurf – ist der Landesgesetzgeber nicht gesperrt** und an einer eigenständigen Regelung des Inhalts des vorgeschlagenen § 9 Landesbeamtengesetz-Entwurf (Landtags-Drs. 16/1420) gehindert. Denn eine diesbezügliche Sperrwirkung könnte durch die bundesrechtlichen Regelungen nur dann eintreten, wenn der Bund darin den Begriff der „**gesundheitlichen Eignung**“ abschließend regeln würde.

Dies ist jedoch **nicht** der Fall:

1. Der insoweit maßgebliche § 9 Beamtenstatusgesetz-Entwurf regelt die „Kriterien der Ernennung“ und benennt als solche – ebenso wie der geltende § 7 Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) – die Kriterien „Eignung“, „Befähigung“ und „fachliche Leistung“. Abweichend von § 7 BRRG wird der Katalog der unzulässigen Auswahlkriterien in § 9 Beamtenstatusgesetz-Entwurf infolge der Vorgaben der europäischen

³ Schreiben „Information über den Entwurf eines Muster-Landesbeamtengesetzes der Norddeutschen Küstenländer (NDK)“.

Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG um die Kriterien „ethnische Herkunft“, „Behinderung“, „Weltanschauung“ und „sexuelle Identität“ erweitert.⁴

Eine nähere gesetzliche Definition der Eignung, insbesondere der „gesundheitlichen Eignung“ fehlt indes. Dafür dass sich der Bundesgesetzgeber insoweit absichtsvoll einer Regelung enthalten wollte, spricht nichts. Den Materialien ist vielmehr zu entnehmen, dass er an die alte Regelung des § 7 BRRG anknüpfen und lediglich den Katalog der unzulässigen Kriterien erweitern wollte.⁵ Somit gilt nach wie vor, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der beamtenrechtlichen „Eignung“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als umfassendes Qualifikationsmerkmal begriffen wird, welches sowohl die fachliche wie auch die gesundheitliche Eignung umfasst.

Daran anknüpfend benennt der Landesgesetzgeber Schleswig-Holstein bereits seit der Landesbeamtengesetz-Novelle 1985 den Teilbereich der „gesundheitlichen Eignung“ als Einstellungskriterium ausdrücklich – vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 4 LBG –, ohne sich dadurch in Widerspruch zu dem in § 7 BRRG vom Bundesgesetzgeber gebrauchten allgemeinen Begriff der „Eignung“ zu setzen. Nichts anderes gilt im Hinblick auf den insoweit unveränderten Begriff der „Eignung“ in § 9 Beamtenstatusgesetz-Entwurf.

2. Nichts anderes gilt auch in Bezug auf den Entwurf zur Änderung von § 9 Landesbeamtengesetz (Landtags-Drs. 16/1420), der der europarechtskonformen Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 4 Landesbeamtengesetz dient. Dadurch setzt sich § 9 Landesbeamtengesetz nicht in Widerspruch zu § 9 Beamtenstatusgesetz-Entwurf – im Gegenteil:

Sowohl § 9 Beamtenstatusgesetz-Entwurf („Eignung“) als auch der geltende § 9 Abs. 1 Nr. 4 LBG („gesundheitliche Eignung“) – im Übrigen auch § 10 Abs. 2 des Referentenentwurfs für ein Muster-Landesbeamtengesetz⁶ – sind in Bezug auf den unbestimmten

⁴ Vgl. auch § 11 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) für den Bereich des Arbeitsrechts, während § 24 AGG den Bereich des Beamtenrechts nicht näher regelt; insoweit sind Bund und Länder nach wie vor in der (Umsetzungs-)Pflicht; vgl. BT-Drs. 16/4027, S. 23 zu § 9, dort unter Bezugnahme auf §§ 1, 11 AGG.

⁵ Vgl. BT-Drs. 16/4027, S. 23 zu § 9.

⁶ § 10 Abs. 2 RefE Muster-LBG (Stand: 19.02.008) lautet:

Rechtsbegriff der „Eignung“ bzw. der „gesundheitlichen Eignung“ **europarechtskonform** unter Beachtung des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen einer Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Juli 2006 (C-13/05 – „Sonia Chacon Navas“) auszulegen und anzuwenden (vgl. dazu ausführlich *Wissenschaftlicher Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags*, Gutachten vom 8. März 2007, Landtags-Umdruck 16/1851 S. 11 ff.).

Eine Regelung wie in dem Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Landtags-Drs. 16/1420) vorgesehen, die gerade die europarechtskonforme Auslegung und Anwendung des Landesbeamtengesetzes in Schleswig-Holstein in Bezug auf den Begriff der „gesundheitlichen Eignung“ sicherstellt, entspricht nicht nur den zwingend zu beachtenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, sondern notwendigerweise **auch § 9 Beamtenstatusgesetz-Entwurf** (bzw. § 7 BRRG) **in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung**.

Eine solche landesbeamtenrechtliche Regelung erscheint im Übrigen auch geboten, um künftige Verstöße gegen die Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG und dadurch provozierte Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland zu vermeiden. Dies gilt umso mehr, als die Feststellung einer Vertragsverletzung – hier: Art. 249, Art. 10 EG-Vertrag i. V. m. Richtlinie 2000/78/EG – durch den Europäischen Gerichtshof und von diesem verhängte Zwangsgelder künftig gemäß Art. 104a Abs. 6 GG („Verletzung von supranationalen Verpflichtungen“) Ausgleichsansprüche des Bundes gegen das Land Schleswig-Holstein begründen können.

Dass die Europäische Kommission die vollständige und korrekte Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG durch die Bundesrepublik Deutschland sehr ernst nimmt, hat sie unlängst durch das Mahnschreiben vom 31. Januar 2008 (2007/2362, K(2008) 0103) gegenüber der Bundesregierung deutlich gemacht. Darin wird u. a. im Hinblick auf Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich gerügt, dass der deutsche Gesetzgeber sich bislang nur auf schwerbehinderte Menschen

(2) Die gesundheitliche Eignung für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder in ein anderes Beamten- oder Beschäftigungsverhältnis mit dem Ziel der späteren Verwendung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ist aufgrund eines ärztlichen Gutachtens (§ 44) festzustellen.

beschränkt habe, die Richtlinie jedoch allgemein für Menschen mit Behinderung gelte.⁷ Mit dem Mahnschreiben hat die Kommission gemäß Art. 226 EG-Vertrag das Vorverfahren eröffnet, d. h. die erste Stufe eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen unzureichender Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG eingeleitet.

Insgesamt liegen die Ausführungen des Innenministeriums in dem Schreiben vom 7. Januar 2008 zum „Eignungsgrundsatz im Beamtenrecht“ daher neben der Sache.

- IV. Im Übrigen empfiehlt es sich in Bezug auf die Regelungen in § 10 Abs. 2 und § 44 des Referentenentwurfs für ein Muster-Landesbeamtengesetz, von vornherein eine dem § 9 Landesbeamtengesetz-Entwurf (Landtags-Drs. 16/1420) entsprechende Regelung aufzunehmen – etwa durch Ergänzung des § 44 („Ärztliche Untersuchung“) um einen neuen Absatz 4 wie folgt:

„§ 44 Ärztliche Untersuchung

...

(4) Die gesundheitliche Eignung bezieht sich grundsätzlich auf einen Prognosezeitraum von fünf Jahren.“

Mit freundlichen Grüßen
für den Wissenschaftlichen Dienst

gez.

Priv.-Doz. Dr. Laskowski

⁷ Seite 6 des Mahnschreibens („3. Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen“); vgl. dazu auch EU-Kommissar *Vladimir Spidla*, Pressemitteilung vom 11.02.2008, http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/news/news_en.cfm?id=356