

**Rechtsgutachten**  
**zur**  
**Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen**  
**für den Erlass von § 19 VI LBG**

erstattet  
im Auftrag der  
FDP-Fraktion im Landtag von Nordrhein-Westfalen

von

Universitätsprofessor  
Dr. *Janbernd Oebbecke*

und

Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
*Stefan Lenz*

Münster  
im Dezember 2016

## **Gliederung**

- I. Anlass und Gang der Untersuchung**
- II. „Abstammungskette“ des Kompetenztitels in Art. 74 I Nr. 27 GG**
- III. „Ausschließliche Landeskompetenz“ für den Erlass von § 19 VI LBG nach Art. 74 I Nr. 27 GG („mit Ausnahme der Laufbahnen“)?**
  - 1. Interpretation
  - 2. Qualifikation
- IV. Konkurrierende Bundeskompetenz für den Erlass einer mit § 19 VI LBG inhaltsgleichen Norm nach Art. 74 I Nr. 27 GG („Statusrechte und -pflichten“)?**
  - 1. Interpretation
    - a) Wortlaut
    - b) Systematik
    - c) Entstehungsgeschichte
  - 2. Qualifikation
- V. Sperrwirkung gegenüber dem Landesgesetzgeber: Erlass von § 9 BeamtStG als „Gebrauchmachen“ im Sinne von Art. 72 I GG?**
- VI. Zusammenfassung der Ergebnisse**

### **Literaturverzeichnis**

## I. Anlass und Gang der Untersuchung

Als am 1. Juli 2016 das „Dienstrechtsmodernisierungsgesetz“ in Kraft trat, hat der heutige § 19 VI LBG Eingang ins Landesbeamtengesetz NRW gefunden.<sup>1</sup> Der Dienstherr muss Frauen bei Beförderungsentscheidungen gegenüber Männern bevorzugen, wenn Eignung, Befähigung und fachliche Leistung im Wesentlichen übereinstimmen. Ob sie übereinstimmen, richtet sich in der Regel ausschließlich nach dem Gesamturteil der aktuellen dienstlichen Beurteilungen. Die Norm kommt zur Anwendung, wenn der Frauenanteil bezogen auf eine bestimmte Gruppe von Beamten hinter einer vorgegebenen Quote zurückbleibt.

Die Verwaltungsgerichte Düsseldorf und Arnsberg gelangen in zwei Eilentscheidungen, die im September 2016 in Konkurrentenstreitigkeiten ergangen sind, zum Ergebnis, dass der Erlass jedenfalls von § 19 VI 3 LBG von der Gesetzgebungskompetenz des Landes nicht gedeckt sei.<sup>2</sup> Einschränkungen des Grundsatzes der Bestenauslese in Art. 33 II GG unterfielen nach Art. 74 I Nr. 27 GG der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Davon habe er durch Erlass von § 9 BeamtStG abschließend Gebrauch gemacht. Wenigstens § 19 VI 3 LBG enthalte trotzdem Einschränkungen des Grundsatzes der Bestenauslese und hätte vom Land Nordrhein-Westfalen nicht erlassen werden dürfen.

Die Untersuchung soll klären, ob das Land § 19 VI LBG kompetenzgemäß erlassen hat. Nach einigen Worten zur „Abstammungskette“<sup>3</sup> von Art. 74 I Nr. 27 GG, also zu Vorgängernormen und zu den Gründen für deren Änderung (**II.**), wird die Untersuchung entscheiden, ob sich der Erlass von § 19 VI LBG auf die „ausschließliche Landeskompetenz“ nach Art. 74 I Nr. 27 GG („mit Ausnahme der Laufbahnen“) stützt (**III.**) oder ob gemäß Art. 74 I Nr. 27 GG („Statusrechte und -pflichten“) dem Bund die konkurrierende Kompetenz für den Erlass einer Norm mit dem Inhalt von § 19 VI LBG zusteht (**IV.**). Falls die konkurrierende Kompetenz beim Bund liegt, richtet sich die Kompetenzgemäßheit von § 19 VI LBG danach, ob § 9 BeamtStG ihm gegenüber Sperrwirkung entfaltet (**V.**). Am Ende steht die Zusammenfassung der Ergebnisse (**VI.**).

---

<sup>1</sup> Dienstrechtsmodernisierungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Dienstrechtsmodernisierungsgesetz – DRModG NRW) vom 14.9.2016 (GVBl. NRW S. 309).

<sup>2</sup> VG Düsseldorf, Beschluss vom 5.9.2016, 2 L 2866/16, juris; VG Arnsberg, Beschluss vom 14.9.2016, 2 L 1159/16, juris. — Im Eilverfahren (hier nach § 123 I VwGO) sind die Gerichte, auch wenn sie in entscheidungserheblicher Weise von der Grundgesetzwidrigkeit eines formellen und nachkonstitutionellen Gesetzes überzeugt sind, grundsätzlich (und so auch hier) *nicht* nach Art. 100 I GG verpflichtet, einen Aussetzungs- und Vorlagebeschluss zu fassen und dadurch die konkrete Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht herbeizuführen. Dazu *Wernsmann*, Normenkontrolle, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz, § 16 Rn. 62.

<sup>3</sup> Begriff bei *Wittreck*, in: Dreier, GGK II, Vorb. zu Art. 70-74 Rn. 51.

Die Untersuchung fragt nicht, ob § 19 VI LBG materiell verfassungsmäßig und mit Unions- und Völkerrecht vereinbar ist.

## II. „Abstammungskette“ des Kompetenztitels in Art. 74 I Nr. 27 GG

Im Oktober 2003 setzten Bundestag und Bundesrat eine „Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung“ ein, die vom damaligen Ministerpräsidenten Bayerns, *Edmund Stoiber*, und dem damaligen Vorsitzenden der SPD-Bundestagsfraktion, *Franz Müntefering*, geleitet wurde.<sup>4</sup> Im Dezember 2004 stellte die Föderalismuskommission ihre Arbeit ein, ohne dass sie sich auf ein Reformkonzept verständigt hatte. Trotzdem einigten sich CDU/CSU und SPD in ihrem Koalitionsvertrag von 2005 auf Grundlage der Beratungen der Kommission auf ein Reformvorhaben. Im Jahr 2006 trat das Föderalismusreformgesetz in Kraft.<sup>5</sup> Es bezweckte vor allem die Entflechtung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern. Entsprechend hat es für tiefgreifende Änderungen in den Art. 70 ff. GG gesorgt.<sup>6</sup> Ein Produkt ist Art. 74 I Nr. 27 GG. Demnach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf „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“.

Die heutige Verteilung der Gesetzgebungskompetenz im Beamtenrecht ist vorläufiger Endpunkt mehrfachen Hin- und Herschiebens von Kompetenztiteln zwischen Bund und Ländern und mehrfacher Abwandlung von Kompetenztypen. Jeder Neuordnung ging ein Anschauungswandel in der Frage voraus, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber den Besoldungswettbewerb zwischen Bund und Ländern und unter den Ländern fördern oder behindern soll. In der Erstfassung des Grundgesetzes stand dem Bund für die „Rechtsverhältnisse“ seiner Bediensteten nach Art. 73 Nr. 8 GG<sup>7</sup> die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zu, für die „Rechtsverhältnisse“ des Landesbediensteten nach Art. 75 Nr. 1 GG<sup>8</sup> die Rahmenkompetenz. Entsprechend erließ der Bund 1953

---

<sup>4</sup> Einsetzung einer gemeinsamen Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, BT-Drucks. 15/1685.

<sup>5</sup> 52. ÄndG vom 28.8.2006 (BGBl. I S. 2034). Zielbestimmungen finden sich im Allgemeinen Teil der Begründung zum Entwurf des 52. ÄndG, BT-Drucks. 16/813, S. 7 ff.

<sup>6</sup> Näher *Oeter*, Föderalismusreform, der von einem „Geschehen auf einem Rangierbahnhof“ (S. 160) und von „grosso modo sinnvolle[r] Flurbereinigung“ (S. 187) spricht.

<sup>7</sup> Wortlautidentisch mit dem heutigen Art. 73 I Nr. 8 GG: „Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über: [...] 8. die Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen; [...]“.

<sup>8</sup> „Der Bund hat das Recht, unter den Voraussetzungen des Artikels 72 Rahmenvorschriften zu erlassen über: 1. die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen; [...]“.

das Bundesbeamtengesetz<sup>9</sup> und 1957 das Beamtenrechtsrahmengesetz<sup>10</sup>; in den Ländern ergingen Landesbeamtengesetze.

Im Jahr 1969 kam Art. 75 II GG<sup>11</sup> hinzu, der es dem Bund erlaubte, in Ausübung seiner Rahmenkompetenz einheitliche Maßstäbe für die Besoldung und Versorgung von Landesbeamten zu erlassen.<sup>12</sup> Diese Gesetze bedurften der Zustimmung des Bundesrates, ebenso Gesetze im Sinne von Art. 73 Nr. 8 GG, die die Besoldung und Versorgung der Bundesbediensteten abweichend von den einheitlichen Maßstäben des Beamtenrechtsrahmengesetzes regelten.

Bereits im Jahr 1971 hob der verfassungsändernde Gesetzgeber Art. 75 II GG auf.<sup>13</sup> An seine Stelle trat Art. 74a I GG<sup>14</sup>, der dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Besoldung der Landesbediensteten einräumte. Die Wahrnehmung dieser Kompetenz war nach Art. 74a II GG<sup>15</sup> an die Zustimmung des Bundesrates gebunden. Dasselbe galt gemäß Art. 74a III GG<sup>16</sup> nach wie vor für den Erlass von Gesetzen im Sinne von Art. 73 Nr. 8 GG, die von den einheitlichen Maßstäben abwichen, die das Rahmengesetz vorsah.

Die Grundgesetzänderungen von 1969 und 1971 bildeten ab, dass das Leitbild des separativen Föderalismus aus den Anfangsjahren der Bundesrepublik vom Leitbild erst des „unitarischen Bundesstaates“<sup>17</sup>, dann des kooperativen Föderalismus abgelöst worden war.<sup>18</sup> Im Konflikt zwischen Einheit und Vielfalt, der im Bundesstaat angelegt ist, wurde die Einheit stärker gewichtet.<sup>19</sup> In den

---

<sup>9</sup> Bundesbeamtengesetz vom 14.7.1953 (BGBl. I S. 551).

<sup>10</sup> Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz – BRRG) vom 1.7.1957 (BGBl. I S. 667).

<sup>11</sup> „<sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Der Zustimmung des Bundesrates bedürfen auch Gesetze nach Art. 73 Nr. 8 GG, die von den nach Satz 1 getroffenen Regelungen abweichen.“

<sup>12</sup> 22. ÄndG vom 12.5.1969 (BGBl. I S. 263).

<sup>13</sup> 28. ÄndG vom 18.3.1971 (BGBl. I S. 206).

<sup>14</sup> „Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich ferner auf die Besoldung und Versorgung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, soweit dem Bund nicht nach Art. 73 Nr. 8 die ausschließliche Gesetzgebung zusteht.“

<sup>15</sup> „Bundesgesetze nach Absatz 1 bedürfen der Zustimmung des Bundesrates.“

<sup>16</sup> „Der Zustimmung des Bundesrates bedürfen ferner auch Bundesgesetze nach Artikel 73 Nr. 8, soweit sie andere Maßstäbe für den Aufbau oder die Bemessung der Besoldung und Versorgung einschließlich der Bewertung der Ämter oder andere Mindest- oder Höchstbeträge vorsehen als Bundesgesetze nach Absatz 1.“

<sup>17</sup> Prägend: *Hesse*, Bundesstaat.

<sup>18</sup> Überblick über Bundesstaatsmodelle (separativ, unitarisch, kooperativ, kompetitiv, gemischt) bei *Bauer*, in: *Dreier*, GGK II, Art. 20 (Bundesstaat), Rn. 27 ff.

<sup>19</sup> Die Spannung, die dem Bundesstaat innewohnt, bringen die Leitsprüche der USA und der EU treffend zum Ausdruck: „e pluribus unum“ bzw. „in varietate concordia“.

1950er und 1960er Jahren hatte sich das Besoldungsgefüge zwischen Bund und Ländern und vor allem unter den Ländern auseinanderentwickelt. Die Zeitgenossen sahen darin einen schädlichen „Besoldungswettlauf“, der ihrem Ziel widersprach, gleichwertige Lebensverhältnisse im Bundesgebiet herzustellen.<sup>20</sup>

In den 1990er Jahren gewann das Modell des kompetitiven Föderalismus an Zuspruch, also das Anliegen, das Wettbewerbspotential zu heben, das dem Bundesstaat innewohnt. Nun ging Vielfalt vor Einheit. Die Besoldungskonkurrenz verlor ihren Schrecken. Durch das Föderalismusreformgesetz hat der verfassungsändernde Gesetzgeber Art. 74a GG und Art. 75 GG aufgehoben und stattdessen in Art. 74 I Nr. 27 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die „Statusrechte und -pflichten“ der Landesbeamten „mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“ statuiert. Darauf gestützte Gesetze sind nach Art. 74 II GG zustimmungspflichtig. Die Wörter „Statusrechte und -pflichten“ und „Laufbahnen“ hat er erstmals ins Grundgesetz eingeführt. Besoldung und Versorgung der Landesbeamten sind in die Gesetzgebungskompetenz der Länder zurückgekehrt. Der Bund hat das Beamtenrechtsrahmengesetz weitgehend durch das Beamtenstatusgesetz<sup>21</sup> ersetzt.

### **III. „Ausschließliche Landeskompetenz“ für den Erlass von § 19 VI LBG nach Art. 74 I Nr. 27 GG („mit Ausnahme der Laufbahnen“)?**

Die nächsten Überlegungen gelten der Frage, ob das Land § 19 VI LBG deshalb kompetenzgemäß erlassen hat, weil ihm aufgrund der Ausnahme in Art. 74 I Nr. 27 GG die Gesetzgebungskompetenz für die „Laufbahnen“ zusteht und die Norm eine Frage der „Laufbahnen“ regelt. Im ersten Schritt wird die Untersuchung die Kompetenzausnahme interpretieren (1.). Art. 70 I GG statuiert die Gesetzgebungskompetenz der Länder unter dem Vorbehalt der Zuweisung zum Bund. Aus diesem „Verteilungskonzept“<sup>22</sup> folgt allerdings nicht, dass der Interpret die Kompetenzen des Landes als Regelfall weit und die Kompetenzen des Bundes als Ausnahmevorschriften eng auslegen müsste.<sup>23</sup> Dieser Lehrsatz ist eine ungerechtfertigte Vorfestlegung für den Vorgang der Auslegung. Die Diagnose eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses beruht ihrerseits auf der Auslegung der fraglichen Bestimmungen, allerdings anhand

---

<sup>20</sup> Zum „Besoldungswettlauf“, beginnend in der Weimarer Republik, näher: *Umbach*, in: ders./Clemens, GGK II, Art. 74a Rn. 10 ff. (Begriff in Rn. 17).

<sup>21</sup> Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtStG) vom 17.6.2008 (BGBl. I S. 1010).

<sup>22</sup> *Wittreck*, in: Dreier, GGK II, Vorb. zu Art. 70-74 Rn. 35.

<sup>23</sup> Zur allgemeinen Frage der „engen Auslegung“ von Bundeskompetenztiteln stellvertretend: *Rengeling*, Gesetzgebungszuständigkeit, § 135 Rn. 33 ff. Speziell für Art. 74 I Nr. 27 GG wie hier: *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturreformen, S. 1170.

lediglich eines, intuitiv für maßgeblich gehaltenen Auslegungskriteriums unter vielen, im Fall der Kompetenzen anhand der Regelungstechnik.<sup>24</sup>

Im zweiten Schritt wird die Untersuchung § 19 VI LBG qualifizieren, also die Bestimmung interpretieren und unter die Kompetenzausnahme subsumieren (2.). Gegenstand der Qualifikation ist stets eine einzelne Norm, niemals ein ganzes Gesetzbuch. Andernfalls könnten Bund und Land ihre Kompetenzen eigenmächtig ausdehnen, indem sie Normen, für deren isolierten Erlass sie unzuständig wären, in ein kompetenzgemäß erlassenes Gesetz aufnehmen, ohne dadurch sein Gepräge zu verändern. Zum Beispiel wird eine Norm mit bauplanungsrechtlichem Inhalt, die das Land erlässt, obwohl die Kompetenz für das „Bodenrecht“ nach Art. 74 I Nr. 18 GG beim Bund liegt, nicht dadurch verfassungsmäßig, dass das Land sie in seine Bauordnung einfügt. Der Erlass jeder einzelnen Norm ist „Gesetzgebung“ im Sinne von Art. 70 ff. GG.

### **1. Interpretation**

Art. 74 I Nr. 27 GG statuiert die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für „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.“ Die Norm ist ein Beispiel für eine der Erstfassung des Grundgesetzes unbekannte Regelungstechnik, die 1994 eingeführt worden ist und seit der Föderalismusreform häufig begegnet. Der verfassungsändernde Gesetzgeber nimmt von einem Gegenstand der Bundeskompetenz einzelne Teile ausdrücklich aus. Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber denselben (Teil-)Gegenstand nicht an anderer Stelle dem Bund zuweist, steht die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 I GG den Ländern zu.<sup>25</sup> Da Fälle allenfalls selten sein dürften, in denen der zunächst ausgenommene (Teil-)Gegenstand an anderer Stelle dem Bund zugewiesen wird, kommen die Kompetenzausnahmen einer ausdrücklichen und ausschließlichen Landeskompetenz gleich.<sup>26</sup> Die Ausnahme hat meistens die Gestalt eines Klammerzusatzes, wird durch „ohne“ oder durch „mit Ausnahme“ eingeleitet. In Art. 74 I Nr. 27 GG hat der verfassungsändernde Gesetzgeber eine solche ausschließliche Landeskompetenz vorgesehen: für Laufbahnen, Besoldung und Versorgung.

Die Ausnahmen erlauben Schlüsse auf den Gegenstand, der zur Bundeskompetenz gehört: Die Redeweise von „Rechten“ und „Pflichten“ legt nahe, dass der

---

<sup>24</sup> Zum Vorstehenden: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 174 ff.; *Müller/Christensen*, Methodik, Rn. 370; *Rosenkranz*, Auslegung, S. 783 (784 ff.).

<sup>25</sup> *Uhle*, Kompetenzzuweisung, S. 18 ff. mit dem zutreffenden Hinweis, dass streng genommen Art. 70 I GG die Landeskompetenz begründet (S. 20 f. in Fn. 24).

<sup>26</sup> So *Wittreck*, GGK II, Vorb. zu Art. 70-74 Rn. 40 mit einer (wohl) abschließenden Auflistung der ausschließlichen Landeskompetenzen.

Bund ausschließlich subjektive Rechte regeln darf. Dagegen setzt die Ausnahme von „Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“ voraus, dass „Statusrechte und -pflichten“ auch objektives Recht umfassen. Umgekehrt lässt der Gegenstand auf die Ausnahmen schließen: „Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“ sind begrifflich Unterfälle der „Statusrechte und -pflichten“. Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber von Laufbahnen, Besoldung und Versorgung spricht, meint er damit die sie betreffenden Normen. Der Wortlaut von Art. 74 I Nr. 27 GG ist voller Widersprüche.<sup>27</sup> Der Ausweg besteht darin, Art. 74 I Nr. 27 GG so zu lesen, als lautete er: „das *Statusrecht* der Beamten [...] mit Ausnahme *des Rechts* der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung.“<sup>28</sup>

Das Grundgesetz kennt faktisch-deskriptive und normativ-rezeptive Kompetenzzuweisungen.<sup>29</sup> Im ersten Fall macht es einen Ausschnitt der Wirklichkeit zum Gegenstand eines Kompetenztitels, etwa den „Luftverkehr“ in Art. 73 I Nr. 6 GG und das „Jagdwesen“ in Art. 74 I Nr. 28 GG, im zweiten Fall einen vorgefundenen Normenkomplex, ein (Teil-)Rechtsgebiet wie das „Urheberrecht“ in Art. 73 I Nr. 9 GG und das „Recht der Spielhallen“ in Art. 74 I Nr. 11 GG. Da Art. 74 I Nr. 27 GG das *Recht* der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung meint, zählt er zu den normativ-rezeptiven Kompetenzzuweisungen.<sup>30</sup>

Der Gegenstand der Kompetenzzuweisung, also der Normenkomplex, umfasst wiederum sämtliche Gegenstände, die dem Normenkomplex zugerechnet wurden, als der verfassungsändernde Gesetzgeber den Kompetenztitel schuf. Wegen des Vorrangs der Verfassung (Art. 20 III GG) ist dem Interpreten der Schluss von Gesetzesrecht auf Verfassungsrecht grundsätzlich verwehrt.<sup>31</sup> Bei normativ-rezeptiver Kompetenzzuweisung allerdings ist es der verfassungsändernde Gesetzgeber selbst, der sich bewusst auf den Zuschnitt eines Rechtsgebiets bezieht.<sup>32</sup> Aus demselben Grund sind Fälle denkbar, in denen der verfassungsändernde Gesetzgeber in den Art. 70 ff. GG ein neues Rechtsgebiet defi-

---

<sup>27</sup> Zum Vorstehenden: *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 3 f.; *Battis/Grigoleit*, Statusgesetzgebung, S. 2; *Höfling/Engels*, in: Friauf/Höfling, GGK IV, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 (2008), Rn. 11; *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturereformen, S. 1170.

<sup>28</sup> In Richtung einer solchen „Übersetzung“ des Wortlauts: *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 4.

<sup>29</sup> Aus der Rechtsprechung: BVerfGE 109, 190 – *Nachträgliche Sicherungsverwahrung* [2004]; E 134, 33 – *Therapieunterbringungsgesetz* [2013]; BVerfGE 138, 261 – *Thüringer Ladenöffnungsgesetz* [2015]. — Aus dem Schrifttum: *Uhle*, Kompetenzzuweisung, S. 13 ff.

<sup>30</sup> Im Ergebnis ebenso: *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 5; *Höfling/Engels*, in: Friauf/Höfling, GGK IV, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 Rn. 15; *Rengeling*, Gesetzgebungszuständigkeit, § 135 Rn. 303.

<sup>31</sup> Grundlegend zum Problem: *Leisner*, Verfassungsmäßigkeit.

<sup>32</sup> *Uhle*, Kompetenzzuweisung, S. 43 ff. — Bekanntes Beispiel: Wenn der Verfassung(s)geber in Art. 74 I Nr. 18 GG von „Bodenrecht“ spricht, übernimmt er die hergebrachte Unterscheidung von Baupolizeirecht (Bauordnungsrecht) und Bauplanungsrecht.



niert, statt sich auf den Zuschnitt eines vorgefundenen Normenkomplexes zu beziehen. Der Schluss von Gesetzesrecht auf Verfassungsrecht ist fehlerhaft, wenn ihn der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht selbst gezogen hat.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber gebraucht, indem er von „Laufbahnen“ spricht, eine im Verfassungstext neue, aber im Gesetzesrecht, in der Rechtsprechung und in der Wissenschaft gängige Bezeichnung für einen Ausschnitt des Beamtenrechts. Dass der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 74 I Nr. 27 GG einen abweichenden Laufbahnbegriff einführt, geht weder aus dem Text des Grundgesetzes noch aus der Entstehungsgeschichte der Norm hervor. Daher weist der verfassungsändernde Gesetzgeber den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für das Laufbahnrecht mit dem Zuschnitt des Jahres 2006 zu.

Das Laufbahnrecht ist gleichbedeutend mit der Ämterordnung.<sup>33</sup> Was dazugehört, richtet sich nach §§ 15-25 BBG, §§ 11-16 BRRG und den Laufbahnverordnungen von Bund und Ländern, jeweils auf dem Stand von 2006. Zum Laufbahnrecht zählen unter anderem Konkretisierungen des Grundsatzes der Bestenauslese in Art. 33 II GG.<sup>34</sup> Danach wählt der Dienstherr den Bewerber aus, der das Anforderungsprofil des zu besetzenden Amtes nach Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung am besten erfüllt. Das Laufbahnrecht konkretisiert diesen Grundsatz, indem es etwa Eingangsvoraussetzungen formuliert, vor allem für bestimmte Laufbahnen gewisse Bildungsabschlüsse fordert, und Vorgaben für dienstliche Beurteilungen macht, nach denen sich Beförderungsentscheidungen richten müssen. In diesem Sinne gehören Normen über den Zugang zur Laufbahn zum Laufbahnrecht.<sup>35</sup> Nicht Teil des Laufbahnrechts sind dagegen Normen, die den Grundsatz der Bestenauslese einschränken.

Wenn der Gesetzgeber eine Norm *konkretisiert*, entscheidet er sich für eine von mehreren Gestaltungsmöglichkeiten, die die Norm offenlässt; wenn er eine Norm *einschränkt*, erlässt er eine ihr widersprechende, aber möglicherweise gerechtfertigte Norm. Hilfskriterien wie Geschlecht und Schwerbehinderung konkretisieren den Grundsatz der Bestenauslese nicht, weil ein Hilfskriterium über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung nichts aussagt, schränken ihn aus demselben Grund aber auch nicht ein, sondern *ergänzen* ihn, weil der Dienstherr Hilfskriterien (erst) anwenden darf, nachdem er die qualifikationsbezogenen Kriterien ausgeschöpft hat.

---

<sup>33</sup> Versuche der näheren Definition zum Beispiel bei *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 5; *Höfling/Engels*, in: Friauf/Höfling, GGK IV, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 (2008), Rn. 15.

<sup>34</sup> Missverständlich ist das Wort „Leistungsprinzip“, das häufig synonym für „Grundsatz der Bestenauslese“ verwendet wird, weil Art. 33 II GG einen der drei Bestandteile des Grundsatzes der Bestenauslese als „fachliche Leistung“ bezeichnet.

<sup>35</sup> Entwurf des 52. ÄndG, BT-Drucks. 16/813, S. 14.

## 2. Qualifikation

§ 19 VI LBG gehört zum Laufbahnrecht, wenn er den Grundsatz der Bestenauslese konkretisiert oder um Hilfskriterien ergänzt, aber nicht wenn er ihn einschränkt.<sup>36</sup> Dass der Gesetzgeber in § 19 VI 1 LBG auf § 9 BeamtStG verweist, der den Grundsatz der Bestenauslese enthält, spricht für ein Verständnis der folgenden Sätze der Bestimmung, wonach sie den Grundsatz der Bestenauslese nicht einschränken, sondern konkretisieren oder ergänzen.

Nach § 19 VI 2 LBG muss der Dienstherr Bewerberinnen bevorzugen, wenn ihre Eignung, Befähigung und fachliche Leistung mit der männlicher Konkurrenten „im Wesentlichen“ übereinstimmen. Er muss mit anderen Worten das Geschlechtskriterium anwenden, auch wenn die Bewerberin geringfügig schlechter qualifiziert ist. Dafür spricht der Wortlaut: „Im Wesentlichen“ heißt „nicht vollständig“. Zwingend ist das semantische Argument nicht, weil „im Wesentlichen“ alltagssprachlich, mag diese Wortwahl auch ungenau sein, ebenfalls verwendet wird, um die Existenz von Wertungsspielräumen anzudeuten. Der Gesetzgeber wollte dem Dienstherrn möglicherweise einen Beurteilungsspielraum einräumen, also die Letztentscheidungsbefugnis gegenüber dem Gericht, die lediglich unter dem Vorbehalt von Beurteilungsfehlern steht.

Restzweifel beseitigt die Begründung des Entwurfs des Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes, als dessen Artikel 1 das Landesbeamtengesetz erlassen wurde. Sie macht sich Überlegungen eines Rechtsgutachtens zu eigen, das die Landesregierung erstellen ließ.<sup>37</sup> Die qualifikationsbezogenen Kriterien seien so fein ausdifferenziert, dass allenfalls in der Theorie zwei Bewerber verbleiben, deren Qualifikationen „gleich“ sind, nachdem der Dienstherr sämtliche qualifikationsbezogenen Kriterien ausgeschöpft hat. Frauenförderregeln liefen ins Leere, wenn sie das Geschlecht lediglich zum Hilfskriterium machen. Aus der Begründung geht demnach hervor, dass der Gesetzgeber § 19 VI 2 LBG als Einschränkung des Grundsatzes der Bestenauslese verstanden wissen will, nicht als Konkretisierung oder Ergänzung. Seine Wortwahl („im Wesentlichen“) begründet der Gesetzgeber damit, dass sie in der Rechtsprechung zu Beförderungsentscheidungen verbreitet sei.<sup>38</sup> Satz 2 von § 19 VI LBG ist daher

---

<sup>36</sup> Diese Unterscheidung ist zentral auch in VG Düsseldorf, Beschluss vom 5.9.2016, 2 L 2866/16, juris; VG Arnsberg, Beschluss vom 14.9.2016, 2 L 1159/16, juris.

<sup>37</sup> BT-Drucks. 16/10380, S. 344 ff. unter Bezugnahme auf *Papier*, Rechtsgutachten, S. 39 ff.

<sup>38</sup> Zutreffend: BT-Drucks. 16/10380, S. 345. Zum Beispiel: VGH Bayern, Beschluss vom 27.10.2016, 3 CE 16.1457, juris, Rn. 57; OVG NRW, Beschluss vom 26.8.2010, 6 B 540/10, juris, Rn. 3, 17; OVG NRW, Beschluss vom 27.11.2007, 6 B 1493/07, juris, Rn. 6.

nicht Teil des Laufbahnrechts und nicht von der ausschließlichen Landeskompetenz in Art. 74 I Nr. 27 GG gedeckt.<sup>39</sup>

Das gilt erst recht für § 19 VI 3-7 LBG. Nach Satz 3 ist „in der Regel“ davon „auszugehen“, dass Eignung, Befähigung und fachliche Leistung „im Wesentlichen“ übereinstimmen, „wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung [...] ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist.“ Der Gesetzgeber hat eine unwiderlegliche Vermutung aufgestellt, dass Frauen dem Anforderungsprofil besser entsprechen, wenn das Gesamturteil in den aktuellen Beurteilungen gleichwertig ist. Der Dienstherr muss das Geschlechtskriterium in der Regel anwenden, noch bevor er weitere Kriterien heranzieht, die über Qualifikationen Auskunft geben, etwa Einzelmerkmale in den aktuellen Beurteilungen oder Vorbeurteilungen. Die Sätze 4 bis 7 machen die Anwendung von Satz 3 davon abhängig, dass der Frauenanteil bezogen auf eine bestimmte Gruppe von Beamten hinter einer vorgegebenen Quote zurückbleibt. Indem die Sätze 3 bis 7 von § 19 VI LBG das Geschlecht nicht zum Hilfskriterium machen, sondern in Konkurrenz zum Grundsatz der Bestenauslese treten lassen, schränken sie ihn ein.<sup>40</sup> Darum gehören auch die Sätze 3 bis 7 von § 19 VI LBG nicht zum Laufbahnrecht und sind nicht von der ausschließlichen Landeskompetenz gedeckt.

#### **IV. Konkurrierende Bundeskompetenz für den Erlass einer mit § 19 VI LBG inhaltsgleichen Norm nach Art. 74 I Nr. 27 GG („Statusrechte und -pflichten“)?**

Indem der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 74 I Nr. 27 GG den Ausdruck „Statusrechten und -pflichten“ ins Grundgesetz einführt, weicht er vom Wort „Rechtsverhältnis“ ab, das er in Vorgängernormen verwendete und das nach wie vor in Art. 73 I Nr. 8 GG begegnet. „Rechtsverhältnis“ meint(e) dort das gesamte Beamtenrecht oder das gesamte Dienstrecht. Mit „Statusrechte und -pflichten“ verweist der verfassungsändernde Gesetzgeber, anders als wenn er von Laufbahnen, Besoldung und Versorgung spricht, auf keinen vorgefundenen Normenkomplex, sondern kreiert ein neues (Teil-)Rechtsgebiet, das Statusrecht.

---

<sup>39</sup> Insoweit *Papier*, Rechtsgutachten, S. 5 den früheren § 20 VI LBG, die Vorgängernorm von § 19 VI LBG, dem Laufbahnrecht zuordnet, geschieht dies mit Recht, denn § 20 VI LBG machte das Geschlecht lediglich zum Hilfskriterium, indem er von „gleicher“ und nicht von „im Wesentlichen gleicher“ Qualifikation sprach.

<sup>40</sup> „Jedenfalls“ für § 19 VI 3 LBG ebenso: VG Düsseldorf, Beschluss vom 5.9.2016, 2 L 2866/16, juris, Rn. 24 ff., das erstens in § 19 VI 3 LBG ebenfalls eine Verkürzung der Leistungsbeurteilung sieht und es zweitens ebenfalls auf den Unterschied von Hilfskriterium und Einschränkung ankommen lässt; zustimmend VG Arnsberg, Beschluss vom 14.9.2016, 2 L 1159/16, juris, Rn. 27 ff.

Zwei Lesarten sind denkbar:<sup>41</sup> *Entweder* umfasst das Statusrecht trotz des Wechsels im Ausdruck das gesamte Rechtsverhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn. Die Gesetzgebungskompetenz für das Landesbeamtenrecht würde sich auf drei Kategorien verteilen. Für das Statusrecht wäre nach Art. 74 I Nr. 27 GG der Bund, für das Recht der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung und für das vom Bund unregelt gelassene Statusrecht wären nach Art. 70 I GG die Länder zuständig.<sup>42</sup> *Oder* das Statusrecht umfasst lediglich einen gegebenenfalls näher zu bestimmenden Ausschnitt des Rechtsverhältnisses. Dann käme eine vierte Kategorie hinzu, nämlich nach Art. 70 I GG die Landeskompetenz für die Teile des Landesbeamtenrechts, die weder zum Statusrecht noch zum Recht der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung gehören. Die Untersuchung wird erneut in zwei Schritten verfahren und zuerst den Kompetenztitel des Bundes für die „Statusrechte und -pflichten“ der Landesbeamten interpretieren (1.), bevor sie § 19 VI LBG qualifiziert (2.)

## 1. Interpretation

Um den Inhalt des Kompetenztitels des Bundes in Art. 74 I Nr. 27 GG zu ermitteln wird die Untersuchung nacheinander Wortlaut (a), Systematik (b) und Entstehungsgeschichte (c) des Kompetenztitels heranziehen.

### a) Wortlaut

„Status“ meint im Lateinischen wörtlich das Stehen, den Stand und im übertragenen Sinne, in dem das Wort auch Eingang ins Deutsche gefunden hat, allgemein einen Zustand und besonders die (gesellschaftliche) Stellung einer Person.<sup>43</sup> In der Rechts(wissenschafts)sprache ist das Wort ebenfalls bekannt.<sup>44</sup> *Erstens* erinnert es an *Georg Jellineks* Statuslehre.<sup>45</sup> Darin systematisiert er verschiedene Funktionen der Grundrechte: Eingriffsabwehr (status negativus), Schutzgewähr (status positivus) und Mitgestaltung (status activus). „Status“ bezeichnet die Rolle, in der der Bürger dem Staat gegenübertritt, nämlich als jemand, der sich vom Staat abgrenzt, ihn beansprucht oder an ihm teilhat.

---

<sup>41</sup> Ähnliche Überlegung bei *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 4 f.; *Höfling/Engels*, in: *Friauf/Höfling*, GGK IV, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 (2008), Rn. 10; *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturreformen, S. 1170.

<sup>42</sup> Eine zusätzliche Kategorie erkennt, wer dem Bund im Einklang mit BVerfGE 111, 10 – *Ladenschluss* [2004], aber in der Sache wenig überzeugend das Recht zuspricht, nach Art. 125a ff. GG fortgeltendes Bundesrecht zu ändern, soweit es erforderlich ist, um dessen „Versteinerung“ zu verhindern.

<sup>43</sup> Diese und weitere Bedeutungen im Online-Duden unter [www.duden.de/rechtschreibung/Status](http://www.duden.de/rechtschreibung/Status) (Abruf am 11.12.2016).

<sup>44</sup> Ähnliche Assoziationen wie hier bei *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 4; *Battis/Grigoleit*, Statusgesetzgebung, S. 1 f.

<sup>45</sup> Grundlegung der Statuslehre bei *Jellinek*, System.

*Zweitens* wird der Begriff „Sonderstatusverhältnis“ als Synonym für das besondere Gewaltverhältnis oder Sonderrechtsverhältnis verwendet. Bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein herrschte die Auffassung, dass sich das Staat-Bürger-Verhältnis, also das allgemeine Gewaltverhältnis in ein besonderes Gewaltverhältnis wandle, wenn der Bürger ins Verwaltungsinere eintritt. Grundrechte, Gesetzesvorbehalt und Rechtsschutzgarantie sollten dort keine Geltung haben. Anwendungsfälle waren das Schul-, Strafvollzugs-, Beamten- und Wehrdienstverhältnis. Heute hat „Sonderstatusverhältnis“ seine Berechtigung lediglich als Sammelbegriff ohne eigenen rechtlichen Gehalt.<sup>46</sup>

*Drittens* begegnet das Wort „Status“ als Teil eines der drei Amtsbegriffe.<sup>47</sup> Das statusrechtliche Amt meint die Rechtsstellung des Beamten nach Amtsbezeichnung, Besoldungs- und Laufbahngruppe. Das abstrakt-funktionelle Amt umschreibt die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Behörde. Das konkret-funktionelle Amt meint den Aufgabenbereich des Beamten, wie er sich aus dem Organisations- und Geschäftsverteilungsplan ergibt. Die Kategorien sind eingeführt worden, um innerorganisatorische Maßnahmen des Dienstherrn dogmatisch einzuordnen, nämlich vor allem Beförderung, Herabsetzung, Versetzung, Abordnung und Umsetzung.<sup>48</sup> Von der Einordnung hängen die Rechtsnatur der Maßnahme und damit die Rechtsschutzform ab. Ausschließlich die relativ gravierendsten Maßnahmen betreffen das statusrechtliche Amt und sind deshalb als Verwaltungsakte nach § 42 I Var. 1 VwGO anfechtbar.<sup>49</sup>

In den ersten beiden Fällen lässt sich „Status“ zwanglos mit „Rechtsstellung“ oder „Rechtsverhältnis“ übersetzen. Beschränkungen auf einen Ausschnitt eines Rechtsverhältnisses entstehen erst, wenn das Wort zum Teil einer Fügung wird („Sonderstatusverhältnis“, „status *positivus*“ usw.). Aus der Redeweise vom statusrechtlichen Amt lassen sich widersprüchliche Schlüsse ziehen: *Entweder* meint das Wort den Kern des Beamtenverhältnisses, weil die Amtsbegriffe für drei verschiedene Ausschnitte des Rechtsverhältnisses stehen und der Begriff des statusrechtlichen Amtes für den bedeutendsten Ausschnitt reserviert ist. *Oder* das Wort meint das gesamte Beamtenverhältnis, weil die beiden anderen Amtsbegriffe Ausprägungen des Rechtsverhältnisses bezeichnen, doch ausschließlich die relativ gravierendsten Maßnahmen es im Ganzen „erschüt-

---

<sup>46</sup> Den Anfang vom Ende des besonderen Gewaltverhältnisses markiert BVerfGE 33, 1 – *Brief des Strafgefangenen* [1972].

<sup>47</sup> *Battis*, Recht des Öffentlichen Dienstes, § 87 Rn. 57 ff.

<sup>48</sup> *Lecheler*, Der öffentliche Dienst, § 100 Rn. 87.

<sup>49</sup> Die Argumentation ist freilich zirkulär: Weil die Maßnahme dieses oder jenes Gewicht hat, betrifft sie das Amt in diesem oder jenem Sinne – und umgekehrt.

tern“. Der Wortlaut gibt keine verlässliche Auskunft, was das Statusrecht umfasst, und wird für verschiedene Auslegungsergebnisse beansprucht.<sup>50</sup>

## b) Systematik

Die Kompetenz für das Statusrecht zählt nicht zu den Kompetenzen, von denen der Bund gemäß Art. 72 II GG lediglich Gebrauch machen darf, „wenn und soweit [...] eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich“ ist. Daraus lassen sich widersprüchliche Schlüsse ziehen: *Entweder* steht die Wahrnehmung der Kompetenz deshalb nicht unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit, weil die bundeseinheitliche Regelung des Statusrechts stets erforderlich ist und die Prüfung der Erforderlichkeit überflüssig wäre. *Oder* der Vorbehalt besteht deshalb nicht, weil die bundeseinheitliche Regelung nicht immer erforderlich ist und manchmal am Vorbehalt der Erforderlichkeit scheitern würde. Im ersten Fall würde das Statusrecht einen kleinen Ausschnitt des Beamtenrechts bilden, im zweiten Fall einen größeren Teil, wenn nicht das gesamte Beamtenrecht. Der Begründung zum Föderalismusreformgesetz lässt sich nicht entnehmen, aus welchem der beiden denkbaren Gründe der verfassungsändernde Gesetzgeber bei Art. 74 I Nr. 27 GG auf den Vorbehalt der Erforderlichkeit verzichtet hat. Die Hinweise in der Begründung sind knapp und mehrdeutig.<sup>51</sup> Für das Verständnis von Art. 74 I Nr. 27 GG hat es deshalb keine Bedeutung, dass die Wahrnehmung der Kompetenz für das Statusrecht nicht unter Vorbehalt steht.<sup>52</sup>

Anhalt, welche Teile des Beamtenrechts zum Statusrecht zählen, versprechen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Art. 33 V GG. Zum Statusrecht könnten sämtliche Normen gehören, die einen hergebrachten Grundsatz konkretisieren.<sup>53</sup> Diese Lesart kann erklären, warum der verfassungsändernde Gesetzgeber das Recht der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung von der Bundeskompetenz ausnehmen musste, um es der Landeskompetenz zuzuweisen. Diese Normen konkretisieren nämlich die Laufbahn-, Leistungs- und Alimentationsprinzipien. Bei näherem Hinsehen schwindet die

---

<sup>50</sup> Nach *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 3 ff. und *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturreformen, S. 1170 deutet der Wortlaut darauf hin, das „Statusrechte und -pflichten“ mit „Rechtsverhältnis“ zu übersetzen ist. Auch *Lecheler*, Föderalismusreform, S. 18 f. setzt den Status mit dem Beamtenrechtsverhältnis gleich und erkennt in Art. 74 I Nr. 27 GG einen Bruch mit dem üblichen Sprachgebrauch. Demgegenüber meint das Statusrecht nach *Battis/Grigoleit*, Statusgesetzgebung, S. 2 und *Oeter*, Reföderalisierung, S. 165 ff. lediglich den Kern des Beamtenverhältnisses. Einig sind sich die Autoren, dass die Wortwahl ein Missgriff war.

<sup>51</sup> Entwurf des 52. ÄndG, BT-Drucks. 16/813, S. 9, 11.

<sup>52</sup> Ebenso *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturreformen, S. 1170 f. Dagegen folgern *Battis/Grigoleit*, Statusgesetzgebung, S. 2, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber eine bundeseinheitliche Regelung der „Statusrechte und -pflichten“ für erforderlich gehalten habe und das Wort deshalb lediglich den Kern des Beamtenrechts bezeichne.

<sup>53</sup> Befürwortend: *Battis/Grigoleit*, Statusgesetzgebung, S. 2 f. Gegenteilig: *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturreformen, S. 1171.

Überzeugungskraft des Arguments, weil das Netz der hergebrachten Grundsätze dicht gesponnen ist. Die Länder hätten eine Vielzahl von Normen ihres Beamtenrechts kompetenzwidrig erlassen, weil diese einen hergebrachten Grundsatz konkretisieren, ohne unter die Ausnahme für das Recht der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung zu fallen. Beispiele sind §§ 67 ff., 83 ff. LBG (Fürsorgepflicht des Dienstherrn) und § 94 ff. LBG (Recht des Beamten auf Personalvertretung). Allenfalls wenige Normen des Beamtenrechts dürften nicht Ergebnis der Konkretisierung irgendeines hergebrachten Grundsatzes sein.

Einschränkungen der hergebrachten Grundsätze allerdings unterstehen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Der Verfassung(s)geber hat die hergebrachten Grundsätze im Grundgesetz verankert, sodass sie nach Art. 79 II GG allein mit qualifizierten Mehrheiten geändert werden können. Dadurch hat er ihnen, wie auch den übrigen Inhalten von Art. 33 GG, eine Sonderstellung im Beamtenrecht zudedacht. Der Kern des Beamtenrechts, der jedenfalls zum Statusrecht gehört, umfasst wenigstens die hergebrachten Grundsätze.

### c) **Entstehungsgeschichte**

Die Fügung „Statusrechte und -pflichten“ hat ihren Ursprung in der Föderalismuskommission. Ihre Arbeit ist eingehend dokumentiert worden. In der Kommission herrschte demnach Einigkeit, dass dem Bund nicht die Kompetenz für das gesamte Landesbeamtenrecht, sondern für einen Ausschnitt zustehen sollte. Deshalb machte sich die Kommission auf die Suche nach einem Ersatz für den umfassenden Begriff „Rechtsverhältnis“. Die Suche war geprägt von Verständigungsschwierigkeiten. Zum Beispiel war anscheinend nicht allen Mitgliedern klar, ob das Ersatzwort ausschließlich ausdrücken sollte, dass der Bund nicht für das Recht der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung zuständig ist, oder ob das Ersatzwort darüber hinaus Gegenstände von der Bundeskompetenz ausschließen sollte.<sup>54</sup> Hätten einige Kommissionsmitglieder einen anderen Ausdruck als „Statusrechte und -pflichten“ bevorzugt, möglicherweise „Rechtsverhältnis“, wenn sie gewusst hätten, dass ein ausdrücklicher Kompetenzausschluss für Laufbahnen, Besoldung und Versorgung hinzukommen würde? Es spricht einiges dafür, dass sich die Kommission eher zufällig statt mit Bedacht für die Fügung „Statusrechte und -pflichten“ entschieden hat.

Die Unsicherheit der Kommission mündete in dem Entschluss, eine Liste von Gegenständen zu erstellen, die zu den „Statusrechten und -pflichten“ gehö-

---

<sup>54</sup> Dafür spricht etwa *Klaus Wowereits* Bericht in der Kommission vom 14.10.2004, wonach „Rechtsverhältnis“ deshalb durch „Statusrechte und -pflichten“ oder durch „grundlegende Inhalte der Dienstverhältnisse“ ersetzt werden müsse, weil „Rechtsverhältnis“ das Besoldungs-, Versorgungs- und Personalvertretungsrecht einschließe. Die Kompetenzausnahme für Laufbahnen, Besoldung und Versorgung kommt in *Wowereits* Formulierungsvorschlag nicht vor. Zusammenfassung des Berichts: Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Dokumentation, S. 221 f.

ren.<sup>55</sup> Die Liste muss der Interpret heranziehen, denn der Gesetzgeber hat sie sich zu eigen gemacht, weil sie Teil der Begründung des Entwurfs des Föderalismusgesetzes ist. Wie die Liste zustande gekommen ist, lässt sich nicht nachvollziehen. Systematisch diskutiert wurde sie nie, ihr Inhalt wirkt wahllos.<sup>56</sup> Zuerst der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD von 2005<sup>57</sup> und anschließend die Begründung des Entwurfs des Föderalismusreformgesetzes<sup>58</sup> übernehmen die Liste genauso unreflektiert, wie sie die Kommission erstellt hat. Entsprechend mehrdeutig ist die Aufzählung.<sup>59</sup> Erstens ist unklar, ob sie abschließend oder beispielhaft ist.<sup>60</sup> Zweitens spricht sie von „statusprägenden Pflichten“ und „wesentlichen Rechten“. Diese Wendungen enthalten Teile des Ausdrucks, den sie erläutern sollen („Status“, „Pflichten“, „Rechte“), und führen den Interpreten zurück an den Anfang seiner Überlegungen. Immerhin stützen andere Teile die Annahme, dass das Statusrecht lediglich einen Ausschnitt des Beamtenrechts umfasst („prägend“, „wesentlich“). Selbst wenn die Liste beispielhaft ist, darf der Interpret Teile des Beamtenrechts, die sie nicht nennt, ausschließlich dann unter die Kompetenz für das Statusrecht fassen, wenn sie den anderen Aufzählungsgliedern in ihrer Bedeutung gleichkommen.<sup>61</sup>

Die Materialien über die Entstehung von Art. 74 I Nr. 27 GG sind unklar und widersprüchlich. Das spiegelt wider, wie mangelhaft die Arbeit der Föderalismuskommission war und dass die Mängel im Gesetzgebungsverfahren nicht immer ausgeglichen wurden.<sup>62</sup> So bewahrheitet sich eine Einsicht, die (wohl

---

<sup>55</sup> Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Dokumentation, S. 214, 219, 235 f.

<sup>56</sup> Stellvertretend: *Lecheler*, Föderalismusreform, S. 27 („Sammelsurium unterschiedlichster Rechtselemente“); *Battis/Grigoleit*, Statusgesetzgebung, S. 3; *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturereformen, S. 1170.

<sup>57</sup> Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005, Anlage 2 Rn. 33, erreichbar zum Beispiel unter [www.kas.de/upload/ACDP/CDU/Koalitionsvertraege/Koalitionsvertrag2005.pdf](http://www.kas.de/upload/ACDP/CDU/Koalitionsvertraege/Koalitionsvertrag2005.pdf) (Abruf am 9.12.2016).

<sup>58</sup> Entwurf des 52. ÄndG, BT-Drucks. 16/813, S. 14.

<sup>59</sup> Ebenso *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 4; *Battis/Grigoleit*, Statusgesetzgebung, S. 3 f.; *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturereformen, S. 1170.

<sup>60</sup> Für die Beispielhaftigkeit der Aufzählung etwa: *Höfling/Engels*, in: Friauf/Höfling, GGK IV, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 (2008), Rn. 12; *Höfling/Engels*, Verwaltungsstrukturereformen, S. 1170; *Wittreck*, in: Dreier, GGK II, Art. 74 Rn. 135. — Offen gelassen bei *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 4 f.; *Battis/Grigoleit*, Statusgesetzgebung, S. 3 f.

<sup>61</sup> *Wittreck*, in: Dreier, GGK II, Art. 74 Rn. 136: „Die neuartige Rechtsfigur konfrontiert den Interpreten einmal mehr mit dem Problem der Binnendifferenzierung, da zur Bestimmung der Bundeskompetenz aus einer Vielzahl von Rechtsbeziehungen die ‚wesentlichen‘ und ‚prägenden‘ heraus- oder abgehoben werden sollen.“

<sup>62</sup> Vernichtende Kritik etwa bei *Selmer*, Föderalismusreform, S. 1054 f.; *Bochmann*, Reföderalisierung, S. 14 ff.



fälschlicherweise) *Otto von Bismarck* zugeschrieben wird: dass man besser nicht zugegen sein sollte, wenn Würste fabriziert werden – oder Gesetze.<sup>63</sup>

## 2. Qualifikation

Falls Art. 74 I Nr. 27 GG dem Bund die Kompetenz für das gesamte Landesbeamtenrecht mit Ausnahme des Rechts der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung zuweist, so ist er für den Erlass einer mit § 19 VI 2-7 LBG inhaltsgleichen Norm zuständig, weil sie eine Einschränkung des Grundsatzes der Bestenauslese enthält und damit nicht zum Laufbahnrecht gehört. Überzeugender ist allerdings die Lesart, dass zusätzlich zum Recht der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung gewisse Randbereiche des Landesbeamtenrechts von der Bundeskompetenz ausgenommen sind.<sup>64</sup> Doch auch in diesem Fall ist der Bund für den Erlass einer mit § 19 VI 2-7 LBG inhaltsgleichen Norm zuständig, weil wenigstens Einschränkungen der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht zu den ausgeklammerten Randbereichen gehören.

## V. Sperrwirkung gegenüber dem Landesgesetzgeber: Erlass von § 9 BeamtStG als „Gebrauchmachen“ im Sinne von Art. 72 I GG?

Dass dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Erlass einer mit § 19 VI 2-7 LBG inhaltsgleichen Norm zusteht, bedeutet nicht zwangsläufig, dass das Land § 19 VI 2-7 LBG kompetenzwidrig erlassen hat. Nach Art. 72 I GG bleiben die Länder für die Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung zuständig, „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“<sup>65</sup> Mit konkurrierender Bundeskompetenz meint das Grundgesetz „eine Landeskompetenz unter dem Vorbehalt der Nichtwahrnehmung der parallel bestehenden Zugriffsmöglichkeit des Bundes.“<sup>66</sup> Kompetenzwidrig ist § 19 VI 2-7 LBG, wenn der Bund von seiner Kompetenz für denselben Gegenstand, Einschränkungen des Grundsatzes der Bestenauslese, abschließend Gebrauch gemacht hat.

Nach § 9 BeamtStG sind Ernennungen „nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen.“ Durch die Wendung „ohne Rücksicht auf Geschlecht“ gibt der Bundesgesetz-

---

<sup>63</sup> Zur Herkunft des Zitats: *Shapiro*, Quote ... Misquote, The New York Times Magazine vom 21.7.2008, [www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html](http://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html) (Abruf am 9.12.2016).

<sup>64</sup> Beispiele für Ausgeklammertes bei *Wittreck*, in: Dreier, GGK II, Art. 74 Rn. 136.

<sup>65</sup> Eingehend: *Wittreck*, in: Dreier, GGK II, Art. 72 Rn. 26 ff.

<sup>66</sup> *Wittreck*, in: Dreier, GGK II, Vorb. zu Art. 70-74 Rn. 37.

geber zu verstehen, dass der Dienstherr den Grundsatz der Bestenauslese nicht einschränken darf, indem er das Geschlecht zum Auswahlkriterium macht.

In § 9 BBG, der in seinem Satz 1 mit § 9 BeamtStG nahezu wörtlich übereinstimmt, lässt der Gesetzgeber einen Satz 2 folgen, der „gesetzliche Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben“ ausdrücklich erlaubt. Da ein solcher Satz in § 9 BeamtStG fehlt, steht der Rechtsanwender vor der Frage, ob er aus § 9 Satz 2 BBG einen Umkehrschluss oder einen Analogieschluss ziehen muss. Im ersten Fall deutet er das Schweigen von § 9 BeamtStG als „beredtes Schweigen“, also als Ausdruck einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, dass das Beamtenstatusgesetz besagte Maßnahmen nicht erlaubt. Im zweiten Fall wertet er das Schweigen des Gesetzes als „Lücke“ und schließt sie, indem er § 9 Satz 2 BBG auf den im Beamtenstatusgesetz „ungeregelten“ Fall überträgt. Ohne Lücke kein Analogieschluss.<sup>67</sup> Das Bestehen einer Lücke setzt voraus, dass dem Gesetzgeber, gemessen an seinen eigenen Wertungen, ein Fehler unterlaufen ist. Gesetze sind nicht aus sich heraus lückenhaft und lassen nichts ungeregelt. Logisch möglich ist die Entscheidung einer Rechtsfrage in jedem Fall.<sup>68</sup> Deshalb trifft die Begründungslast den Rechtsanwender, der die Existenz einer Lücke annimmt; der Gesetzgeber muss nicht, wenn er schweigt, aussprechen, dass er bewusst schweigt.<sup>69</sup>

Im Fall von § 9 BeamtStG besteht kein Grund zur Annahme, dass dem Gesetzgeber ein Fehler unterlaufen ist, als er die Norm erließ. Im Jahr 2007 begannen um einige Monate versetzt, aber sich zeitlich teilweise überschneidend die Gesetzgebungsverfahren, die zuerst in den Erlass des Beamtenstatusgesetzes und dann in die Neufassung des Bundesbeamtengesetzes mündeten.<sup>70</sup> Der Gesetzgeber fand § 8 I BBG aus dem Jahr 2006 vor.<sup>71</sup> Als § 9 BBG hat diese Norm

---

<sup>67</sup> Grundlegend zum Unterschied zwischen „Lücke“ und anderen Formen des „Schweigens“ sowie zum Gegensatz von Analogieschluss und Umkehrschluss: *Canaris*, Lücken, S. 31 ff.

<sup>68</sup> Eingehend: *Kelsen*, Rechtslehre I, S. 100 ff.

<sup>69</sup> Nach *Canaris*, Lücken, S. 46 spricht das Gesetz „selbstverständlich i.d.R. ausdrücklich nur das aus, *was sein soll* und stellt nicht noch zusätzlich klar, an welche Fälle eine bestimmte Rechtsfolge nicht geknüpft ist.“ (Hervorhebung und Fehlen des Satzzeichens im Original; J.Oe./S.L.).

<sup>70</sup> Zur Chronologie: Auf den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtStG) vom 12.1.2007, BT-Drucks. 16/4027 folgte der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts (Dienstrechtsneuordnungsgesetz – DNeuG) vom 12.11.2007, BT-Drucks. 16/7076 mit dem neuen Bundesbeamtengesetz als Artikel 1. Erlassen wurde das Beamtenstatusgesetz am 17.6.2008, das Bundesbeamtengesetz als Teil des Dienstrechtsneuordnungsgesetzes am 5.2.2009.

<sup>71</sup> „<sup>1</sup>Die Bewerber sind durch Stellenausschreibung zu ermitteln. <sup>2</sup>Ihre Auslese ist nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht [...] vorzunehmen. <sup>3</sup>Dem stehen gesetzliche Maßnahmen zur Förderung von Beamtinnen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben, insbesondere Quotenregelungen mit Einzelfallprüfungen, sowie gesetzliche Maßnahmen zur Förderung

nahezu unverändert Eingang ins neue Bundesbeamtengesetz gefunden. Satz 2 von § 8 I BBG hat der Gesetzgeber als § 9 BeamtStG nahezu wörtlich ins Beamtenstatusgesetz übernommen. Dabei muss er sich gefragt haben, ob er auch Satz 3 übernimmt, wie er es für das neue Bundesbeamtengesetz getan hat. Dass eine entsprechende Norm im Beamtenstatusgesetz fehlt, ist demnach Ausdruck einer bewussten Entscheidung und keine Fehlleistung. Im Umkehrschluss aus § 9 Satz 2 BBG sind landesrechtliche Einschränkungen des Grundsatzes der Bestenauslese für „Ernennungen“ deshalb nach § 9 BeamtStG verboten.<sup>72</sup>

Aus § 8 I BGleiG lässt sich, wenn nach der Kompetenzgemäßheit von § 19 VI 2-7 LBG gefragt ist, von vornherein kein Argument gewinnen, dass das Beamtenstatusgesetz lückenhaft ist.<sup>73</sup> § 8 I BGleiG macht das Geschlecht zum Hilfskriterium, indem er in Satz 3 anordnet, dass der Dienstherr Frauen ausschließlich bei „gleicher“ Qualifikation bevorzugen darf. § 19 VI 2-7 LBG enthält dagegen eine Einschränkung des Grundsatzes der Bestenauslese. Die Kompetenzgemäßheit von § 19 VI 2-7 LBG richtet sich allein danach, ob das Beamtenstatusgesetz Sperrwirkung für Einschränkungen entfaltet. Wenn der Gesetzgeber in § 8 I BGleiG ein *Hilfskriterium* vorsieht, kann daraus aber nicht folgen, dass er vergessen hat, in § 9 BeamtStG eine *Einschränkung* zu erlauben.<sup>74</sup>

§ 9 BeamtStG gilt für „Ernennungen“, § 19 VI LBG für „Beförderungen“. Der Ernennung bedarf es nach § 8 I BeamtStG unter anderem, wenn der Dienstherr dem Beamten „ein anderes Amt“ mit „anderem Grundgehalt“ verleiht oder „ein anderes Amt“ mit „anderer Amtsbezeichnung“. Nach § 19 I LBG geht jede Beförderung mit einer Ernennung einher. Denkbar ist, dass der Begriff der Er-

---

schwerbehinderter Menschen nicht entgegen.“ Ins alte Bundesbeamtengesetz eingefügt wurde die Norm durch das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14.8.2006 (BGBl. I S. 1897).

<sup>72</sup> OVG NRW, Beschluss vom 26.8.2010, 6 B 540/10, juris, Rn. 13; *Papier*, Rechtsgutachten, S. 6 folgern aus dem Schweigen von § 9 BeamtStG, dass Frauenförderregelungen damit vereinbar seien. Dabei machen sie ihr Vorgehen nicht als Analogieschluss kenntlich und erwägen nicht, ob das Schweigen, statt eine Lücke zu begründen, Ausdruck bewusster gesetzgeberischer Entscheidung ist. — Im Ergebnis wie hier, aber ohne nähere Begründung: VG Düsseldorf, Beschluss vom 5.9.2016, 2 L 2866/16, juris, Rn. 38 f.; VG Arnsberg, Beschluss vom 14.9.2016, 2 L 1159/16, juris, Rn. 27 ff.

<sup>73</sup> § 8 I BGleiG wird von OVG NRW, Beschluss vom 26.8.2010, 6 B 540/10, juris, Rn. 13 mit Recht argumentativ wie § 9 Satz 2 BBG behandelt, weil das Gericht die Kompetenzgemäßheit von § 20 VI LBG, Vorgängernorm von § 19 VI LBG, zu beurteilen hatte. Sie machte das Geschlecht ebenfalls lediglich zum Hilfskriterium, indem sie von „gleicher“ Qualifikation sprach. Bei *Papier*, Rechtsgutachten, S. 6 fehlt § 8 I BGleiG.

<sup>74</sup> Zuletzt: OVG NRW, Beschluss vom 26.8.2010, 6 B 540/10, juris, Rn. 8; VG Düsseldorf, Beschluss vom 12.4.2010, 2 L 164/10, juris, Rn. 27 betonen im Kontext von § 20 VI LBG wiederum zu Recht, dass der Gesetzgeber mit § 9 BeamtStG zugleich den früheren § 7 BRRG fortgeschrieben hat. § 7 BRRG erlaubte das Geschlecht allerdings einmal mehr lediglich als *Hilfskriterium*. Die Fortschreibung rechtfertigt deshalb nicht den Schluss, dass § 9 BeamtStG dem Landesgesetzgeber *Einschränkungen* des Grundsatzes der Bestenauslese freistellt. Bei *Papier*, Rechtsgutachten, S. 6 fehlt § 7 BRRG. — Wie hier: VG Düsseldorf, Beschluss vom 5.9.2016, 2 L 2866/16, juris, Rn. 25 ff.; VG Arnsberg, Beschluss vom 14.9.2016, 2 L 1159/16, juris, Rn. 35 ff.

nennung im Landesbeamtengesetz, das ihn anders als das Beamtenstatusgesetz nicht definiert, vom Begriff der Ernennung im Beamtenstatusgesetz abweicht. Doch auch dann erfüllen sämtliche Fälle der Beförderung im Sinne des Landesbeamtengesetzes die Voraussetzungen des Begriffs der Ernennung im Beamtenstatusgesetz. Denn bei jeder Beförderung im Sinne des Landesbeamtengesetzes verleiht der Dienstherr dem Beamten ein „anderes Amt“ und ändert wenigstens entweder das Grundgehalt oder die Amtsbezeichnung. Die Beförderung in § 19 LBG ist deshalb ein Unterfall der Ernennung in § 9 BeamtStG.

Der Bundesgesetzgeber hat demnach für sämtliche Fälle der Beförderung geregelt, dass der Grundsatz der Bestenauslese uneingeschränkt gilt, und insoweit von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht. § 9 BeamtStG entfaltet deshalb Sperrwirkung gegenüber dem Landesgesetzgeber mit der Folge, dass das Land keine Normen erlassen darf, die denselben Gegenstand regeln wie § 9 BeamtStG. § 19 VI 2-7 LBG ist mit dieser Sperrwirkung unvereinbar<sup>75</sup> und deshalb verfassungswidrig und nichtig.<sup>76</sup>

## VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Art. 74 I Nr. 27 GG begründet die „ausschließliche Landeskompetenz“ für das Laufbahnrecht. Die Kompetenzzuweisung ist normativ-rezeptiv. Demnach macht der verfassungsändernde Gesetzgeber das Laufbahnrecht, wie es im Jahr 2006 zugeschnitten war, zum Gegenstand der Landeskompetenz. Zum Laufbahnrecht gehören sämtliche Normen, die den Grundsatz der Bestenauslese in Art. 33 II GG konkretisieren oder um Hilfskriterien ergänzen. Nicht zum Laufbahnrecht zählen dagegen Normen, die den Grundsatz der Bestenauslese einschränken.
2. Nach § 19 VI 2 LBG müssen Frauen bevorzugt befördert werden, wenn ihre Eignung, Befähigung und fachliche Leistung mit denen des männlichen Konkurrenten „im Wesentlichen“ übereinstimmen. Geringfügiger Qualifikationsrückstand darf die Beförderung der Frau nicht verhindern. § 19 VI 2 LBG macht das Geschlecht nicht zum Hilfskriterium, sondern lässt es in Konkurrenz zum Grundsatz der Bestenauslese treten. § 19 VI 2 LBG ist deshalb kein Teil des Laufbahnrechts und nicht von der ausschließlichen Landeskompetenz gedeckt.

---

<sup>75</sup> Sperrwirkung von § 9 BeamtStG gegenüber dem damaligen § 20 VI LBG zu Recht verneinend: OVG Münster, Beschluss vom 26.8.2010, 6 B 540/10, juris, Rn. 8 ff.; VG Düsseldorf, Beschluss vom 12.4.2011, 2 L 164/10, juris, Rn. 24 ff. — Zu Unrecht pauschal jede Sperrwirkung von § 9 BeamtStG gegenüber Frauenfördermaßnahmen verneinend: *Papier*, Rechtsgutachten, S. 5 f. Kritik daran bei VG Düsseldorf, Beschluss vom 5.9.2016, 2 L 2866/16, juris, Rn. 33 ff.; VG Arnsberg, Beschluss vom 14.9.2016, 2 L 1159/16, juris, Rn. 48 f.

<sup>76</sup> Zur Rechtsfolge von Kompetenzverstößen: *Wittreck*, in: Dreier, GGK II, Vorb. zu Art. 70-74 Rn. 53, der daran erinnert, dass es des Umweges über Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht.“) nicht bedarf.

3. Nach § 19 VI 3-7 LBG darf der Dienstherr entgegen dem Grundsatz der Bestenauslese nicht sämtliche qualifikationsbezogenen Kriterien ausschöpfen. Bereits wenn die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zu einem gleichwertigen Gesamturteil gelangen, muss der Dienstherr das Geschlechtskriterium anwenden. Dadurch schränkt der Gesetzgeber den Grundsatz der Bestenauslese ein. § 19 VI 3-7 LBG ist genauso wenig von der ausschließlichen Landeskompetenz umfasst.
4. Art. 74 I Nr. 27 GG begründet die konkurrierende Bundeskompetenz für das Statusrecht des Landesbeamten. Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte dieser regelungstechnisch misslungenen Norm geben keine verlässliche Auskunft, ob damit das gesamte Landesbeamtenrecht gemeint ist oder lediglich ein Ausschnitt und was der Ausschnitt gegebenenfalls einschließt. Jedenfalls Einschränkungen der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind als Teil des Statusrechts dem Bundesgesetzgeber vorbehalten.
5. § 19 VI 2-7 LBG schränkt den Grundsatz der Bestenauslese und damit einen der hergebrachten Grundsätze ein, weil der Dienstherr nicht sämtliche qualifikationsbezogenen Kriterien ausschöpfen darf. Deshalb fällt § 19 VI 2-7 LBG in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Statusrecht.
6. Der Bundesgesetzgeber hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für Einschränkungen des Grundsatzes der Bestenauslese abschließend Gebrauch gemacht, indem er in § 9 BeamStG Kriterien aufgezählt hat, von denen die Ernennung ausdrücklich nicht abhängen darf, darunter das Geschlecht. Da § 19 VI 2-7 LBG trotzdem Einschränkungen enthält, ist er mit der Sperrwirkung, die von § 9 BeamStG ausgeht, unvereinbar und deshalb nichtig.

*gez. Oebbecke*

*gez. Lenz*

## Literaturverzeichnis

- Battis, Ulrich*: Recht des Öffentlichen Dienstes, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. III: 3. Aufl. 2013, § 87.
- Battis, Ulrich/Grigoleit, Klaus J.*: Die Statusgesetzgebung des Bundes. Dienstrechtliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach der Föderalismusreform, in: ZBR 2008, S. 1.
- Bochmann, Günter*: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Reföderalisierung des öffentlichen Dienstrechts und der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtsStG), in: ZBR 2007, S. 1.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl. 1983.
- Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, 2005.
- Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. II: 3. Aufl. 2015.
- Friauf, Karl H./Höfling, Wolfram (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, IV Bände (Stand: 51. Aktualisierung 2016).
- Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005, [www.kas.de/upload/ACDP/CDU/Koalitionsvertraege/Koalitionsvertrag2005.pdf](http://www.kas.de/upload/ACDP/CDU/Koalitionsvertraege/Koalitionsvertrag2005.pdf) (Abruf am 9.12.2016)
- Hesse, Konrad*: Der unitarische Bundesstaat, 1962.
- Höfling, Wolfram/Engels, Andreas*: Verwaltungsstrukturreformen und Beamtenstatusrechte, in: NVwZ 2008, S. 1168.
- Jellinek, Georg*: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl. 1934.

*Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995 (Studienausgabe).

*Lecheler, Helmut*: Der öffentliche Dienst, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: 3. Aufl. 2007, § 100.

*Lecheler, Helmut*: Die Auswirkungen der Föderalismusreform auf die Statusrechte der Beamten, in: ZBR 2007, S. 18.

*Leisner, Walter*: Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, 1964.

*Müller, Friedrich/Christensen, Ralf*: Juristische Methodik, Bd. I: 11. Aufl. 2013.

*Oeter, Stefan*: Die von der Föderalismusreform tangierten Sachbereiche der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Einzelnen, in: Markus Heintzen/Arnd Uhle (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht. Zur Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusreform, 2014, S. 159.

*Papier, Hans-Jürgen*: Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, 2014, [www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/presse/pressemitteilungen/Gutachten\\_Zielquoten.pdf](http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/presse/pressemitteilungen/Gutachten_Zielquoten.pdf) (Abruf am 11.12.2016).

*Rengeling, Hans-Werner*: Gesetzgebungszuständigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI: 3. Aufl. 2009, § 135.

*Rosenkranz, Frank*: Die Auslegung von „Ausnahmevorschriften“, in: JA 2015, S. 783.

*Selmer, Peter*: Die Föderalismusreform – Eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, in: JuS 2006, S. 1052.

*Shapiro, Fred R.*: Quote ... Misquote, The New York Times Magazine vom 21.7.2008, [www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html](http://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html) (Abruf am 9.12.2016).

*Uhle, Arnd: Normativ-rezeptive Kompetenzzuweisung und Grundgesetz. Dargestellt am Beispiel der Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Spielhallen“ i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2015.*

*Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2002.*

*Wernsmann, Rainer: Konkrete Normenkontrolle, in: Dirk Ehlers/Friedrich Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 16.*