

Föderalismusreform

Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
Drucksache 16/813

im Rahmen der Anhörung
bei dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
17. Mai 2006

abgegeben von
Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp
Ruhr-Universität Bochum

1. Meine Stellungnahme beschränkt sich auf den Komplex **B 1 (Beamtenrecht: Rückverlagerung der Regelungskompetenz für das Dienstrecht, die Besoldung und Versorgung der Landesbeamten und -richter auf die Länder, neue konkurrierende Bundeskompetenz für die Statusrechte und -pflichten der Landesbeamten und -richter, Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 [„... und fortzuentwickeln“])**.

Anzumerken ist vorab, dass mit dem vorgelegten Gesetzentwurf eine Änderung des Grundgesetzes angestrebt wird. Rechtlich ist dies insofern von Bedeutung, als der verfassungsändernde Gesetzgeber – anders als der sog. einfache Gesetzgeber – lediglich die Schranke des Art. 79 Abs. 3 GG vorfindet. Ihm können daher einzelne Vorschriften, Prinzipien oder Strukturmerkmale der augenblicklichen Fassung des Grundgesetzes nicht entgegengehalten werden

2. Eher unproblematisch ist die Ergänzung von **Art. 33 Abs. 5 GG** um die Worte „(zu regeln) und fortzuentwickeln“; denn diese Vorschrift schützt ohnehin nur einen „Kernbestand von Strukturprinzipien“¹ des Berufsbeamtentums, die durch Fundamentalität, Traditionalität und Legalität gekennzeichnet sind. Das bedeutet: Zu berücksichtigen sind Grundsätze, nicht bloß Rechtssätze oder Einzelheiten²; diese Grundsätze müssen hergebracht sein, also während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums³ als prägender Bestandteil des Beamtenrechts gegolten haben; schließlich müssen sie sich in der Gesetzgebung niedergeschlagen haben⁴. Bereits jetzt steht Art. 33 Abs. 5 GG einer gesetzlichen Fortentwicklung des Beamtentums, die sich wegen einer Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse als erforderlich erweist, schwerlich im Wege⁵, sofern die grundlegenden Strukturen des Berufsbeamtentums erhalten bleiben. So betont das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung die Erlaubnis „steter Fortentwicklung, die das Beamtenrecht im Sinne einzelner Ausprägungen den veränderten Umständen anpasst“.⁶ Das Problem ist also eher, dass in Art. 33 Abs. 5 „zuviel hineingeheimnist“ wird,⁷ als dass sich diese Bestimmung als Bremse für eine zeitgemäße Gesetzgebung im Bereich des Beamtenrechts erwiese. Die vorgesehene Ergänzung ist eine Bestätigung und Klarstellung dieses Befundes, was zugleich bedeutet, dass die beabsichtigte Regelung keinen eigenständigen normativen Impuls aufweist. Dann gilt die Weisheitsregel des Charles de Montesquieu: „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.“

3. Mit der Aufhebung des **Artikels 74a** fällt die bisherige konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für Besoldung und Versorgung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes (einschließlich der Landesrichter⁸) in den Ländern fort und wird somit ohne weiteres⁹ zum Gegenstand der Landesgesetzgebung¹⁰. Damit ist i. w. der Zustand wiederhergestellt, wie er vor

¹ BVerfGE 8, 332 (343).

² BVerfGE 43, 177 (185) – abw. Meinung der Richter Wand und Dr. Niebler; *Lübbe-Wolff*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band II, 1998, Art. 33 Rdn. 70.

³ BVerfGE 8, 332 (343); 15, 167 (195 f.); 46, 97 (117); 58, 68 (76 f.).

⁴ *Lübbe-Wolff*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band II, 1998, Art. 33 Rdn. 70; *Schnapp*, Gebieten über dem Personalvertretungsrecht stehende Grundprinzipien die Beibehaltung des Gruppenprinzips? Der Personalrat 2001, 149 (151).

⁵ *Battis*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 33 Rdn. 68.

⁶ BVerfGE 97, 350 (376 f.).

⁷ So schon das Mitglied des Parlamentarischen Rates, *Elisabeth Selbert*, auf dem 39. Deutschen Juristentag; siehe 39. DJT, S. D 105 f.

⁸ Siehe Art. 74a Abs. 4 GG.

⁹ Wegen Art. 70 Abs. 1 GG.

¹⁰ Eine „ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder“ – wie sie in der Begründung (Drucksache 16/813, S. 14, zu Nummer 8) angeführt wird – ist dem Grundgesetz als Kategorie unbekannt.

dem 28. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 18. 3. 1971¹¹ bestand. Hintergrund für die Einführung des Art. 74a in das Grundgesetz war „ein jahrelanges Ringen des Bundes und der Länder, einen Besoldungswettlauf und ein Ausbrechen einzelner Länder aus einer vorsichtigen Besoldungspolitik zu vermeiden“.¹² Die Änderung war schon seinerzeit nicht unumstritten. Sie bedeutete einen nicht unerheblichen Eingriff in die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes¹³, weil die Organisationsgewalt der Länder ein konstitutives Element ihrer Eigenstaatlichkeit darstellt und somit auch die Regelung der Dienstverhältnisse einschließlich der Besoldung und Versorgung der Landesbediensteten eine „ureigene Angelegenheit der Länder als Dienstherrn“¹⁴ ist. Es wurde demgemäß bezweifelt, ob diese Änderung des Grundgesetzes mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar sei,¹⁵ der die Eigenständigkeit der Länder einer Verfassungsänderung entzieht. Die Zweifel sind bis heute nicht verstummt¹⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat die Vereinbarkeit mit Art. 79 Abs. 3 GG letztlich bejaht, freilich mit einer Maßgabe: Es hat die Verfassungsverträglichkeit angenommen, „weil die Ausübung dieser Kompetenz gebunden ist durch die verfassungsrechtliche Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten.“¹⁷

Die vorgesehene Streichung des Art. 74a GG stellt also nur einen Rechtszustand wieder her, wie er vor 1971 bestanden hat, welcher der Eigenstaatlichkeit der Länder Rechnung trägt und auch nicht – wie der augenblickliche – verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt ist. Ergänzend zu bemerken ist noch, dass sich in rechtsvergleichender Sicht die Konstruktion des Art. 74a GG „als eine deutsche Absonderlichkeit“¹⁸ erweist. In allen anderen bundesstaatlichen Gemeinwesen ist es eine Selbstverständlichkeit, dass der jeweilige Dienstherr (der Gliedstaat) nicht nur Organisation und Struktur des öffentlichen Dienstes, sondern auch die Besoldung seiner Bediensteten selbst regelt¹⁹.

¹¹ BGBl. I S. 206. Bis dahin waren Besoldung und Versorgung Gegenstände der Rahmengesetzgebung des Bundes; Art. 75 Abs. 2 GG lautete in der vorherigen Fassung: „Rahmenvorschriften nach Absatz 1 Nr. 1 können mit Zustimmung des Bundesrates auch einheitliche Maßstäbe für den Aufbau und die Bemessung der Besoldung einschließlich der Bewertung der Ämter sowie Mindest- und Höchstbeträge vorsehen.“

¹² *Schmidt-Aßmann*, Gemeinden und Staat im Recht des öffentlichen Dienstes. Aktuelle Fragen zur kommunalen Personalhoheit, Festschrift für C. H. Ule, 1977, S. 461 ff. (466).

¹³ Dazu BVerfGE 34, 9 (19 ff.);

¹⁴ So BVerfGE 4, 115 (123); zustimmend *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 74a Rdn. 1.

¹⁵ Siehe etwa *Kunig*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 4./5. Aufl. 2003, Art. 74a Rdn. 3 und die dortigen Nachweise.

¹⁶ Siehe etwa *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 74a Rdn. 1: *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. 2000, Art. 74a Rdn. 4 ff.

¹⁷ BVerfGE 34, 9 (20).

¹⁸ So *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. 2000, Art. 74a Rdn. 7.

¹⁹ Siehe *Bothe*, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 1977, S. 152.

Soweit Fragen der Besoldung und Versorgung nicht von Art. 74a erfasst sind²⁰, haben sich Bund und Länder auf ein sog. Besoldungsmoratorium („Gemeinsame Erklärung der Regierungen des Bundes und der Länder“ vom 1. 7. 1977) geeinigt²¹, das aber als Absichtserklärung rechtlich nicht bindend ist. Vor der Einfügung des Art. 74a in das Grundgesetz waren die Länder nicht völlig frei in Besoldungsfragen; § 49 des Bundesbesoldungsgesetzes vom 27. 7. 1957²² etwa enthielt den Auftrag an die Ländergesetzgeber, auch die Dienstbezüge der Gemeindebeamten „unter Berücksichtigung der gemeinsamen Belange aller Dienstherrn“ zu regeln.

Nur der Vollständigkeit halber sei auf folgendes hingewiesen: Unter der Geltung des Artikels 72 Abs. 2 GG in der Fassung bis zum 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3146)²³ hatte sich eine Lehre herausgebildet, wonach die Formel von der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“²⁴ nicht nur eine Klausel war, die der Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit durch den Bundesgesetzgeber eine Schranke setzte. Vielmehr sollte aus dieser Vorschrift geradezu ein Verfassungsgebot zur Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse folgen²⁵. Diese Doktrin war bereits unter der ursprünglichen Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG kaum haltbar²⁶, u. a., weil – ganz abgesehen von der mangelnden Vereinbarkeit mit dem Wortlaut des Art. 72 Abs. 2 GG – auf diese Weise eine Kompetenz- in eine Staatszielbestimmung uminterpretiert wurde und Ländergesetzgebung per definitionem nur als Systemdefekt erscheinen konnte²⁷. Mit der seit 1994 geltenden Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG²⁸ ist dieser Lehre endgültig der Boden entzogen worden²⁹. Spätestens seit diesem Zeitpunkt gilt: Das Grundgesetz akzeptiert die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, es schreibt sie aber nicht vor. So erscheint es durchaus konsequent, dass von der

²⁰ Dazu BVerfGE 64, 367 (376); s. a. BVerfGE 62, 354 (369).

²¹ Dazu *Schick*, Beamtenbesoldung im Bundesstaat, Festschrift für Th. Maunz, 1981, S. 281 ff.; s. a. *Lecheler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, § 72 Rdn. 41.

²² BGBl. I S. 993.

²³ „Der Bund hat in diesem Bereiche das Gesetzgebungsrecht, soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, weil

1. eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksam geregelt werden kann oder
2. die Regelung einer Angelegenheit die Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit beeinträchtigen könnte oder
3. die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erfordert.“

²⁴ Sie findet sich jetzt noch in Art. 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 GG. Zur Bedeutung im Rahmen der Finanzverfassung siehe etwa *Korioth*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 497 ff.; *Siekmann*, in: Sachs, (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 106 Rd. 17; *K.-A. Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. 2000, Art. 106 Rd. 90: „kaum präzise, justiziable Maßstäbe“.

²⁵ Alle Nachweise bei *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. 2000, Art. 72 Abs. 2 Rdn. 98 Fußn. 364.

²⁶ Zur Kritik vgl. *Fischer-Menshausen*, in: Dreißig (Hrsg.), Probleme des Finanzausgleichs I, 1978, S. 135 ff. (147 ff.); *Lerche*, Finanzausgleich und Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, in: Festschrift für Berber, 1973, S. 299 ff.; *Renzsch*, Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse oder Wettbewerb der Regionen? Sechs Thesen zur Konkurrenz grundlegender Prinzipien im Bundesstaat, StWStP 8 (1997), 87 ff.; siehe auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II, 1980, S. 596 f.; 1066 ff.

²⁷ So *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. 2000, Art. 72 Abs. 2 Rdn. 91.

²⁸ Nota bene ist hier nicht mehr von der Einheitlichkeit (oder Gleichheit), sondern von der „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ die Rede.

²⁹ Ebenso *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. 2000, Art. 72 Abs. 2 Rdn. 98.

angestrebten Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG die Vorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG nicht (mehr) erfasst werden soll³⁰.

Ausschlaggebend ist letztlich: Was aus der Sicht des sog. *einfachen* Gesetzgebers als eine Bedingung für die Wahrnehmung der Kompetenz im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung erscheint, also als Kompetenzschränke, kann dem *verfassungsändernden* Gesetzgeber nicht als Regelungsziel aufgegeben werden. Alles andere würde auf die Annahme von verfassungswidrigem Verfassungsrecht hinauslaufen – was es wegen der Ranggleichheit aller Vorschriften des Grundgesetzes offenkundig nicht geben kann.

4. Die vorgesehene Aufhebung des **Art. 75 GG** bedeutet die Abschaffung der Kategorie der Rahmengesetzgebung u. a. auf dem Gebiet des öffentlichen Dienstrechts (außer Besoldung und Versorgung). Diese Materie soll, soweit Beamte und Richter betroffen sind, künftig Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung werden und in Art. 74 Absatz 1 als Nr. 27 aufgenommen werden („27. die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“). Allerdings erhalten hier die Länder wegen der abschließenden Aufzählung im neuen Art. 72 Abs. 3 kein Abweichungsrecht. Diese Materie ist andererseits wegen der vorgesehenen Neuformulierung von Art. 72 Abs. 2 GG von einer Erforderlichkeitsprüfung ausgenommen, was in der Konsequenz der Gesamtregelung liegt. Im Zuge der Ergänzung des Art. 74 Abs. 2 GG werden Gesetze des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG zustimmungspflichtig.

Damit werden im Vergleich zum derzeitigen Konzept des Grundgesetzes neue Kompetenzkategorien geschaffen. Nach der geplanten Änderung soll es zum einen Gesetzgebungsmaterien geben, in denen bundesrechtliche Regelungen der Änderung durch die Länder zugänglich sind (sog. Abweichungsgesetzgebung). Dabei geht im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht das jeweils spätere Gesetz im Range vor (insoweit Verdrängung von Art. 31 GG durch das Lex-posterior-Prinzip), so dass Bundesregelungen Länderregelungen wieder derogieren können (und umgekehrt). Zum anderen kennt der Gesetzentwurf Gesetzgebungsmaterien, die einem ändernden Zugriff der Länder verschlossen sind. Zwei dieser Gebiete (Staatshaftung und Statusrecht der Beamten und Richter) sollen unter den Vorbehalt der Zustimmung durch den Bundesrat gestellt werden. Ungeachtet des letzten Umstandes entfalten diese abweichungsfesten Bereiche eine Wirkung wie Materien der ausschließlichen Bundeskompetenz.

³⁰ Dazu BT- Drucksache 16/813 S. 11 (zu Nummer 5, Buchstabe a).

Recht, das sich bislang auf die Kompetenztitel Art. 74a, 75 GG gestützt hat, wegen deren geplantem Wegfall aber nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, gilt als Bundesrecht fort (Art. 125a Abs. 1 des Entwurfs). Das ist eine notwendige Folgeregelung.

5. Insgesamt sind verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Gesetzentwurf nicht zu erkennen.

Bochum,

Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp