



LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

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



**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der CDU und der  
Fraktion der FDP**

**Gesetz zur Änderung des Landesbeamtengesetzes Nordrhein-West-  
falen und weiterer landesrechtlicher Vorschriften**

im Auftrag des

Haushalts- und Finanzausschusses des Landtags NRW

**Dr. Martin Heidebach**

**1. September 2017**

Institut für Politik und Öffentliches Recht

Juristische Fakultät

Ludwig-Maximilians-Universität München

LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME  
17/10**

A07, A03



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Zusammenfassung: Verfassungskonformität des geltenden § 19 Abs. 6 LBG NRW – keine Notwendigkeit für ein gesetzgeberisches Eingreifen .....</b>	<b>2</b>
<b>C. Die Entscheidung des OVG Münster vom 21. Februar 2017.....</b>	<b>4</b>
<b>I. OVG Münster macht seine eigene Auslegung zum verfassungsrechtlichen Maßstab .....</b>	<b>4</b>
1. Das strenge Verständnis von Art. 33 Abs. 2 GG des OVG Münster ist nicht der allgemeinverbindliche verfassungsrechtliche Maßstab .....	4
a) Das Bundesverfassungsgericht vertritt eine andere Auffassung als das OVG Münster	5
b) Nicht alle Obergerichte teilen die Rechtsmeinung des OVG Münster .....	7
c) Die strenge Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG durch das OVG Münster ist relativ neu	8
d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen für den Gesetzentwurf .....	8
2. Der Landtag sollte in diesem Kompetenzkonflikt nicht zurückstecken .....	9
<b>II. Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Frauenförderung wird vom OVG Münster nicht hinreichend berücksichtigt .....</b>	<b>9</b>
1. Das OVG Münster lehnt ohne jede Begründung ab, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG dem Qualifikationsvergleich aus Art. 33 Abs. 2 GG überhaupt Grenzen setzen kann. ....	10
2. Die Abwägungsentscheidung des OVG Münster überzeugt nicht .....	11
a) Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers wird missachtet .....	12
b) Das vom OVG Münster vorgeschlagene Mittel ist nicht gleich effektiv .....	13
c) Das vom OVG Münster vorgeschlagene Mittel beeinträchtigt Art. 33 Abs. 2 GG stärker als § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW .....	14
<b>III. Zusammenfassung: Auf die Entscheidung des OVG Münster lässt sich die Bewertung als verfassungswidrig keineswegs stützen .....</b>	<b>16</b>
<b>D. Die Frage der Gesetzgebungskompetenz für § 19 Abs. 6 LBG NRW .....</b>	<b>17</b>
<b>I. Das Land dürfte bereits wegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG die Kompetenz haben .....</b>	<b>17</b>
<b>II. § 9 BeamStG entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW .....</b>	<b>18</b>
<b>III. Verfassungspolitische Bewertung .....</b>	<b>21</b>

## A. Einführung

Der Haushalts- und Finanzausschuss des Landtags NRW hat mich gebeten, als Sachverständiger zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP „Gesetz zur Änderung des Landesbeamtengesetzes Nordrhein-Westfalen und weiterer landesrechtlicher Vorschriften“, LT-Drs. 17/78, Stellung zu nehmen.

§ 19 Abs. 6 LBG NRW war zum 1. Juli 2016 neu gefasst worden, um eine bessere Frauenförderung bei der Besetzung von Führungspositionen des Öffentlichen Dienstes in NRW zu ermöglichen. Es hatte sich gezeigt, dass die im bisherigen § 20 Abs. 6 LBG NRW vorgesehene Quotenregelung aufgrund ihrer sehr restriktiven Handhabung in Rechtsprechung und Verwaltung kaum zur Anwendung kam. Der vorliegende Gesetzentwurf möchte jetzt die Neuregelung rückgängig machen und den alten Rechtszustand, der sich als zur Frauenförderung wenig geeignet erwiesen hat, wiederherstellen.

Als Hauptargument für den Gesetzentwurf führt die Begründung an, § 19 Abs. 6 LBG NRW sei in seiner bisherigen Form verfassungswidrig. Bereits in meiner Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung am 19. Januar 2017 zu einem ähnlichen Gesetzentwurf der Fraktion der CDU<sup>1</sup> habe ich ausführlich dargelegt, dass das nicht zutrifft. **Verfassungsrechtlich fragwürdig war vielmehr die Anwendung des früheren § 20 Abs. 6 LBG NRW durch die Verwaltung und insbesondere die Rechtsprechung des Landes.**<sup>2</sup> Wird der Gesetzentwurf verabschiedet, so ist zu befürchten, dass die Frauenquotenregelung wiederum durch Exekutive und Judikative weitgehend ausgehebelt wird.<sup>3</sup>

**Es ist noch einmal zu betonen, dass die Wiederherstellung des alten, zur Frauenförderung wenig geeigneten Rechtszustands nicht verfassungsrechtlich „zwingend erforderlich“<sup>4</sup> ist. Es handelt sich vielmehr um eine rein politische Entscheidung, die auch so begründet werden sollte.** Der 4. Landesgleichstellungsbericht zeigt im Übrigen, dass das gesellschaftspolitische Problem der Unterrepräsentation von Frauen in Führungspositionen in NRW weiterhin besteht.

Wie bereits erwähnt, habe ich in meiner Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung vom 19. Januar 2017<sup>5</sup> eingehend begründet, weshalb die bisherige Regelung des

---

<sup>1</sup> Auch dieser Gesetzentwurf (LT-Drs. 16/13532) zielte darauf ab, die Neuregelung des § 19 Abs. 6 LBG NRW rückgängig zu machen und begründete dies mit seiner Verfassungswidrigkeit. Meine damalige Stellungnahme ist als [Landtags-Stellungnahme 16/4574](#) abrufbar.

<sup>2</sup> S. dazu *Papier/Heidebach*, Gutachten für das Land Nordrhein-Westfalen zur Frage der Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, 2014, S.42 f.; das Gutachten ist [hier](#) abrufbar.

<sup>3</sup> Nach dem [4. Landesgleichstellungsbericht NRW](#), S. 105 f., wurde die alte Regelung über die Frauenförderung im Berichtszeitraum nur bei 1,3 % der Beförderungen angewendet.

<sup>4</sup> So aber die Gesetzesbegründung, LT-Drs. 17/78, S. 13.

<sup>5</sup> S. [Landtags-Stellungnahme 16/4574](#).

§ 19 Abs. 6 LBG NRW mit dem Grundgesetz in Einklang steht. Die Ergebnisse fasse ich unter Bezugnahme auf meine damalige Stellungnahme im Folgenden unter B. zusammen, ergänzt um einige neue Aspekte, auf die sich die Gesetzesbegründung besonders stützt. Anschließend setze ich mich mit den beiden zentralen Argumenten der Gesetzesbegründung auseinander, namentlich der Entscheidung des OVG Münster vom 21. Februar 2017 (C.) und der Frage der Gesetzgebungskompetenz für § 19 Abs. 6 LBG NRW (D.).

Mit der Thematik der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Frauenquoten 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 befasst; 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**, 2014<sup>6</sup> oder zuletzt *Papier/Heidebach*, Frauenquoten im öffentlichen Dienst, Bonn 2016.

## **B. Zusammenfassung: Verfassungskonformität des geltenden § 19 Abs. 6 LBG NRW – keine Notwendigkeit für ein gesetzgeberisches Eingreifen**

- I. Die einzige Instanz der deutschen Verfassungsordnung, die ein Gesetz als grundgesetzwidrig für ungültig erklären kann, ist das Bundesverfassungsgericht. Die Verwaltungsgerichte und auch das OVG Münster, auf die sich jetzt die Gesetzesbegründung wieder beruft, können die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nicht verbindlich feststellen. Der Landesgesetzgeber sollte sich deshalb durch verfassungsrechtliche Ausführungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht unter Druck setzen lassen, § 19 Abs. 6 LBG NRW zu ändern. Aus verfassungspolitischer Sicht ist dem Landtag zu raten, die kompetenzüberschreitende Entscheidung des OVG Münster nicht noch dadurch zu bestätigen, dass er § 19 Abs. 6 LBG NRW aufhebt (unten C. I.).
- II. Der Landtag NRW hat die Kompetenz für den Erlass von § 19 Abs. 6 LBG NRW. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Beamtenstatusrecht erstreckt sich nicht auf landesrechtliche Beförderungsentscheidungen. Jedenfalls ist § 9 BeamtStG keine abschließende Ausübung der Bundeskompetenz.  
Diese Einschätzung hat das OVG Münster in seiner Entscheidung vom 21. Februar 2017 implizit bestätigt, weil es die verfassungsrechtlichen Bedenken der Verwaltungsgerichte in diesem Punkt nicht aufgegriffen hat. Die Gesetzesbegründung bringt keine überzeugenden Argumente dafür, weshalb dem Landesgesetzgeber die Kompetenz für § 19 Abs. 6 LBG NRW fehlen sollte (unten D.). Der Landtag

---

<sup>6</sup> Der vollständige Text des Gutachtens ist [hier](#) abrufbar.

sollte auch bedenken, dass er sich für die Frage beamtenrechtlicher Frauenfördermaßnahmen selbst entmachtet, wenn er sich dafür die Gesetzgebungskompetenz abspricht.

- III. § 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 „Ausschärfung“ der Gesamtbeurteilung ist Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu entnehmen. Die anders lautende Sichtweise des OVG Münster beruht auf seiner eigenen Interpretation des Art. 33 Abs. 2 GG. Die Argumentation des OVG Münster ist schon deshalb fragwürdig, weil das Gericht seine eigene Rechtsprechung zum allgemeingültigen verfassungsrechtlichen Maßstab erhebt und somit praktisch in eigener Sache entscheidet. Seine Auffassung findet zudem keine Stütze in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (unten C. I.).
- IV. 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 Gesetzgeber 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. Die vom OVG Münster durchgeführte Abwägung zwischen den beiden Verfassungsgütern ist unzutreffend. Das Gericht spricht der geltenden Regelung die Erforderlichkeit ab. Dabei verkennt es den Einschätzungsvorrang des Gesetzgebers. Außerdem ist der vom OVG Münster vorgebrachte Alternativvorschlag weder praktikabel, noch ist er effektiver als § 19 Abs. 6 LBG NRW. Zudem würde das Konzept des OVG Münster Art. 33 Abs. 2 GG stärker beeinträchtigen als die geltende Frauenquotenregelung (unten C. II.).
- V. Ein Handeln des Gesetzgebers ist deshalb aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht notwendig. Die Wiederherstellung des alten, zur Frauenförderung wenig geeigneten Rechtszustands ist vielmehr eine politische Entscheidung, die auch politisch begründet werden sollte.
- VI. Die Gesetzesbegründung orientiert sich stark an der Entscheidung des OVG Münster. In dieser Entscheidung wird der geltende § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW ausdrücklich für verfassungskonform befunden. Wenn der Gesetzgeber also überhaupt handeln wollte – was aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht erforderlich ist –, dann sollte er zumindest nur § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW aufheben.

### **C. Die Entscheidung des OVG Münster vom 21. Februar 2017**

Zur Verdeutlichung, dass § 19 Abs. 6 LBR NRW in seiner jetzigen Form gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstößt, übernimmt die Gesetzesbegründung maßgeblich die Entscheidung des OVG Münster vom 21. Februar 2017.<sup>7</sup> Diese Entscheidung soll hier deshalb besonders betrachtet werden.

Die Entscheidung erging im einstweiligen Rechtsschutz, im Anschluss an die erstinstanzlichen Beschlüsse der Verwaltungsgerichte, die § 19 Abs. 6 LBG NRW für verfassungswidrig hielten. Wenig überraschend hat sich das OVG Münster der verfassungsrechtlichen Bewertung der Verwaltungsgerichte im Ergebnis angeschlossen. Allerdings ist festzuhalten, dass das Gericht lediglich § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW als verfassungswidrig eingestuft hat. § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW hat das OVG Münster hingegen ausdrücklich als verfassungskonform angesehen.<sup>8</sup> Da sich die Gesetzesbegründung so eng an die Argumentation des Gerichts anlehnt, wäre es also konsequent, wenn der Gesetzentwurf es zumindest dabei belassen würde, § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW aufzuheben.

#### **I. OVG Münster macht seine eigene Auslegung zum verfassungsrechtlichen Maßstab**

Die Entscheidung des OVG Münster ist wenig überraschend, weil die sehr restriktive Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG, die die frühere Frauenquotenregelung praktisch wirkungslos machte, von diesem Gericht – genaugenommen vom gleichen Senat – stammt. Ein Ziel des Gesetzgebers war es, mit der Neuregelung des § 19 Abs. 6 LBG NRW diese Auslegung bei der Anwendung der Frauenquote zu unterbinden und damit die Frauenförderung bei Beförderungsentscheidungen zu stärken.<sup>9</sup> Das OVG Münster verwirft diese gesetzgeberische Entscheidung, indem es seine eigene Interpretation der Qualifikationsmerkmale von Art. 33 Abs. 2 GG kurzerhand zum allgemeingültigen verfassungsrechtlichen Maßstab erhebt.<sup>10</sup>

##### **1. Das strenge Verständnis von Art. 33 Abs. 2 GG des OVG Münster ist nicht der allgemeinverbindliche verfassungsrechtliche Maßstab**

Zur Verdeutlichung soll die Ansicht des OVG Münster, wie sie auch in dem Beschluss vom 21. Februar wiederholt wird,<sup>11</sup> kurz zusammengefasst werden: Art. 33 Abs. 2 GG enthält einen strengen Grundsatz der Bestenauslese. Bei einer beamtenrechtlichen Beförderungsentcheidung kann deshalb noch nicht von einem Qualifikationsgleichstand ausgegangen werden, wenn zwei Bewerber das gleiche Gesamturteil aufweisen. In diesem Fall müssen die

---

<sup>7</sup> OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1109/16 (Randnummern zitiert nach NVwZ 2017, 807). Am selben Tag ergingen weitere, ähnlich lautende Entscheidungen in Parallelverfahren.

<sup>8</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 27 ff.

<sup>9</sup> S. die Gesetzesbegründung zur Neufassung von § 19 Abs. 6 LBG NRW, LT-Drs. 16/10380, S. 344 f.

<sup>10</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 40.

<sup>11</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 18 ff.

Einzelfeststellungen, auf denen das Gesamturteil beruht, ausgewertet werden (so genannte Ausschärfung). Ist danach immer noch von einem Gleichstand der beiden Kandidaten auszugehen, sind frühere Beurteilungen heranzuziehen, die nach demselben Prinzip – Ausschärfung der Einzelfeststellungen bei gleichem Gesamturteil – auszuwerten sind. Erst wenn es nach diesem Verfahren beim Qualifikations-Patt bleibt, darf auf die Frauenquotenregelung zurückgegriffen werden; in den Worten des Gerichts:

„Auf Hilfskriterien, zu denen nach der Rechtsprechung des Senats auch die Frauenförderung gehört, kommt es erst in einem weiteren Schritt an. Vorauszugehen hat stets eine den dargestellten Anforderungen genügende Feststellung eines Qualifikationsgleichstands zwischen den konkurrierenden Bewerbern.“<sup>12</sup>

Nach diesen Ausführungen dürfte noch einmal klar sein, weshalb die alte Frauenquotenregelung aus § 20 Abs. 6 LBG NRW praktisch keine Wirkung entfalten konnte. Der Qualifikationsvergleich musste so kleinteilig durchgeführt werden, dass es fast immer zu einer Reihung der Bewerberinnen und Bewerber kam, was die Anwendung der Frauenquotenregelung ausschloss.

#### **a) Das Bundesverfassungsgericht vertritt eine andere Auffassung als das OVG Münster**

Entgegen der Behauptung des Gerichts ist dieses strenge Verständnis des Grundsatzes der Bestenauslese allerdings keineswegs zwingend und bundesweit anerkannt. In seiner Entscheidungsbegründung suggeriert das OVG Münster, seine Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG werde durch das Bundesverfassungsgericht geteilt. Dabei sollte schon die konkrete Formulierung stutzig machen: Das OVG Münster führt aus, seine Rechtsprechung habe „auch in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (...) Eingang gefunden.“<sup>13</sup> Die Sichtweise des OVG Münster hat das Bundesverfassungsgericht aber keineswegs bestätigt. Soweit sich das Bundesverfassungsgericht bislang zu der Frage der Ausschärfungen geäußert hat, deutet seine Rechtsprechung wohl eher in eine andere Richtung.<sup>14</sup> Im Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Dezember 2015 heißt es wörtlich:

„Die Beurteilungen sind dabei, soweit sie aussagekräftig sind, in ihrer Gesamtheit zugrunde zu legen. Maßgeblich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte gebildet wurde (...). In bestimmten Fällen lässt es

---

<sup>12</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 20.

<sup>13</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 40.

<sup>14</sup> V. Roetteken, jurisPR-ArbR 17/2017 Anm. 6.

Art. 33 Abs. 2 GG zu, dass der Dienstherr die Kandidaten im Anschluss an einen Vergleich der Gesamturteile anhand der für das Beförderungssamt wesentlichen Einzelaussagen der dienstlichen Beurteilungen weiter vergleicht. Dies kommt insbesondere bei wesentlich gleichem Gesamtergebnis in Betracht. Gerade dann kommt den Einzelaussagen nach dem Sinn und Zweck der dienstlichen Beurteilungen, über Leistung und Eignung der Beamten ein differenziertes Bild zu geben, besondere Bedeutung zu.“<sup>15</sup>

„Es sind auch keine zwingenden Gründe des angestrebten Amtes aufgezeigt oder ersichtlich, die einen Rückgriff auf Einzelfeststellungen der Beurteilungen ("Ausschöpfung" beziehungsweise "Ausschärfung") zuließen oder gar erforderten.“<sup>16</sup>

Die beiden Aussagen aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts lassen sich nur so verstehen, dass der Dienstherr nicht gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstößt, wenn er in Ausnahmefällen über den Vergleich der Gesamturteile hinausgeht, indem er eine Ausschärfung der Einzelbewertungen vornimmt. Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Ausschärfung lässt sich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber nicht entnehmen.<sup>17</sup>

Erst im August 2016 hat das Bundesverfassungsgericht erneut zur Thematik der Ausschärfungen Stellung genommen:

„Bei gleichlautenden Gesamturteilen müssten dienstliche Beurteilungen inhaltlich "ausgeschöpft" werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2011 - 2 C 19.10 -, BVerwGE 140, 83 <87 f. Rn. 20> stRspr; überwiegend haben sich auch die Obergerichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angeschlossen, vgl. Bayerischer VGH, Urteil vom 15. April 2016 - 3 BV 14.2101 -, juris, Rn. 24; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 4. Mai 2016 - 6 B 364/16 -, juris, Rn. 8).

Dies hält einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand. Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in erster Linie das abschließende Gesamturteil der dienstlichen Beurteilung maßgeblich. Allerdings kann bei zwingenden Gründen ein Rückgriff auf Einzelfeststellungen der Beurteilungen gleichwohl zulässig oder sogar erforderlich sein. Das Bundesverfassungsgericht sieht in dem geringeren Aussagewert eines Gesamturteils einen solchen zwingenden Grund (...).“<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> BVerfGE 141, 56 Rn. 58 f.

<sup>16</sup> BVerfGE 141, 56 Rn. 63.

<sup>17</sup> V. Roetteken, jurisPR-ArbR 17/2017 Anm. 6.

<sup>18</sup> BVerfG-K, NVwZ 2017, 46 Rn. 91 f.

Auch diese Entscheidung lässt sich nicht als Bestätigung der Rechtsprechung des OVG Münster interpretieren. Abgesehen davon, dass es sich um eine Kammerentscheidung handelt, die der vorhergehende Senatsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht überspielen kann, bleibt es bei der Kernaussage: Die Ausschärfung ist nicht der verfassungsrechtlich geforderte Regelfall, sondern allenfalls der begründungsbedürftige Ausnahmefall. Auch gleichlautende Beurteilungen dürfen (oder müssen) nur dann ausgeschärft werden, wenn das Gesamturteil keine hinreichende Aussagekraft hat.

Das hat gewichtige Folgen für die verfassungsrechtliche Bewertung des § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW: Wie gezeigt ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Dienstherrn *erlaubt*, in bestimmten Fällen eine Ausschärfung vorzunehmen; ihn trifft aber im Regelfall keineswegs eine *Ausschärfungspflicht*, wie es das OVG Münster irrtümlich annimmt. Dies zugrunde gelegt, kollidiert § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW gar nicht mit Art. 33 Abs. 2 GG, weil der Gesetzgeber hier von seinem ihm zustehenden Gestaltungsrecht für beamtenrechtliche Auswahlentscheidungen Gebrauch gemacht hat. Insbesondere sieht § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW nur vor, dass ein gleichwertiges Gesamturteil „in der Regel“ einen Qualifikationsgleichstand herbeiführt. Selbstverständlich gilt dies nicht für den vom Bundesverfassungsgericht erwähnten Ausnahmefall, dass die Gesamturteile nicht hinreichend aussagekräftig sind, so dass die Vorschrift auch in dieser Hinsicht verfassungskonform ist.

Es braucht nicht betont zu werden, dass die maßgebliche gerichtliche Instanz für die verbindliche Auslegung des Grundgesetzes das Bundesverfassungsgericht ist, weil nur dieses Gericht das Recht hat, ein Gesetz mit allgemeingültiger Wirkung aufzuheben (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG). Das OVG Münster ist nach § 31 BVerfGG sogar rechtlich verpflichtet, der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu folgen.<sup>19</sup> Besonders gravierend ist, dass das OVG Münster die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Dezember 2015 zwar in seinem Beschluss zitiert, an der entscheidenden Stelle der Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG aber nicht erwähnt, sondern sich lediglich auf ältere Kammerentscheidungen beruft (denen die Bestätigung seiner Rechtsprechung aber ebenso wenig zu entnehmen ist).<sup>20</sup>

#### **b) Nicht alle Obergerichte teilen die Rechtsmeinung des OVG Münster**

Das OVG Münster behauptet darüber hinaus, auch die Obergerichte anderer Bundesländer folgten seiner Rechtsprechung. Dabei verschweigt es, dass zumindest das OVG Lüneburg der Rechtsprechung ausdrücklich widersprochen hat:

---

<sup>19</sup> So der zutreffende Hinweis von v. Roetteken, jurisPR-ArbR 17/2017 Anm. 6.

<sup>20</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 40.

„Aus dem Grundsatz der Bestenauslese (...) ist nicht herzuleiten, dass Beamte, die in ihrer letzten Beurteilung jeweils dasselbe Gesamturteil mit derselben Binnendifferenzierung erhalten haben, (...), erst dann als aktuell im Wesentlichen gleich beurteilt angesehen werden können, wenn auch die Würdigung der Bewertungen der einzelnen Leistungs- und Befähigungsmerkmale keinen Vorsprung des einen Konkurrenten vor dem anderen ergibt. (...) Vielmehr macht die Antragsgegnerin zutreffend geltend, dass ein genereller Zwang zu einer weiteren inhaltlichen Ausschöpfung aktueller Beurteilungen, tendenziell zu einer ungerechtfertigten Überbewertung nur geringfügiger Unterschiede führen kann.“<sup>21</sup>

### **c) Die strenge Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG durch das OVG Münster ist relativ neu**

Hinzu kommt, dass die vom OVG Münster zur unverrückbaren verfassungsrechtlichen Pflicht erklärte Ausschärfung dienstlicher Beurteilungen auf einer relativ jungen Rechtsprechungsänderung des Gerichts beruht. Erst mit der Entscheidung vom 27. Februar 2004 hat der Sechste Senat des OVG Münster *die Pflicht* zur Ausschärfung „erfunden“.<sup>22</sup> Zuvor war auch das OVG Münster – wie das Bundesverfassungsgericht noch heute – davon ausgegangen, dass der Dienstherr lediglich *das Recht*, aber nicht die Pflicht zur Ausschärfung hat.<sup>23</sup>

### **d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen für den Gesetzentwurf**

Das OVG Münster hat erst vor relativ kurzer Zeit ein restriktives Verständnis des durch Art. 33 Abs. 2 GG geforderten Qualifikationsvergleichs entwickelt. Dieses eigene Verständnis erhebt es jetzt zum allgemeingültigen Verfassungsmaßstab und verwirft deshalb ein Gesetz des Landtags, welches ihm diese Verfassungsklausel ausdrücklich untersagt. Es entscheidet also praktisch in eigener Sache. Dabei setzt es sich nicht mit der Kritik anderer gleichgeordneter Gerichte auseinander und übergeht eine Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die seiner Auffassung zur Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG widerspricht.

Die verfassungsrechtliche Argumentation des Gerichts ist dadurch ganz erheblich entwertet. Auf keinen Fall kann sich der Gesetzgeber darauf berufen, die Entscheidung des OVG Münster mache ein Aufheben des § 19 Abs. 6 LBG NRW „zwingend erforderlich“<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.12.2009 – 5 ME 187/09, Rn. 19 (juris).

<sup>22</sup> OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 626, 627.

<sup>23</sup> Zur historischen Entwicklung der Rechtsprechung des OVG Münster s. *Weisel*, DÖD 2012, 193, 194 f.

<sup>24</sup> So aber LT-Drs. 17/78, S. 13.

## 2. Der Landtag sollte in diesem Kompetenzkonflikt nicht zurückstecken

Er sollte das Gesetz unter diesen Umständen aus verfassungspolitischen Gründen erst recht nicht aufheben. Das OVG Münster hat mit seiner Entscheidung einen Kompetenzkonflikt herbeigeführt. Der Landtag korrigiert eine – aus seiner Sicht – verfehlte Gesetzesauslegung des OVG Münster, indem er diese Auslegung durch § 19 Abs. 6 Satz 2 und 3 LBG NRW ausdrücklich versperrt. Das Gericht erhebt daraufhin seine Auslegung des einfachen Rechts – mit rechtlich zweifelhafter Begründung – zum verfassungsrechtlichen Maßstab und verwirft das Gesetz, um seine ursprüngliche Rechtsansicht durchzusetzen.

Damit überschreitet das OVG Münster die ihm einfach- und verfassungsrechtlich zustehende Rolle. Die Gerichte sind dazu berufen, das Recht anzuwenden und auszulegen, nicht ihre Auslegungsvorstellungen über das Recht zu stellen.

Der Landtag ist demgegenüber das demokratische Zentralorgan des Landes und übt die vom Volk übertragene Staatsgewalt aus (Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen). Es ist deshalb aus Gründen der Demokratie und des Gewaltenteilungsgrundsatzes sehr bedenklich, wenn der Landtag die Kompetenzüberschreitung des OVG Münster noch bestätigt, indem er den angeblich verfassungswidrigen § 19 Abs. 6 LBG NRW aufhebt. Vielmehr wäre es angezeigt, die Instanz entscheiden zu lassen, die das letzte Wort in verfassungsrechtlichen Fragen hat, nämlich das Landesverfassungsgericht – oder noch besser das Bundesverfassungsgericht.

Sollte der vorliegende Gesetzentwurf verabschiedet werden und in der Folge die Frauenquotenregelung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen der restriktiven Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG weiterhin unterlaufen werden, so bleibt den bei Beförderungsentscheidungen übergangenen Frauen noch die Möglichkeit, Rechtsmittel zu ergreifen, um eine Änderung der Rechtsprechung nötigenfalls vor dem Bundesverfassungsgericht zu erstreiten.<sup>25</sup>

### II. Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Frauenförderung wird vom OVG Münster nicht hinreichend berücksichtigt

Selbst wenn man der – unrichtigen – Annahme des OVG Münster folgt, Art. 33 Abs. 2 GG fordere zwingend die Ausschärfung dienstlicher Beurteilungen, dann ist die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW noch lange nicht beendet. Sie steht erst am Anfang, denn damit ist nur festgestellt, dass eine Kollision zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW besteht.

Diese Kollision kann nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen gerechtfertigt sein. Da Art. 33 Abs. 2 GG keinen einschränkenden Gesetzesvorbehalt vorsieht, muss sich

---

<sup>25</sup> S. dazu auch v. Roetteken, jurisPR-ArbR 17/2017 Anm. 6.

der Rechtfertigungsgrund aus dem übrigen Verfassungsrecht ergeben. Als ein solcher Rechtfertigungsgrund mit Verfassungsrang kommt hier Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in Betracht.

**1. Das OVG Münster lehnt ohne jede Begründung ab, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG dem Qualifikationsvergleich aus Art. 33 Abs. 2 GG überhaupt Grenzen setzen kann.**

Das OVG Münster versucht, sich dieser Prüfung dadurch zu entziehen, dass es schlicht bestreitet, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG könne ein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung von Art. 33 Abs. 2 GG sein. Das wird allerdings nicht begründet, sondern nur behauptet:

„Der Senat ist mit dem Bundesverwaltungsgericht der Überzeugung, dass die grundrechtlich verankerte Förderung der Gleichberechtigung nicht darauf gerichtet ist, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG generell einzuschränken.“<sup>26</sup>

Es führt für diese Behauptung kein einziges Argument an, sondern beruft sich ausschließlich auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Die in Bezug genommene Stelle der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist deshalb näher zu untersuchen. Dort heißt es:

„Zwar sind die Förderung der Gleichberechtigung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG und das Verbot der Benachteiligung Behinderter in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG grundrechtlich verankert. Beide verfassungsrechtlichen Grundsätze sind aber nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe öffentlicher Ämter generell einzuschränken. Die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen ist sowohl nach dem Unionsrecht (insb. Richtlinie 2006/54/EG) als auch nach § 8 Satz 1 BGlG ausdrücklich auf die Fälle gleicher Qualifikation beschränkt und greift überdies nur ein, wenn nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.“<sup>27</sup>

Zur Beurteilung des verfassungsrechtlichen Verhältnisses von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 33 Abs. 2 GG beruft sich das Bundesverwaltungsgericht also auf europarechtliche Vorgaben und das einfache Bundesrecht. Letzteres Argument ist unmittelbar abzulehnen, weil das einfache Recht nicht zur verbindlichen Auslegung des höherrangigen Verfassungsrechts herangezogen werden kann. Die vom Bundesverwaltungsgericht angesprochene Richtlinie 2006/54/EG ist nicht zu entnehmen, dass Frauen allgemein nur bei Qualifikationsgleichstand bevorzugt werden dürfen. In Art. 3 der Richtlinie heißt es vielmehr:

<sup>26</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807, Rn. 44.

<sup>27</sup> BVerwGE 140, 83 Rn. 21.

„Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags beibehalten oder beschließen.“

Der angesprochen Art. 141 Abs. 4 EGV findet sich heute in Art. 157 Abs. 4 AEUV und lautet:

„Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“

Diese Argumente können die Behauptung, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG sei „nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG generell einzuschränken“, daher in keiner Weise tragen. Da das OVG Münster keine weiteren Gründe für seine Sichtweise vorbringt, erweist sich die im Folgesatz anschließende, weitere Behauptung, „(d)ie bevorzugte Berücksichtigung von Frauen ist vielmehr auf die Fälle gleicher Qualifikation beschränkt“<sup>28</sup>, als Zirkelschluss.

Der vom OVG Münster (und zuvor auch vom Bundesverwaltungsgericht) angeführte Berührungspunkt zu Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG besteht im Übrigen nicht. Während in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG lediglich geregelt ist, dass niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf, enthält Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG einen Auftrag an den Staat, bestehender Nachteile für Frauen aktiv zu beseitigen. Der Wortlaut der Verfassung ist hier schlicht unterschiedlich, deshalb können auch die rechtlichen Vorgaben nicht gleichgesetzt werden.

Abgesehen davon setzt sich das OVG Münster auch in dieser Frage nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinander, die Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG sehr wohl als kollidierendes Verfassungsrecht ansieht, das anderen Verfassungspositionen entgegen gehalten werden kann.<sup>29</sup>

## **2. Die Abwägungsentscheidung des OVG Münster überzeugt nicht**

Auch das OVG Münster scheint von seiner eigenen Herangehensweise, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG könne überhaupt keine Begrenzung von Art. 33 Abs. 2 GG rechtfertigen, nicht restlos überzeugt zu sein. Es führt deshalb am Ende doch eine Abwägungsentscheidung zwischen den beiden Verfassungsgütern durch.

---

<sup>28</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 44.

<sup>29</sup> BVerfGE 92, 91, 109; 114, 357, 370.

Diese Abwägung bezeichnet das OVG Münster als Herstellung praktischer Konkordanz,<sup>30</sup> bei der ein möglichst schonender Ausgleich der betroffenen Verfassungsvorgaben hergestellt werden soll. In der vorliegenden Konstellation geht es um die Frage, inwieweit der Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG den Besonderen Gleichheitssatz aus Art. 33 Abs. 2 GG beschränken kann. Deshalb kann hier zur Herstellung der praktischen Konkordanz auf den klassischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückgegriffen werden, mit seinem Dreischritt aus Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. In der Sache geht auch das OVG Münster so vor, weil es der Regelung des § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW die Erforderlichkeit abspricht. Das OVG Münster schlägt ein alternatives Konzept vor, zu dem es ausführt: „Als milderes, aber auf längere Sicht nicht weniger effektives Mittel – mit dem Nebeneffekt einer größeren gesellschaftlichen Akzeptanz – gebührt dem der Vorrang vor einem Eingriff in das Prinzip der Bestenauslese.“<sup>31</sup> Diese verfassungsrechtliche Bewertung ist aus drei Gründen abzulehnen:

**a) Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers wird missachtet**

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein Mittel im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung „erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können“.<sup>32</sup> Im vorliegenden Fall ist also die Frage zu beantworten, ob es ein für das Ziel der Frauenförderung in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes ein gleich effektives Mittel gibt wie den vom Gesetzgeber gewählten § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW, das Art. 33 Abs. 2 GG weniger stark beeinträchtigt.

Die Effektivität eines Mittels, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, hängt von vielen verschiedenen Faktoren ab. Es handelt sich um eine wertende Entscheidung. Deshalb gehört es zur gefestigten Dogmatik der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Bundesverfassungsgerichts, dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einen weiten Einschätzungsspielraum zu belassen und die gesetzgeberische Entscheidung nicht mit eigenen Wertungen zu überspielen.<sup>33</sup> Das Bundesverfassungsgericht spricht deshalb auch von der „Einschätzungsprärogative“<sup>34</sup> des Gesetzgebers, worin der grundsätzliche Vorrang der gesetzgeberischen Entscheidung zum Ausdruck kommt.

Das OVG Münster geht nicht darauf ein, dass der Gesetzgeber einen solchen Einschätzungsspielraum hat, sondern bringt direkt seinen eigenen Vorschlag ins Spiel.<sup>35</sup> Auch hierin ist

---

<sup>30</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 54.

<sup>31</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 60.

<sup>32</sup> BVerfGE 30, 292, 316; ständige Rechtsprechung.

<sup>33</sup> S. nur *Jarass/Piero*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 123.

<sup>34</sup> Z. B. BVerfGE 102, 197, 218.

<sup>35</sup> Kritisch auch v. *Roetteken*, jurisPR-ArbR 17/2017 Anm. 6.

eine bedenkliche Kompetenzüberschreitung des Gerichts gegenüber dem demokratischen Zentralorgan Landtag zu sehen.

**b) Das vom OVG Münster vorgeschlagene Mittel ist nicht gleich effektiv**

Nimmt man dennoch an, das OVG Münster sei – unter Missachtung des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers – zu einem Alternativvorschlag befugt, so ist dieser näher zu untersuchen.

Dem OVG Münster schwebt folgendes Konzept zur Frauenförderung vor:<sup>36</sup> Eignungsaussagen in dienstlichen Beurteilungen müssten nicht zwingend allein oder vorrangig an die erbrachten dienstlichen Leistungen und an die im beruflichen Alltag gewonnenen Erfahrungen anknüpfen. Der Qualifikationsvorsprung vieler Männer sei oftmals Ergebnis einer unterbrechungslosen Erwerbsbiographie, während viele Frauen durch ihre familiären Pflichten sowohl an der Erbringung beruflicher Leistungen als auch am Erwerben beruflicher (Zusatz-)Qualifikationen gehindert würden. Tatsächliche Unterschiede dieser Art würden relativiert oder könnten ganz kompensiert werden, wenn bei der dienstlichen Beurteilung hierauf angemessen Rücksicht genommen würde.

Der Vorschlag dürfte demnach so zu verstehen sein, dass künftig auch außerdienstliche Umstände wie die Kindererziehung oder die Pflege von Angehörigen in die dienstlichen Beurteilungen einzufließen hätten.<sup>37</sup>

Erstens stellt sich schon die Frage, wie dieser Vorschlag praktisch umgesetzt werden sollte. Der Beurteilende müsste beispielsweise ermitteln, ob eine Beamtin durch die Erziehung ihrer Kinder tatsächlich für ihr jeweiliges Amt dienliche Erfahrungen erwirbt. Des Weiteren ist völlig unklar, wie außerdienstliche Leistungen mit dienstlichen Leistungen vergleichbar gemacht werden sollen. Als Beispiel sei hier der Polizeidienst angeführt, in dem die Anwendung von § 19 Abs. 6 LBG NRW offensichtlich besonders kontrovers diskutiert wird: Wie lässt sich das Engagement bei der Erziehung von Kindern mit der Erfahrung aus einer bestimmten Anzahl von Praxiseinsätzen ins Verhältnis bringen? Bei näherer Betrachtung liegt es auf der Hand, dass der Vorschlag des OVG Münster praxisuntauglich ist.

Zweitens räumt das OVG Münster selbst ein, dass sein Konzept nicht gleich effektiv ist. „Der Senat verkennt nicht, dass die Korrektur der bestehenden Nachteile für Frauen bei der Besetzung höherwertiger Ämter auf diesem Wege eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen voraussetzt, die über einen längeren Zeitraum stattfinden müssen und nicht sofort, sondern nur

---

<sup>36</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 58 ff.

<sup>37</sup> So auch das Verständnis der Entscheidung in der Anmerkung von *Trierweiler/Baumanns*, NVwZ 2017, 814, 815.

allmählich in allen Ebenen des öffentlichen Dienstes greifen.“<sup>38</sup> § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW ist hingegen ein Instrument der Frauenförderung, das sofort und wirksam greift. Das war auch das Ziel des Gesetzgebers. Ist das Konzept des OVG Münster aber nicht genauso effektiv, dann kann § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW nicht die Erforderlichkeit abgesprochen werden.

Drittens gibt das Gericht zu bedenken, dass durch seinen Vorschlag nur Frauen in den Genuss einer Bevorzugung kommen würden, die auch tatsächlich aufgrund ihrer familiären Situation benachteiligt seien.<sup>39</sup> Das OVG Münster blendet dabei aus, dass Frauen zwar auch, aber nicht nur auf Grund von Doppelbelastung am beruflichen Fortkommen in Führungspositionen gehindert sind. Das ist keine Lappalie, sondern übersieht einen wesentlichen Aspekt der gleichstellungspolitischen Diskussion: die strukturelle Benachteiligung von Frauen aufgrund ihres Geschlechts.<sup>40</sup> Es geht hier beispielsweise um die Frage, ob Frauen aufgrund Geschlechterstereotypen weniger zugetraut wird, Führungsaufgaben zu übernehmen, oder inwieweit aufgrund der bisherigen männlichen Dominanz in Führungspositionen männliches Rollenverhalten implizit als Muster für das „ideale“ Führungsverhalten gesehen wird. Es handelt sich dabei nicht unbedingt um offen ablaufende Diskriminierung, sondern um subtil wirkende mittelbare Benachteiligungen, die den Beurteilern in der Regel gar nicht bewusst sein dürften. Die dazu vorliegenden wissenschaftlichen Untersuchungen nimmt das Gericht nicht zur Kenntnis.<sup>41</sup> Mit genau dieser Problematik befasst sich aber Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, der auf „die Beseitigung bestehender Nachteile“ für Frauen abzielt.<sup>42</sup> Es geht bei dem Förderauftrag also um die Beseitigung aller Nachteile, nicht nur um die aus der Doppelbelastung durch Familie und Beruf resultierenden.

**c) Das vom OVG Münster vorgeschlagene Mittel beeinträchtigt Art. 33 Abs. 2 GG stärker als § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW**

Wie bereits angedeutet, würde sich das vom OVG Münster vorgeschlagene Konzept der Frauenförderung im Ergebnis wesentlich weiter von den in Art. 33 Abs. 2 GG vorgesehenen Auswahlprinzipien für den Öffentlichen Dienst entfernen als es § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW (wenn überhaupt) bewirkt.

Durch die Berücksichtigung außerdienstlicher Umstände würden systemfremde Bewertungen, die nicht mit den dienstlichen Bewertungen kompatibel sind, in die Beurteilungen hineinspielen. Das würde der Willkür Tür und Tor öffnen; jegliche Transparenz und Messbarkeit

<sup>38</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 60.

<sup>39</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 61.

<sup>40</sup> S. dazu z. B. Czerwick, DÖV 2010, 869, 875 ff.

<sup>41</sup> S. bspw. nur *van den Brink et al.*, *Scandinavian Journal of Management* 32 (2016), 20 ff.; *Lorse*, *Die dienstliche Beurteilung*, 6. Aufl. 2016, Rn. 238 m. w. Nachw.; *Moss-Racusin et al.*, *PNAS* 109 (2012), 16474 ff.

<sup>42</sup> Vgl. auch *Trierweiler/Baumanns*, NVwZ 2017, 814, 815.

von Beurteilungen würde verloren gehen. Es ist nicht ersichtlich, wie das OVG Münster zu der Überzeugung gelangt, dass eine derartige fundamentale Veränderung der Beurteilungspraxis den „Nebeneffekt der größeren gesellschaftlichen Akzeptanz“<sup>43</sup> haben würde.

Letztlich ist die Idee des OVG Münster nicht so neu, wie es erscheint. Sie erinnert an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus der Nachkriegszeit. Nach den damaligen gesetzlichen Vorgaben mussten so genannte Spätheimkehrer in den öffentlichen Dienst eingestellt werden, wenn sie die Mindestvoraussetzungen für ein bestimmtes Amt erfüllten. Das Bundesverwaltungsgericht sah Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletzt, wenn ein Spätheimkehrer trotz einer schlechteren Note im Juristischen Staatsexamen als seine Mitbewerber in den höheren Dienst übernommen wurde:

„Ermittelt die Anstellungsbehörde die fachliche Eignung und Leistungsfähigkeit der Bewerber vornehmlich auf Grund der Prüfungsergebnisse, (...) so muß die Behörde bei der Bewertung der Persönlichkeit eines spätheimgekehrten Bewerbers (...) in Betracht nehmen, daß seine Eignung, Befähigung und Erfahrungen in aller Regel eine entsprechend höhere Einschätzung verdienen als bei einem Bewerber, der sich nicht auf diese Weise hat bewähren müssen.“<sup>44</sup>

Es ist offensichtlich, dass nach dem Stand der heutigen verfassungsrechtlichen Dogmatik eine solche Begründung nicht haltbar wäre, denn es handelt sich um eine klare Abweichung von den Auswahlprinzipien des Art. 33 Abs. 2 GG, der vorbehaltlos gewährleistet ist, also nur durch Güter von Verfassungsrang beschränkt werden kann. Ein Gut von Verfassungsrang, das die Regelung für Spätheimkehrer allerdings rechtfertigen konnte, ist das Sozialstaatsprinzip. Die Idee, die hinter der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts steht, dass die Spätheimkehrer ein besonderes Opfer erbracht hatten und sie die Folgen des von Deutschland ausgelösten Krieges besonders zu tragen hatten, rechtfertigte ihre Bevorzugung bei der Besetzung von Stellen im Öffentlichen Dienst.

Die Frage ist, ob das OVG Münster sich mit seinem Vorschlag wirklich auf das schwierige Terrain des Sozialstaatsprinzips begeben wollte. Völlig abwegig wäre der Ansatz nicht, Frauen, die durch Kindererziehung oder Familienarbeit einen erheblichen gesellschaftlichen Beitrag leisten, bei der Vergabe von Stellen im Öffentlichen Dienst zu bevorzugen. Das wirft aber ganz andere verfassungsrechtliche Abwägungsfragen auf und würde eine viel weitergehende Beschränkung der Auswahlgrundsätze aus Art. 33 Abs. 2 GG nach sich ziehen. Dabei würde es auch nicht mehr um den Ausgleich zwischen Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG mit Art. 33 Abs. 2 GG gehen, auf den die moderate Regelung des § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW abzielt.

---

<sup>43</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807 Rn. 60.

<sup>44</sup> BVerwGE 6, 347, 350.

Da sich § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW am Qualifikationsvergleich des Art. 33 Abs. 2 GG orientiert – das sei noch einmal betont – kollidiert er ohnehin nicht mit Art. 33 Abs. 2 GG – anders als der Vorschlag des OVG Münster.

Für die Bewertung des Vorschlags des OVG Münster bleibt an dieser Stelle deshalb nur festzuhalten, dass § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW auf dieser Grundlage nicht die Erforderlichkeit abgesprochen werden kann. Der Alternativvorschlag ist überhaupt kein milderes Mittel, sondern würde zu viel gravierenderen Beschränkungen des Art. 33 Abs. 2 GG führen.

### **III. Zusammenfassung: Auf die Entscheidung des OVG Münster lässt sich die Bewertung als verfassungswidrig keineswegs stützen**

Es zeigt sich, dass die Einschätzung des OVG Münster, § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW sei verfassungswidrig, aus verschiedenen Gründen nicht haltbar ist. Das OVG Münster wählt schon nicht den richtigen verfassungsrechtlichen Maßstab, wenn es Art. 33 Abs. 2 GG so auslegt, dass er die „Ausschärfung“ des Gesamturteils beim Qualifikationsvergleich zwingend erfordere. Das Gericht verkennt deshalb, dass § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW gar nicht mit Art. 33 Abs. 2 GG kollidiert.

Selbst wenn man mit dem OVG Münster eine Kollision des § 19 Abs. 6 LBG NRW mit Art. 33 Abs. 2 GG annimmt, kommt das Gericht zu unrichtigen verfassungsrechtlichen Schlussfolgerungen. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist entgegen der Sichtweise des OVG Münster als verfassungsrechtlicher Förderauftrag in der Lage, Art. 33 Abs. 2 GG zu beschränken. Bei der Abwägung zwischen den beiden Verfassungsgütern erweist sich § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW als erforderliche Regelung um das gesetzgeberische Ziel der besseren Förderung von Frauen in Führungspositionen zu erreichen. Das OVG Münster hatte insoweit gar nicht die Befugnis, einen eigenen Alternativvorschlag zu prüfen, weil bei der Bewertung eines Mittels als erforderlich dem Gesetzgeber ein Einschätzungsvorrang zukommt. Abgesehen davon ist sein Konzept zur Frauenförderung weder praktikabel, noch ist es effektiver als die geltende Regelung des § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW. Darüber hinaus würde dieses Konzept Art. 33 Abs. 2 GG sogar stärker beeinträchtigen.

Der Gesetzgeber ist deshalb durch die Entscheidung des OVG Münster keineswegs in der Pflicht, § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW aufzuheben.

## D. Die Frage der Gesetzgebungskompetenz für § 19 Abs. 6 LBG NRW

Die Gesetzesbegründung greift auch noch einmal den Vorwurf auf, § 19 Abs. 6 LBG NRW sei nicht kompetenzgemäß erlassen. Sie übernimmt dabei im Kern die Argumente eines Rechtsgutachtens<sup>45</sup>, das die FDP-Fraktion noch in der 16. Legislaturperiode des Landtags in Auftrag gegeben hatte (im Folgenden: Kompetenz-Gutachten). Diese Argumente ändern nichts an der Bewertung, dass dem Landtag NRW die Gesetzgebungskompetenz für § 19 Abs. 6 LBG NRW zusteht.

### I. Das Land dürfte bereits wegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG die Kompetenz haben

Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG weist dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für „die Statusrechte und –pflichten der Beamten der Länder (...) mit Ausnahme der Laufbahnen (...)“ zu.

Das heißt, dass dem Land Nordrhein-Westfalen weiterhin die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Laufbahnen zusteht. Bereits im Gutachten für das Land Nordrhein-Westfalen zur Frage der Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung haben Professor Papier und ich unsere Auffassung dargelegt, dass eine Regelung, wie sie § 19 Abs. 6 LBG NRW trifft, unter das Recht der Laufbahnen im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG zu fassen ist. Unstreitig – das sieht auch das Kompetenz-Gutachten so<sup>46</sup> – gehört zum Recht der Laufbahnen der Zugang zu den jeweiligen Laufbahnen. Nach Auffassung der Gutachter sollen davon aber nur diejenigen Normen umfasst sein, die die Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG konkretisieren. „Nicht Teil des Laufbahnrechts sind dagegen Normen, die den Grundsatz der Bestenauslese einschränken.“<sup>47</sup> Diesen Kernsatz der Argumentation übernimmt die Gesetzesbegründung fast wörtlich.<sup>48</sup> Wieso zum Recht des Zugangs zu einer Laufbahn nur Regelungen gehören sollen, die die Voraussetzungen des Zugangs konkretisieren, nicht aber solche, die den Zugang beschränken, erläutert das Kompetenz-Gutachten nicht. Es fehlen auch Literaturbelege zu der Gegenauffassung, die die Beförderungspraxis ausdrücklich zum Laufbahnrecht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG zählt.<sup>49</sup> Der Zweck des § 19 Abs. 6 LBG NRW ist nicht, Art. 33 Abs. 2 GG einzuschränken, sondern das Landesbeförderungsrecht auszugestalten.

---

<sup>45</sup> [Oebbecke/Lenz, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, Dezember 2016](#). Die Gesetzesbegründung legt allerdings nicht offen, dass sie auf dem Gutachten beruht.

<sup>46</sup> [Oebbecke/Lenz, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, Dezember 2016](#), S. 7.

<sup>47</sup> [Oebbecke/Lenz, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, Dezember 2016](#), S. 7.

<sup>48</sup> LT-Drs. 17/78, S. 13.

<sup>49</sup> S. die Nachw. zu dieser umstrittenen Frage in meiner Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigenanhörung v. 19.1.2017, [Landtags-Stellungnahme 16/4574](#), S. 5.

Im Übrigen stellt sich die Frage, wie es den Gutachtern ohne weiteres möglich ist, zu so einer fein differenzierenden Auslegung zu kommen (Konkretisierungen von Art. 33 Abs. 2 GG gehörten zum Recht der Laufbahnen, Einschränkungen hingegen nicht), obwohl sie selbst Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG im Anschluss für ein Beispiel schwer verständlicher, misslungener Gesetzgebung bezeichnen.<sup>50</sup>

Im Ergebnis kann das aber dahinstehen, weil Gutachten wie Gesetzesbegründung von einer falschen Prämisse ausgehen. Beide stützen sich ohne nähere Prüfung darauf, dass die fachgerichtliche Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG durch das OVG Münster, wonach der Qualifikationsvergleich stets die Ausschärfung von Beurteilungen verlange, der allgemeinverbindliche verfassungsrechtliche Maßstab ist. Unter C. I. wurde ausführlich erörtert, dass Art. 33 Abs. 2 GG nicht so zu verstehen ist. § 19 Abs. 6 LBG NRW ist vielmehr eine zulässige Konkretisierung von Art. 33 Abs. 2 GG. Selbst wenn man dem in der Gesetzesbegründung vertretenen Verständnis von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG folgt, hat das Land Nordrhein-Westfalen also die Gesetzgebungskompetenz schon unmittelbar aus dieser verfassungsrechtlichen Norm.

## **II. § 9 BeamtStG entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW**

Der Streit über die Auslegung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG ist aber letztlich nicht entscheidend. Die – insoweit ist dem Kompetenz-Gutachten zuzustimmen – schwierige und mit Unsicherheiten verbundene Interpretation von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG kann dahinstehen. Denn selbst wenn man annimmt, dass der Bundesgesetzgeber die Kompetenz für eine Regelung im Sinne des § 19 Abs. 6 LBG NRW hätte, so hat er seine Gesetzgebungskompetenz in dieser Hinsicht nicht abschließend ausgeübt. Das Land Nordrhein-Westfalen ist deshalb nach Art. 72 Abs. 1 GG weiterhin für § 19 Abs. 6 LBG NRW zuständig.

In Ausübung seiner Kompetenz<sup>51</sup> nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG hat der Bundesgesetzgeber in § 9 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) eine Regelung über den Zugang zum Beamtenverhältnis getroffen. § 9 BeamtStG 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.“

---

<sup>50</sup> Oebbecke/Lenz, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, Dezember 2016, S. 10 ff.

<sup>51</sup> Natürlich ist fraglich, ob der Bundesgesetzgeber nach dem hier dargelegten Verständnis von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG überhaupt die Kompetenz für § 9 BeamtStG hat.

Die Regelung verbietet die Berücksichtigung des Geschlechts bei Auswahlentscheidungen. Zu positiven Maßnahmen zugunsten von Frauen schweigt sie völlig. Die entscheidende Auslegungsfrage ist deshalb, wie dieses Schweigen des Gesetzgebers zu deuten ist:<sup>52</sup> Wollte der Bundesgesetzgeber den Ländern jede Form von Frauenförderung verbieten oder wollte er diesen Themenkomplex insgesamt den Ländern überlassen?

Zumindest das OVG Münster hat diese Frage bereits beantwortet, als es sich damit zu befassen hatte, ob die frühere Regelung über die Frauenquote in § 20 Abs. 6 LBG NRW kompetenzgemäß sei:

„Diese landesrechtliche, von einem Qualifikationsgleichstand ausgehende Gleichstellungsregelung stellt eine zulässige Ergänzung des § 9 BeamtStG dar (...). Um annehmen zu können, dass § 9 BeamtStG gegenüber Gleichstellungsregelungen in Form von Entscheidungsquoten bei Qualifikationsgleichstand Sperrwirkung entfalten sollte, wäre in der Tat eine klare Äußerung des Gesetzgebers erforderlich gewesen.“<sup>53</sup>

Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, dass das OVG Münster in seiner Entscheidung vom 17. Februar 2017 ausdrücklich offen gelassen hat, ob der Landesgesetzgeber die Kompetenz für den Erlass von § 19 Abs. 6 LBG NRW hatte.<sup>54</sup> Hätte es die Auffassung der Verwaltungsgerichte zur mangelnden Gesetzgebungskompetenz des Landes bestätigt, hätte es sich selbst widersprechen müssen. Implizit bestätigt das Gericht im weiteren Verlauf sogar, dass es § 19 Abs. 6 LBG NRW nicht für kompetenzwidrig hält, weil es § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW für materiell verfassungsmäßig hält und die Kompetenzfrage insoweit nicht mehr aufwirft.

Die Gesetzesbegründung ist der Ansicht, dass § 9 BeamtStG abschließend sei und deshalb das Geschlecht keine Rolle bei Auswahlentscheidungen spielen dürfe.<sup>55</sup> Würde die Gesetzesbegründung dieses Verständnis ernst nehmen, dürfte der Gesetzesvorschlag gar nicht gemacht werden. Auch der § 19 Abs. 6 LBG NRW neue Fassung erlaubt die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Auswahlentscheidung – wenn auch nur bei absolutem Qualifikationsgleichstand.

Wahrscheinlicher ist, dass die Gesetzesbegründung hier die Ausführungen des Kompetenz-Gutachtens verkürzt wiedergibt. Dort heißt es zumindest in einer Fußnote, dass § 9 BeamtStG keine Sperrwirkung für eine Regelung wie die des früheren § 20 Abs. 6 LBG NRW entfalten würde.<sup>56</sup> Zuvor stellt sich das Kompetenz-Gutachten eindeutig auf den Standpunkt, das

<sup>52</sup> So zutreffend *Oebbecke/Lenz*, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, Dezember 2016, S. 16.

<sup>53</sup> OVG Münster Beschl. v. 26.8.2010 – 6 B 540/10, Rn. 6 ff. (juris) m. w. Nachw.

<sup>54</sup> OVG Münster, NVwZ 2017, 807.

<sup>55</sup> LT-Drs. 17/78, S. 14.

<sup>56</sup> *Oebbecke/Lenz*, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, Dezember 2016, S. 18 Fn. 75.

Schweigen des Gesetzgebers in § 9 BeamtStG dürfe nicht als „Lücke“ interpretiert werden, deshalb habe der Bundesgesetzgeber insoweit seine Kompetenz abschließend ausgeübt.<sup>57</sup> Weshalb das Schweigen des Bundesgesetzgebers im Fall des § 19 Abs. 6 LBG NRW abschließende Sperrwirkung entfalten soll, im anderen Fall, dem des alten § 20 Abs. 6 LBG NRW (dem der neue § 19 Abs. 6 LBG NRW entsprechen soll) jedoch nicht, erläutert das Kompetenz-Gutachten nicht. Nimmt man die Argumentation beim Wort, dann lässt sich der Widerspruch auch nicht auflösen: Entweder ist das Schweigen so zu interpretieren, dass § 9 BeamtStG abschließend ist und somit jede Regelung über die Berücksichtigung des Geschlechts bei Auswahl- und Beförderungsentscheidungen der Kompetenz der Länder entzogen ist. Oder das Schweigen bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber den Regelungskomplex der positiven Maßnahmen von Frauen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG allgemein dem Landesgesetzgeber überlassen wollte. Würde man § 9 BeamtStG allerdings so auslegen, wie die Gesetzesbegründung und das Kompetenz-Gutachten, dann müsste man unterstellen, dass der Gesetzgeber mit Inkrafttreten des § 9 BeamtStG die in praktisch allen Ländern geltenden Regelungen über Frauenquoten für verfassungswidrig erklärt hat. Diese weitreichende Folgerung anzunehmen, ohne dass dies in der damaligen Gesetzesbegründung mit einem Wort erwähnt wird, ist abwegig.

Im Übrigen kommt das Kompetenz-Gutachten auf methodisch fragwürdige Weise zu seinem Auslegungsergebnis. Es überträgt die zum zivilrechtlichen Analogieschluss entwickelte Prüfung auf die Frage nach der Reichweite der konkurrierenden Gesetzgebung im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG. Die konkurrierende Gesetzgebung der Länder soll nur bestehen, wenn dem Bundesgesetzgeber „gemessen an seinen eigenen Wertungen, ein Fehler unterlaufen“ sei.<sup>58</sup> Ein derartiges Verständnis von Art. 72 Abs. 1 GG überrascht, weil es den Spielraum der Länder zulasten des Bundesgesetzgebung massiv beschränken würde. Es werden im Gutachten für diese Sichtweise weder Belege aus der (umfangreich vorhandenen) verfassungsrechtlichen Literatur oder der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angebracht. Soweit ersichtlich teilt das Bundesverfassungsgericht diese Sichtweise auch nicht. Zur Frage der Auslegung der Reichweite einer ausgeübten konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes lautet die ständige Rechtsprechung vielmehr wie folgt:

„Der Erlass eines Bundesgesetzes über einen bestimmten Gegenstand rechtfertigt für sich allein noch nicht die Annahme, dass damit die Länder von eigener Gesetzgebung ausgeschlossen sind; es können noch Bereiche übrig bleiben, deren Regelung für die

---

<sup>57</sup> Oebbecke/Lenz, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, Dezember 2016, S. 16 ff.

<sup>58</sup> Oebbecke/Lenz, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, Dezember 2016, S. 16.

Gesetzgebung der Länder offen ist (...). Maßgeblich ist, ob ein bestimmter Sachbereich tatsächlich umfassend und lückenlos geregelt ist bzw. nach dem aus Gesetzgebungsgeschichte und Materialien ablesbaren objektivierten Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte.“<sup>59</sup>

Von planwidrigen „Fehlern“ des Gesetzgebers ist hier nicht die Rede; maßgeblich ist der objektivierte Wille des Gesetzgebers. Wie bereits erwähnt ergibt sich aus den Materialien zu § 9 BeamtStG nicht, dass der Bundesgesetzgeber die Frage der Frauenförderung bei Beförderungsentscheidungen im Beamtenrecht abschließend regeln wollte. Im Gegenteil, in der Gesetzesbegründung zum Beamtenstatusgesetz kommt eindeutig zum Ausdruck, dass die Regelungen nicht abschließend zu verstehen sind:

„Da wo der Bund keine Regelung trifft, sind die Länder zur Gesetzgebung befugt.“<sup>60</sup>

Es bleibt deshalb dabei, dass § 9 BeamtStG keine Sperrwirkung gegenüber § 19 Abs. 6 LBG NRW entfaltet.<sup>61</sup>

### III. Verfassungspolitische Bewertung

Abschließend ist an die Konsequenzen der verfassungsrechtlichen Bewertung der Kompetenzfrage durch die Landtagsmehrheit, wie sie in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommt, zu erinnern: Wie gezeigt, ist die Auslegungsfrage der Kompetenzen bestenfalls umstritten, die wesentlich besseren verfassungsrechtlichen Argumente streiten dafür, die Kompetenz des Landes anzunehmen, sei es aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG direkt oder wegen der fehlenden Sperrwirkung des § 9 BeamtStG.

Macht sich der Landtag jetzt den Standpunkt zu eigen, dass er dennoch keine Gesetzgebungskompetenz für Frauenfördermaßnahmen im Beamtenrecht hat,<sup>62</sup> schlägt er sich dieses Instrument auch für die Zukunft aus der Hand. Er bescheinigt sich gleichsam selbst, dass er in diesem Bereich nicht tätig werden darf. Das ist eine besondere Form der Selbstentmachtung eines Landesparlaments.

---

<sup>59</sup> BVerfGE 102, 99, 115.

<sup>60</sup> BT-Drs. 16/4027.

<sup>61</sup> So auch v. Roetteken, jurisPR-ArbR 17/2017 Anm. 6.

<sup>62</sup> Oder zumindest nicht für Maßnahmen, die über den früheren § 20 Abs. 6 LBG NRW hinausgehen, der sich als wenig effektiv erwiesen hat.