



LUDWIG-
MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

Dr. Martin Heidebach
Institut für Politik und Öffentliches Recht
Ludwig-Maximilians-Universität München



Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der CDU Gesetz zur Änderung des Landesbeamtengesetzes NRW

im Auftrag des

Innenausschusses sowie des Unterausschusses Personal des Haushalts- und Finanz-
ausschusses des Landtags NRW

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
16/4574**

A09, A07/1

Dr. Martin Heidebach

16. Januar 2017

Institut für Politik und Öffentliches Recht

Juristische Fakultät

Ludwig-Maximilians-Universität München



Inhaltsverzeichnis:

A. Einführung	1
B. Zusammenfassung	1
C. Verfassungsrechtliche Beurteilung von § 19 Abs. 6 LBG NRW.....	2
I. Keine verbindliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch Verwaltungsgerichte	3
II. Keine Verfassungswidrigkeit von § 19 Abs. 6 LBG NRW in der geltenden Fassung	4
1. Kein Kompetenzverstoß	4
a) Keine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für landesbeamtenrechtliche Beförderungsentscheidungen	4
b) Jedenfalls: § 9 BeamStG entfaltet keine Sperrwirkung.....	6
2. Kein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG	8
a) Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	9
b) Verfassungsrechtlich geklärte Fragen	9
c) Verfassungsrechtliche Einordnung von § 19 Abs. 6 LBG NRW	10
III. „Abfederung“ der Wirkung zu Lasten männlicher Mitbewerber	15
D. Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung.....	16

A. Einführung

Der Innenausschuss sowie der Unterausschuss Personal des Haushalts- und Finanzausschusses des Landtags NRW haben mich gebeten, als Sachverständiger zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU „Gesetz zur Änderung des Landesbeamtengesetzes Nordrhein-Westfalen (LBG NRW)“, LT-Drs. 16/13532, Stellung zu nehmen.

Der Gesetzesentwurf hält die dort vorgeschlagene Neuregelung des § 19 Abs. 6 LBG NRW „auch deshalb (für) zwingend notwendig, weil die bisherige Regelung (...) verfassungswidrig ist“¹. **Meine Stellungnahme befasst sich deshalb in erster Linie mit der Frage: Ist die bisherige Regelung des § 19 Abs. 6 LBG NRW tatsächlich verfassungswidrig?**

Mit dieser Thematik habe ich mich gemeinsam mit dem ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Herrn Prof. em. Dr. Dres. h. c. Hans-Jürgen Papier, in einer Vielzahl von Gutachten und fachwissenschaftlichen Publikationen auseinandergesetzt; siehe beispielsweise das **Gutachten für das Land Nordrhein-Westfalen zur Frage der Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung**, 2014² (im Folgenden: **Gutachten**) oder zuletzt *Papier/Heidebach*, Frauenquoten im öffentlichen Dienst, Bonn 2016.

Meine Stellungnahme gliedert sich wie folgt: Den Schwerpunkt bildet die verfassungsrechtliche Beurteilung des bisherigen § 19 Abs. 6 LBG NRW (C.). Daran schließt sich eine kurze Bewertung des Vorschlags zur Neuregelung an (D.). Aus Gründen der besseren Lesbarkeit beschränken sich die Nachweise auf das Nötigste; ausführliche Nachweise der Literatur und Rechtsprechung finden sich im Gutachten.

B. Zusammenfassung

- I. Der bisherige § 19 Abs. 6 LBG NRW ist **nicht verfassungswidrig** (C.)
 1. Die einzige Instanz der deutschen Verfassungsordnung, die ein Gesetz für grundgesetzwidrig und in der Folge für nichtig erklären kann, ist das Bundesverfassungsgericht. Der Landesgesetzgeber sollte sich durch verfassungsrechtliche Ausführungen der Verwaltungsgerichte in einstweiligen Rechtschutzverfahren nicht unter Druck setzen lassen (C. I.).
 2. Der Landtag NRW hat die Kompetenz für den Erlass von § 19 Abs. 6 LBG NRW. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Be-

¹ LT-Drs. 16/13532, S. 8.

² Der vollständige Text des Gutachtens ist abrufbar unter https://www.mik.nrw.de/fileadmin/user_upload/Redakteure/Dokumente/Themen_und_Aufgaben/Moderne_Verwaltung/1407ga_zielquoteoedie.pdf.

amtenstatusrecht erstreckt sich nicht auf landesrechtliche Beförderungsentscheidungen. Dieses Argument haben die Verwaltungsgerichte unter Missachtung ihrer Pflicht zur sorgfältigen Prüfung in Verfassungsfragen nicht berücksichtigt. (C. II. 1. a)

Jedenfalls ist § 9 BeamtStG keine abschließende Ausübung der Bundeskompetenz. (C. II. 1 b)

3. § 19 Abs. 6 LBG NRW verstößt nicht gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Es liegt schon kein Konflikt zwischen der Frauenquotenregelung und Art. 33 Abs. 2 GG vor, weil der von § 19 Abs. 6 LBG NRW näher gesetzlich definierte Leistungsvergleich den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG entspricht. Die von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung geforderte „Ausschöpfung“ der Gesamtbeurteilung ist Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu entnehmen. (C. II. 2 c) aa)

In jedem Fall ist § 19 Abs. 6 LBG NRW durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt. Das bisherige, durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geprägte Verständnis des Qualifikationsvergleichs hat die Frauenquotenregelung ins Leere laufen lassen. Der Landesgesetzgeber hat diese einseitig zu Gunsten von Art. 33 Abs. 2 GG und zu Lasten des Förderauftrags aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ausfallende Gesetzesanwendung durch § 19 Abs. 6 LBG NRW bewusst korrigiert. (C. II. 2 c) bb)

4. Zu bedenken ist, ob die geänderte Frauenquotenregelung männlichen Kandidaten die reale Chance auf Beförderung nimmt. In diesem Fall ist der Gesetzgeber aufgefordert, „abfedernde“ Maßnahmen zu ergreifen. (C. III.)

- II. Der Vorschlag zur Neuregelung könnte sich ohne wesentlichen Regelungsverlust auf seinen Satz 1 beschränken. **Die Neuregelung würde die Frauenförderung bei Beförderungsentscheidungen vollständig abschaffen und wäre ein wesentlicher Rückschritt im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Auftrag, bestehende Benachteiligungen von Frauen zu beseitigen.** (D.)

C. Verfassungsrechtliche Beurteilung von § 19 Abs. 6 LBG NRW

Die Begründung zum Gesetzentwurf führt an, „die Verfassungswidrigkeit der Neuregelung des § 19 Abs. 6 LBG NRW (wurde) verwaltungsgerichtlich festgestellt“³. Zunächst ist zu betonen, dass die Verwaltungsgerichte keine Befugnis haben, abschließend über die Verfas-

³ LT-Drs. 16/13532, S. 1.

sungskonformität eines Landesgesetzes zu entscheiden (dazu I.). Im Anschluss wird dargelegt, dass die Behauptung auch in der Sache nicht richtig ist. § 19 Abs. 6 LBG NRW ist nicht verfassungswidrig (dazu II.).

I. Keine verbindliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch Verwaltungsgerichte

In der deutschen Verfassungsordnung kann nur eine Instanz ein Landesgesetz für ungültig erklären, weil es gegen das Grundgesetz verstößt: **das Bundesverfassungsgericht**. Dieses so genannte Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich mittelbar aus Art. 100 Abs. 1 GG: Die Vorschrift etabliert eine Vorlagepflicht der Fachgerichte für den Fall, dass in einem konkreten gerichtlichen Verfahren die Verfassungsmäßigkeit einer Norm bezweifelt wird. Sofern das Fachgericht **aufgrund sorgfältiger Prüfung** zur Überzeugung gelangt, dass eine für den Rechtsstreit entscheidungserhebliche Vorschrift mit dem Grundgesetz unvereinbar ist, muss es das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen. Zweck dieser alleinigen Verwerfungsbefugnis ist einerseits die Sicherung der **Autorität des Gesetzgebers** (im vorliegenden Fall also des Landtags NRW) und andererseits die Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsprechung.⁴

Eine Sonderkonstellation können Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (Eilverfahren) darstellen. Die Durchführung einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht und die damit verbundene Verzögerung der Verfahren kann dazu führen, dass eine Entscheidung zu spät kommen und die Rechtsposition des Rechtssuchenden unumkehrbar beeinträchtigt würde. Um in dieser Situation den vom Grundgesetz geforderten effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) zu gewährleisten, kann das Fachgericht ohne Vorlage unter Zugrundlegung seiner Rechtsauffassung eine vorläufige Entscheidung treffen, sofern damit **nicht die Hauptsacheentscheidung vorweggenommen wird**.⁵ Die Einschätzung des Fachgerichts hinsichtlich der fehlenden Verfassungsmäßigkeit entfaltet aber lediglich vorläufige Wirkung und dies auch nur für den konkreten Rechtsstreit. Es bleibt dabei, dass das Fachgericht im Hauptsacheverfahren die Norm dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen muss, wenn es sie weiterhin für verfassungswidrig hält. **Nur das Bundesverfassungsgericht kann eine allgemeinverbindliche Entscheidung über die Grundgesetzkonformität von § 19 Abs. 6 LBG NRW treffen.**

Bislang gibt es keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage der Vereinbarkeit von Frauenquoten mit Art. 33 Abs. 2 GG. Die Verwaltungsgerichte können sich des-

⁴ BVerfGE 22, 373 (378).

⁵ BVerfGE 86, 382 (389).

halb auf keine verfassungsgerichtliche Referenzrechtsprechung berufen. Umso größer ist damit die Sorgfaltspflicht, die die Verwaltungsgerichte im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes trifft. Auch wenn die Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz nur sehr begrenzte *rechtliche* Wirkkraft haben, stellen die Verwaltungsgerichte die über Art. 100 Abs. 1 GG ausdrücklich geschützte Autorität des Landtags NRW *faktisch* in Frage. Wie sich unter II. zeigen wird, haben die Verwaltungsgerichte ihre Sorgfaltspflicht bei der verfassungsrechtlichen Bewertung von § 19 Abs. 6 LBG NRW nur unzureichend erfüllt.

Der Landtag NRW sollte sich in jedem Fall **nicht** durch verfassungsrechtliche Bewertungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes **unter Druck setzen lassen, ein Gesetz zu ändern**. Genau vor diesem Druck soll ihn Art. 100 Abs. 1 GG schützen.

II. Keine Verfassungswidrigkeit von § 19 Abs. 6 LBG NRW in der geltenden Fassung

Die Begründung zum Gesetzentwurf benennt zwei Gründe für die angebliche Verfassungswidrigkeit des geltenden § 19 Abs. 6 LBG NRW: Das Land NRW soll keine Kompetenz für die Regelung haben (dazu 1.) und § 19 Abs. 6 LBG NRW soll gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen (dazu 2.).⁶ Beide Einwände sind unbegründet. **§ 19 Abs. 6 LBG NRW ist mit dem Grundgesetz vereinbar.**

1. Kein Kompetenzverstoß

Das Land NRW hat die Kompetenz für den Erlass von § 19 Abs. 6 LBG NRW. Die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, auf die sich auch die Begründung des Gesetzentwurfs bezieht, vertreten folgende Auffassung: § 19 Abs. 6 LBG NRW sei kompetenzwidrig, weil der Bund in § 9 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) abschließend von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht habe.⁷ Diese Sichtweise ist aus verschiedenen Gründen nicht zutreffend.

a) Keine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für landesbeamtenrechtliche Beförderungsentscheidungen

Das Grundgesetz verteilt die Gesetzgebungskompetenzen zwischen dem Bundestag und den Landesparlamenten nach folgender Grundregel:

⁶ LT-Drs. 16/13532, S. 8.

⁷ S. bspw. VG Düsseldorf, Beschl. v. 5.9.16 – 2 L 2866/16; VG Arnsberg, Beschl. v. 14.9.16 – 2 L 1159/16.

„Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“ (Art. 70 Abs. 1 GG)

Die Gesetzgebungskompetenz liegt also bei den Landesparlamenten, es sei denn, eine bestimmte Materie wird durch das Grundgesetz der Bundesgesetzgebung zugewiesen. § 19 Abs. 6 LBG NRW in seiner derzeitigen Fassung regelt die Beförderung von Landesbeamten. In diesem Bereich kommt allenfalls eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG in Frage:

„Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: (...) 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;“

Aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG ergibt sich, dass der Bundesgesetzgeber die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Regelung der Statusrechte der Landesbeamten nicht unbeschränkt innehat; ausdrücklich **ausgeschlossen ist** unter anderem **das Recht der Laufbahnen**.

Nach dem historischen Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers gehört zu dieser Ausnahme auch **der Zugang** zu den jeweiligen Laufbahnen:

„Ausdrücklich ausgenommen von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz werden (...) die Laufbahnen der Beamten und die entsprechenden Regelungen für die Richter. Zum Laufbahnrecht der Beamten gehört auch die Regelung des Zugangs zur Laufbahn.⁸

Nach einer Ansicht in der Literatur umfasst der Zugang zu den Laufbahnen die „**Beförderungspraxis**“ des Landesbeamtenrechts.⁹

Die Materialien zur Föderalismusreform I aus dem Jahr 2006, mit der Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 in das Grundgesetz aufgenommen wurden, enthalten einen ausführlichen Katalog der Materien, die nach Auffassung des Gesetzgebers zu den Statusrechten im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG zu zählen sind.¹⁰ Das Recht der Beförderungen ist in diesem Katalog nicht aufgeführt.

⁸ S. die Materialien zur Föderalismusreform I, BT-Drucks. 16/813, S. 14.

⁹ *Bochmann*, ZBR 2007, 1 (5); *Höfling/Engels*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), GG, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 Rn. 15; a.A. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 114a. Im Übrigen ist den zahlreichen Kommentierungen zum Grundgesetz zu dieser Frage wenig zu entnehmen.

¹⁰ „Statusrechte und -pflichten“ sind:

– Wesen, Voraussetzungen, Rechtsform der Begründung, Arten, Dauer sowie Nichtigkeits- und Rücknahmegründe des Dienstverhältnisses,

Diese Gründe sprechen also deutlich dafür, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG **den Landesparlamenten die Gesetzgebungskompetenz bezüglich des Rechts der Beförderungen nicht entzieht.**

Die Verwaltungsgerichte, die § 19 Abs. 6 LBG NRW für kompetenzwidrig erklärt haben, haben sich mit diesem Argument nicht auseinandergesetzt. Das ist erstaunlich, nachdem die Frage der Reichweite von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG bereits im Gutachten¹¹ erörtert worden war und sich die Gerichte ausdrücklich auf das Gutachten beziehen.¹² **Die Gerichte haben offensichtlich wissentlich ein gewichtiges Argument für die Kompetenz des Landes NRW unerwähnt gelassen.** Von einer sorgfältigen Prüfung der Verfassungskonformität des Gesetzes durch die Verwaltungsgerichte kann somit keine Rede sein.

b) Jedenfalls: § 9 BeamtStG entfaltet keine Sperrwirkung

Selbst wenn man sich der – unzutreffenden – Auffassung der Verwaltungsgerichte anschließen würde, ist der bundesrechtliche § 9 BeamtStG keine abschließende Regelung, so dass dem Landesgesetzgeber in jedem Fall die Kompetenz für § 19 Abs. 6 LBG NRW verbleibt.

Hierzu sind zunächst die Ausführungen des Gutachtens zu wiederholen:

„Nach Art. 72 Abs. 1 GG ist die Landesgesetzgebungszuständigkeit nur insoweit gesperrt, als der Bundesgesetzgeber eine Materie abschließend regelt. Der Bundesgesetzgeber betont in der Gesetzesbegründung zum neuen, auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG gestützten Beamtenstatusgesetz, dass er das Gesetz nicht als abschließende Ausübung seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz betrachte. Dort, wo er keine Regelung treffe, seien die Länder weiterhin zur Gesetzgebung befugt.¹³ Im Gegensatz zu dem parallel konstruierten § 9 des Bundesbeamtengesetzes (BBG), der sich in sei-

-
- Abordnungen und Versetzungen der Beamten zwischen den Ländern und zwischen Bund und Ländern oder entsprechende Veränderungen des Richterdienstverhältnisses,
 - Voraussetzungen und Formen der Beendigung des Dienstverhältnisses (vor allem Tod, Entlassung, Verlust der Beamten- und Richterrechte, Entfernung aus dem Dienst nach dem Disziplinarrecht),
 - statusprägende Pflichten und Folgen der Nichterfüllung,
 - wesentliche Rechte,
 - Bestimmung der Dienstherrenfähigkeit,
 - Spannungs- und Verteidigungsfall und
 - Verwendungen im Ausland.“, BT-Drs. 16/813, S. 14.

¹¹ *Papier/Heidebach*, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, 2014, S. 5 (s. oben Fn. 2).

¹² VG Düsseldorf, Beschl. v. 5.9.16 – 2 L 2866/16, Rn. 34; VG Arnsberg, Beschl. v. 14.9.16 – 2 L 1159/16, Rn. 58.

¹³ BT-Drucks. 16/4027, S. 20.

nem Satz 2 mit der Zulässigkeit von Quotenregelungen befasst, schweigt § 9 des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG) zu diesem Thema. Dem Landesgesetzgeber steht es deshalb offen, geschlechtsbezogene Fördermaßnahmen zu normieren.¹⁴¹⁵

§ 9 BeamStG besteht nur aus einem Satz und lautet:

„Ernennungen sind 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.“

Hätte der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift seine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz im Hinblick (auch) auf Beförderungentscheidungen abschließend ausgeübt, so hätte er im Jahr 2009 die in der überwiegenden Zahl der Bundesländer seit Jahrzehnten bestehenden Regelungen zur bevorzugten Beförderung von Frauen für kompetenz- und verfassungswidrig erklärt. § 20 Abs. 6 LBG NRW, die Vorgängervorschrift des jetzigen § 19 Abs. 6 LBG NRW, normierte beispielsweise:

„(...) Soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamte der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, sind Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen (...)“

Dass dies nicht gewollt war, liegt auf der Hand. **So sieht es auch das Oberverwaltungsgericht Münster, das für die Verwaltungsgerichte in NRW in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zuständige Beschwerdegericht.** Zum Verhältnis von § 9 BeamStG und § 20 Abs. 6 LBG NRW führt das Oberverwaltungsgericht aus:

„Diese landesrechtliche, von einem Qualifikationsgleichstand ausgehende Gleichstellungsregelung stellt eine zulässige Ergänzung des § 9 BeamStG dar (...). Um annehmen zu können, dass § 9 BeamStG gegenüber Gleichstellungsregelungen in Form von Entscheidungsquoten bei Qualifikationsgleichstand Sperrwirkung entfalten sollte, wäre in der Tat eine klare Äußerung des Gesetzgebers erforderlich gewesen.“¹⁶

Die Verwaltungsgerichte schließen daraus allerdings nicht, dass § 9 BeamStG dem Landesgesetzgeber auch die Kompetenz für die Neuregelung über die Frauenquote in § 19 Abs. 6

¹⁴ Plog/Wiedow, BBG Kommentar, BeamStG § 9 Rn. 12.

¹⁵ Papier/Heidebach, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, 2014, S. 5 f. (s. oben Fn. 2).

¹⁶ OVG Münster Beschl. v. 26.8.2010 – 6 B 540/10, Rn. 6 ff. (juris) m. w. Nachw.

LBG NRW belässt; sie interpretieren die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts offensichtlich so, dass der Bundesgesetzgeber lediglich die „bewährte“ Quotenregelung des § 20 Abs. 6 LBG NRW zulasse, dem Landesgesetzgeber aber nicht zugestehe, seine Gleichstellungsregelung fortzuentwickeln.

Das kann aus mehreren Gründen nicht überzeugen:

(1) Dem Wortlaut des § 9 BeamtStG ist eine derartige differenzierte Auslegung nicht zu entnehmen. Er befasst sich nur mit den Diskriminierungsverboten bei der Ernennungsentscheidung, schweigt aber vollständig zur Frage der positiven Maßnahmen der Frauenförderung.

(2) Schon zum Zeitpunkt des Erlasses von § 9 BeamtStG waren die landesrechtlichen Regelungen über die Förderung von Frauen bei der beamtenrechtlichen Ernennung nicht homogen formuliert. § 8 Abs. 2 Landesgleichstellungsgesetz Berlin regelte beispielsweise bereits damals, dass Frauen, „deren Qualifikation der der männlichen Mitbewerber **gleichwertig** ist“¹⁷ gegenüber männlichen Mitbewerbern bevorzugt zu befördern sind.

(3) Schließlich **vermischen die Verwaltungsgerichte die Frage der Gesetzgebungskompetenz mit der materiell-rechtlichen Frage der Vereinbarkeit von § 19 Abs. 6 LBG NRW mit Art. 33 Abs. 2 GG**. Verkürzt lautet die Argumentation der Verwaltungsgerichte: Durch § 9 BeamtStG werde das verfassungsrechtliche Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG festgeschrieben; der Landesgesetzgeber weiche mit § 19 Abs. 6 LBG NRW vom Leistungsprinzip ab; im Hinblick auf die Definition des Leistungsprinzips sei § 9 BeamtStG aber abschließend; deshalb fehle dem Landesgesetzgeber für § 19 Abs. 6 LBG NRW die Gesetzgebungskompetenz. Wenn die Vorschrift des § 19 Abs. 6 LBG NRW aber tatsächlich gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstößt, dann ist sie aus diesem Grund verfassungswidrig. Das ist keine Frage der Gesetzgebungskompetenz, sondern eine des materiellen Verfassungsrechts. Konsequenterweise hätten die Verwaltungsgerichte *diese* Frage beantworten müssen. Ihre Ausführungen hierzu sind aber nur sehr knapp und rudimentär gehalten.

2. Kein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG

Die Argumentation der Verwaltungsgerichte beschränkt sich im Wesentlichen auf die Behauptung, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG sei nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe öffentlicher Ämter „generell einzuschränken“¹⁸. Näher verfassungsrechtlich begründet wird diese Auffassung nicht.

¹⁷ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁸ VG Düsseldorf, Beschl. v. 5.9.16 – 2 L 2866/16, Rn. 43; VG Arnsberg, Beschl. v. 14.9.16 – 2 L 1159/16, Rn. 74; VG Aachen, Beschl. v. 16.9.16 – 1 L 616/16, Rn. 24.

Im Folgenden wird die Frage der Verfassungskonformität von Frauenquoten noch einmal knapp¹⁹ erläutert und dargelegt, weshalb § 19 Abs. 6 LBG NRW mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar ist.

a) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die beiden für die verfassungsrechtliche Bewertung maßgeblichen Vorschriften lauten:

„Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“ (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG)

„Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.“ (Art. 33 Abs. 2 GG)

Zwischen den beiden verfassungsrechtlichen Vorgaben kann es zu Kollisionen kommen. Nach dem allgemeinen **Grundsatz der Einheit der Verfassung** müssen kollidierende Verfassungspositionen in einen schonenden Ausgleich gebracht werden.

b) Verfassungsrechtlich geklärte Fragen

Im Hinblick auf Frauenquoten sind zwei Fragen verfassungsrechtlich weitgehend geklärt:

aa) „Klassische“ leistungsbezogene Quoten verfassungskonform

So genannte leistungsbezogene Quoten, nach denen Frauen für den Fall des Qualifikationsgleichstands mit einem männlichen Bewerber bevorzugt werden, sind bereits seit längerer Zeit in den meisten landesbeamtenrechtlichen Regelungen und im Bundesgleichstellungsgesetz enthalten. Derartige Quotenregelungen – wie beispielsweise der oben zitierte § 20 Abs. 6 LBG NRW alte Fassung – werden heute durch die höchstrichterliche Rechtsprechung²⁰ (und auch das Oberverwaltungsgericht Münster)²¹ als verfassungskonform eingestuft und auch von der ganz herrschenden verfassungsrechtlichen Literatur akzeptiert. Zu einer Kollision mit Art. 33 Abs. 2 GG kommt es bei diesen Vorgaben ohnehin nicht; die Frauenförderung setzt erst ein, wenn mehrere Bewerber die gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG aufweisen.

¹⁹ Eine ausführliche Erläuterung findet sich bspw. bei *Papier/Heidebach*, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, 2014, S. 7 ff. (s. oben Fn. 2).

²⁰ Z.B. BAGE 73, 269 (287).

²¹ Z. B. OVG Münster NVwZ-RR 2000, 176.

bb) Starre Quoten grundsätzlich verfassungswidrig

Starre Quoten sind Regelungen, nach denen ein bestimmter Teil der zu vergebenden Stellen den Angehörigen eines Geschlechts vorbehalten ist, unabhängig von der Erfüllung weiterer Kriterien. Starre Quoten verstoßen nach ganz herrschender Auffassung in der verfassungsrechtlichen Literatur gegen Art. 33 Abs. 2 GG – jedenfalls soweit Art. 33 Abs. 2 GG für die Besetzung der konkreten Stelle anwendbar ist.²² Diese Auffassung lässt sich auf den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat stützen, auf die die Einführung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG im Jahr 1994 zurückgeht. Dort heißt es zu Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG neue Fassung:

„Es bestand Übereinstimmung darüber, daß diese Bestimmung eine Frauenförderung in Gestalt sog. starrer Quoten nicht gestattet.“²³

c) Verfassungsrechtliche Einordnung von § 19 Abs. 6 LBG NRW

Klar ist, dass § 19 Abs. 6 LBG NRW keine starre Frauenquote regelt. Im Gegenteil: Die Vorschrift erlaubt eine bevorzugte Beförderung von Frauen nur bei „im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung“; sie macht Beförderungen also abhängig von der Erfüllung der Qualifikationskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG. Damit weist § 19 Abs. 6 LBG NRW eine Nähe zu den „klassischen“ leistungsbezogenen Quotenregelungen auf, die heute praktisch allgemein als verfassungskonform anerkannt sind.

aa) § 19 Abs. 6 LBG NRW kollidiert nicht mit Art. 33 Abs. 2 GG

§ 19 Abs. 6 LBG NRW kollidiert bereits nicht mit Art. 33 Abs. 2 GG. Relevant für die verfassungsrechtliche Bewertung sind dabei insbesondere die Sätze 2 und 3 der Vorschrift:

„²Frauen sind bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. ³Von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne von Satz 2 ist in der Regel auszugehen, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist.“

Ausgangspunkt der Beförderungsentscheidung nach § 19 Abs. 6 LBG NRW bleibt stets der Qualifikationsvergleich. Der Gesetzgeber hat in dieser Vorschrift lediglich genauer definiert, unter welchen Voraussetzungen er von einem Qualifikationsgleichstand ausgeht. Er

²² S. hierzu ausführlich *Papier/Heidebach*, Frauenquoten im öffentlichen Dienst, 2016, S. 26 ff.

²³ BT-Drs. 12/6000, S. 50.

hat dabei gesetzlich festgelegt, dass im Regelfall (nur) das Gesamturteil der aktuellen dienstlichen Beurteilung maßgeblich ist.

(1) Ausdrücklich erkennt die Rechtsprechung einen gewissen Beurteilungsspielraum bei der Festlegung und Gewichtung der Anforderungen für den Zugang zu einem Amt an.²⁴ Von diesem **Beurteilungsspielraum** hat der Landesgesetzgeber mit § 19 Abs. 6 LBG NRW Gebrauch gemacht. Der Gesetzgeber normiert damit zugleich einfachrechtlich sein verfassungsrechtliches Verständnis des nach Art. 33 Abs. 2 GG erforderlichen Qualifikationsvergleichs.

(2) Richtig ist, dass das Bundesverwaltungsgericht²⁵ (und das Oberverwaltungsgericht Münster) in dieser Hinsicht eine andere Auffassung vertritt. Es ist der Meinung, Art. 33 Abs. 2 GG verlange zwingend eine so genannte inhaltliche Ausschöpfung der Beurteilungen. Bei Gleichstand des Gesamturteils müssten demnach die Unterkategorien, aus denen sich das Gesamturteil zusammensetzt, betrachtet werden. Sei dann noch immer kein Qualifikationsunterschied zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern zu erkennen, so müsse auf eventuell vorhandene Vorbeurteilungen zurückgegriffen werden, die ebenfalls auf die genannten Weise „ausgeschöpft“ werden müssten. Die Konsequenz dieser Vorgehensweise ist klar: **Durch die Ausschöpfung wird man praktisch immer zu einem (scheinbaren) „Qualifikationsunterschied“ und damit zu einer Reihung der Bewerberinnen und Bewerber kommen.**

(3) Diese Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit überzeugt nicht. Es wird suggeriert, die Auswahlentscheidung werde nach objektiv bestimmbareren Kriterien und strengen rechtlichen Vorgaben durchgeführt. Tatsächlich finden die Wertungsentscheidungen versteckt bereits bei der Festlegung und Gewichtung der verschiedenen Einzelbeurteilungen statt. Indem die Wertungsentscheidung auf die Stufe der Bestimmung der Qualifikationskriterien verschoben wird, wird verschleiert, dass bei jeder Auswahl auch ein gewisser Ermessensspielraum verbleibt. **Das Verfahren erweckt damit nur den Anschein der Rationalität und Objektivität.** Es ist daher auch nicht redlich, wenn behauptet wird, durch die Regelung des § 19 Abs. 6 Satz 2 u. 3 LBG NRW würde Frauen der Vorrang vor eigentlich „leistungstärkeren“ Mitbewerbern eingeräumt. **Von einer objektiven „Bestenauslese“ kann keine Rede sein, wenn gleichlautende, differenzierte Gesamturteile in ihre Einzelbestandteile zerlegt werden und dann so lange nach minimalen Unterschieden gesucht wird, bis eine Reihung der Kandidatinnen und Kandidaten hergestellt ist.**

²⁴ BVerfG (Kammer) NVwZ 2013, 1603 (1604).

²⁵ S. nur BVerwGE 140, 83 Rn. 17 ff.; das BVerwG hält deshalb (wenig überraschend) eine Bevorzugung von Frauen bei einem Qualifikationsgleichstand allein anhand der Gesamtbeurteilungen für nicht mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar. Das Gericht beruft sich dabei allerdings in erster Linie auf die einfachrechtliche Formulierung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BGlG.

(4) Ein verfassungsrechtlicher „Grundsatz der erschöpfenden Nutzung der Erkenntnisquellen“, wie er in der Begründung des Gesetzentwurfs angeführt wird,²⁶ existiert somit nicht. Wenn überhaupt handelt es sich um eine verwaltungsgerichtliche Interpretation des Art. 33 Abs. 2 GG, die aber aus den angeführten Gründen abzulehnen ist. Im Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG findet sie im Übrigen keine Grundlage. Der Landesgesetzgeber hat mit seiner Regelung in § 19 Abs. 6 LBG NRW zum Ausdruck gebracht, dass er mit der verwaltungsgerichtlichen Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG in dieser Hinsicht nicht übereinstimmt. Wie bereits erwähnt, **liegt das letzte Wort in diesem Auslegungskonflikt** nicht bei den Verwaltungsgerichten, auch nicht beim Bundesverwaltungsgericht, sondern **allein beim Bundesverfassungsgericht**.

(5) Noch anzumerken ist: § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW ist so formuliert, dass zwar im Regelfall der Qualifikationsvergleich auf die Gesamturteile der aktuellen Beurteilung beschränkt bleibt. Sollte aber im Einzelfall der Vergleich der Gesamturteile nicht hinreichend aussagekräftig sein, lässt sich ohne weiteres eine – in diesem Fall auch gebotene – „Ausschöpfung“ der Einzelbeurteilungen durchführen. Ausweislich der Gesetzesbegründung sind folgende Konstellationen gemeint:

„Erfasst werden damit insbesondere Fälle, in denen zwar ein gleichwertiges Gesamturteil vorliegt, die zu vergleichenden aktuellen dienstlichen Beurteilungen in den Einzelbewertungen aber dennoch so gravierende Unterschiede aufweisen, dass offensichtlich nicht mehr von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ausgegangen werden kann.“²⁷

Das Gesetz vermeidet also auch in diesen (Ausnahme-)Fällen die Kollision mit Art. 33 Abs. 2 GG.

Unbestritten ist, dass ein ordnungsgemäßer Qualifikationsvergleich nach Art. 33 Abs. 2 GG nur durchgeführt werden kann, wenn die dienstlichen Beurteilungen in ihren Gesamturteilen hinreichend differenziert und aussagekräftig sind. Für unzulässig wurde es in der Rechtsprechung beispielsweise gehalten, wenn eine Behörde undifferenziert durchgehend Spitzennoten vergibt und so einen Vergleich anhand der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG unmöglich macht.²⁸ Sollten die dienstlichen Beurteilungen in bestimmten Bereichen der Verwaltung in NRW allgemein nicht hinreichend aussagekräftig sein – was hier nicht beurteilt werden kann und nicht behauptet werden soll! –, so wäre dies kein spezielles Problem des § 19 Abs. 6 LBG

²⁶ LT-Drs. 16/13532, S. 7.

²⁷ LT-Drs. 16/10380, S. 345.

²⁸ BVerfG (Kammer) NVwZ 2004, 95 f.

NRW, sondern würde das ganze Beurteilungssystem mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbar machen.

(6) Insgesamt ist noch einmal festzuhalten: Bei richtigem Verständnis des nach Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich erforderlichen Qualifikationsvergleichs liegt schon keine Kollision zwischen § 19 Abs. 6 LBG NRW und Art. 33 Abs. 2 GG vor. **§ 19 Abs. 6 LBG NRW ist deshalb bereits aus diesem Grund nicht verfassungswidrig.**

bb) Sollte § 19 Abs. 6 LBG NRW mit Art. 33 Abs. 2 GG kollidieren, so ist die Regelung durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt

Selbst wenn man sich auf den – abzulehnenden – Standpunkt der Verwaltungsgerichtsbarkeit stellt, Art. 33 Abs. 2 GG erfordere die Durchführung eines Qualifikationsvergleich unter „Ausschöpfung“ aller Erkenntnisquellen, so ist § 19 Abs. 6 LBG NRW gleichwohl nicht verfassungswidrig. **§ 19 Abs. 6 LBG NRW lässt sich in diesem Fall durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG rechtfertigen.**

(1) Folgt man der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, ist zunächst lediglich eine Kollision zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und dem Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG festgestellt. Die Kollision zweier Verfassungsgüter ist nach dem Grundsatz „praktischer Konkordanz“ aufzulösen. **Es muss ein verhältnismäßiger, möglichst schonender Ausgleich zwischen den beiden Verfassungsgütern gefunden werden:** zwischen dem Verfassungsauftrag, bestehende Nachteile zwischen den Geschlechtern tatsächlich abzubauen, und der Pflicht zu einer qualifikationsbezogenen Auswahl verschiedener Bewerber bei beamtenrechtlichen Beförderungsentscheidungen. Die Herstellung eines schonenden Ausgleichs zwischen den genannten Verfassungsgütern ist gerade die Aufgabe des Gesetzgebers.

(2) Beschränkungen des Art. 33 Abs. 2 GG durch kollidierendes Verfassungsrecht sind nicht lediglich eine theoretische Idee, die in der verfassungsrechtlichen Literatur diskutiert wird, sondern waren oder sind Gegenstand der Gesetzgebung. Prominentes Beispiel ist das frühere Gesetz über **Hilfsmaßnahmen für Spätheimkehrer**. Nach dessen § 9a waren so genannte Spätheimkehrer, also deutsche Kriegsgefangene, die erst nach dem 1. Januar 1948 entlassen worden waren, bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst zu bevorzugen. Hierzu mussten sie lediglich die unerlässlichen Mindestvoraussetzungen für das entsprechende Amt erfüllen.²⁹ Solche Ausnahmen vom Grundsatz der Bestenauslese werden durch das kollidierende Verfassungsgut des Sozialstaatsprinzips gerechtfertigt. **Die grundsätzliche Möglichkeit einer Beschränkung von Art. 33 Abs. 2 GG hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 ausdrücklich anerkannt:**

²⁹ S. z. B. BVerwGE 6, 347 (349).

„(D)er weite Ermessens- und Beurteilungsspielraum, den Art. 33 Abs. 2 GG den Einstellungsbehörden zur Verfügung stellt (...), kann durch eine gesetzliche Ausgestaltung und ggf. auch Gewichtung der Eignungskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG eingeschränkt werden, wenn damit vorrangig andere, ebenfalls verfassungslegitime Ziele verfolgt werden.“³⁰

Die Entscheidung bezog sich zwar auf eine Ausnahme von Art. 33 Abs. 2 GG aus sozialstaatlichen Gründen, sie lässt sich aber ohne weiteres auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG übertragen.

(3) Durch die bisherige Ausgestaltung der Frauenquotenregelungen in Verbindung mit der verwaltungsgerichtlichen Vorgabe, eine Ausschöpfung der aktuellen und vorhergehenden Beurteilungen vorzunehmen, wird die Kollision zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG einseitig zu Gunsten von Art. 33 Abs. 2 GG aufgelöst. Je differenzierter die Qualifikationskriterien angewandt werden, desto weniger kann die Quote zum Tragen kommen. Denn **wenn praktisch immer ein Bewerber oder eine Bewerberin als der oder die bestqualifizierte eingestuft werden muss, dann läuft letztlich jede leistungsbezogene Quotenregelung ins Leere.** Die „klassischen“ Frauenquotenregelungen, wie beispielsweise die Vorgängerregelung des § 20 Abs. 6 LBG NRW, haben deswegen praktisch keinen Anwendungsbereich. Diese Aushöhlung der herkömmlichen Frauenquotenregelungen in der Praxis wirft die Frage auf, ob damit tatsächlich ein schonender Ausgleich zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG hergestellt wird, wie er verfassungsrechtlich gefordert ist.

(4) Es ist weiterhin irreführend, das Kriterium des Geschlechts bei der Auswahlentscheidung **pejorativ als bloßes Hilfskriterium zu bezeichnen.** Staatliche Stellen sind vielmehr verfassungsrechtlich durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verpflichtet, bei beamtenrechtlichen Beförderungen tatsächlich zu Lasten von Frauen bestehende Nachteile zu beseitigen. Andere nicht leistungsbezogene ermessensleitende Kriterien, die bei Auswahlentscheidungen herangezogen werden können, haben keine gleichwertige verfassungsrechtliche Verankerung.

(5) Wie bereits erläutert, weicht § 19 Abs. 6 LBG NRW nicht vom Grundprinzip der qualifikationsbezogenen Auswahl ab. Die Bevorzugung von Frauen kommt nur zur Anwendung, wenn ein Gleichstand in der Gesamtbeurteilung gegeben ist. Soweit die Gesamtbeurteilungen im

³⁰ BVerwGE 109, 295 (301). Die Entscheidung befasste sich mit § 9 BPersVG, der Art. 33 Abs. 2 GG aus sozialstaatlichen Gründen beschränkt. § 9 BPersVG gewährt Auszubildenden, die in der Personalvertretung tätig sind, einen besonderen Übernahmeanspruch nach Abschluss der Ausbildung. S. auch BVerwGE 132, 110 (113). Das BVerfG hat vor kurzem eine weitere Modifikation des Art. 33 Abs. 2 GG zugelassen: Bei den Bundesrichterwahlen werde der Leistungsgrundsatz durch die kollidierende verfassungsrechtliche Vorgabe der Beteiligung des Wahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG eingeschränkt.

Einzelfall nicht aussagekräftig sein sollten, erlaubt § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW den Vergleich der aktuellen Einzelbeurteilungen und den Rückgriff auf eventuelle Vorbeurteilungen. **Der Verzicht auf die „Ausschöpfung“ der Beurteilung für den Regelfall ist keine gravierende Beschränkung des Leistungsprinzips aus Art. 33 Abs. 2 GG** (wenn man – anders als der Verfasser [s. o. S. 11] – davon ausgeht, dass Art. 33 Abs. 2 GG eine Ausschöpfung erfordert).

(6) Selbst wenn man in § 19 Abs. 6 LBG NRW eine Kollision mit Art. 33 Abs. 2 GG sehen sollte, so ist diese Kollision somit durch den Förderauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt.

III. „Abfederung“ der Wirkung zu Lasten männlicher Mitbewerber

Eher problematisch erscheint, ob § 19 Abs. 6 LBG NRW auch praktische Konkordanz zum besonderen Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG herstellt.

„Niemand darf wegen seines Geschlechtes (...) benachteiligt oder bevorzugt werden.“
(Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG)

§ 19 Abs. 6 LBG NRW normiert, dass Frauen (bei Qualifikationsgleichstand) bei beamtenrechtlichen Beförderungen aufgrund ihres Geschlechts bevorzugt werden. Darin liegt eine Ungleichbehandlung zu Lasten männlicher Mitbewerber. Diese Ungleichbehandlung lässt sich ebenfalls durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG rechtfertigen.³¹ Wie zu erwarten war, hat eine in der Form des § 19 Abs. 6 LBG NRW geregelte Frauenquote allerdings einen deutlich größeren tatsächlichen Anwendungsbereich und wirkt sich damit stärker zu Lasten männlicher Mitbewerber aus. Ein schonender Ausgleich zwischen dem Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und dem Gebot der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG erfordert deshalb, **dass auch männliche Kandidaten trotz der Frauenquotenregelung weiterhin eine reale Chance auf Beförderung haben.**

Wie sich die tatsächlichen Beförderungschancen männlicher Beamte in NRW in den unterschiedlichen Bereichen der Verwaltung derzeit darstellen, kann hier nicht beurteilt werden. Sieht der Gesetzgeber – auch angesichts der gesammelten praktischen Erfahrungen mit der neuen Quotenregelungen aus § 19 Abs. 6 LBG NRW – hier Handlungsbedarf, so ist auf eine bereits im Gutachten aufgezeigte Lösungsmöglichkeit zur Herstellung praktischer Konkordanz zu verweisen:

³¹ Ausführlich hierzu *Papier/Heidebach*, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, 2014, S. 7 ff. (s. oben Fn. 2).

„Zu erwägen ist beispielsweise eine **„Deckelung“ der Quotenregelung**, indem sie nur solange angewandt wird, bis in einem durch den Frauenförderplan festgelegten zeitlichen Intervall von drei Jahren bei den vorgesehenen Beförderungen für eine Führungsebene ein Frauenanteil von 50 Prozent erreicht wird. Wenn bereits 50 Prozent der in diesem Zeitraum für Beförderungen vorgesehenen Stellen mit Frauen besetzt wurden, wäre eine weitere Beförderung von Frauen auf die übrigen Führungspositionen nicht ausgeschlossen, die Beförderung kann nur nicht mehr auf Grundlage der Quotenregelung erfolgen. Durch diese Form der „Deckelung“ der Quote hätten männliche Bewerber in jedem Fall die Chance, 50 Prozent der für Beförderungen zur Verfügung stehenden Stellen zu erlangen. Hierin kann keine unverhältnismäßige Benachteiligung zulasten der Männer gesehen werden.“³²

D. Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung

Abschließend soll noch eine kurze Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung des § 19 Abs. 6 LBG NRW vorgenommen werden. Ausweislich der Begründung ist deren Ziel, „die beiden Verfassungsgrundsätze der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) und der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) für Frauen und Männer miteinander in Einklang zu bringen“³³.

Im Regelungsvorschlag ist keine Quotenregelung zu Gunsten von Frauen bei Beförderungen mehr vorgesehen. Das Gesetz würde damit im Hinblick auf die Förderung von Frauen hinter den Stand der Vorgängerregelung des § 20 Abs. 6 LBG NRW alte Fassung zurückfallen. Die in § 19 Abs. 6 Satz 2 und 3 vorgeschlagenen Vorgaben zur Vermeidung der mittelbaren Diskriminierung von Frauen, die häufiger in Teilzeit tätig und mit Familienarbeit belastet sind, stellen keine Neuerungen dar. Sie sind (sinngemäß) bereits in dem für beamtenrechtliche Beförderungen anwendbaren Landesgleichstellungsgesetz NRW enthalten (§ 10 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2; § 13 Abs. 4 Satz 2 LGG). Eine Wiederholung dieser Vorgaben in § 19 Abs. 6 LBG NRW hat damit lediglich deklaratorische Wirkung.

§ 19 Abs. 6 Satz 4 neue Fassung ist ebenfalls nicht notwendig; es ist selbstverständlich, dass verwaltungsrechtliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume durch Verwaltungsvorschriften ausgefüllt werden können.

Der Neuvorschlag von § 19 Abs. 6 LBG NRW könnte somit ohne Verlust an Regelungsgehalt auch schlicht lauten:

³² *Papier/Heidebach*, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, 2014, S. 47 f. (s. oben Fn. 2). Hervorhebung durch den Verfasser.

³³ LT-Drs. 16/13532, S. 1.

„Beförderungen sind nach den Grundsätzen des § 9 des Beamtenstatusgesetzes vorzunehmen.“

Ein schonender Ausgleich von Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG wird damit nicht vorgenommen. Im Gegenteil: Frauenförderung wird mit dieser Vorschrift für Beförderungen abgeschafft. Aus rechtsvergleichender Perspektive ist darauf hinzuweisen, dass mittlerweile bis auf Bayern und Sachsen alle Länder und der Bund leistungsbezogene Frauenquotenregelungen vorsehen.