



Die Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen

Verfassungsgerichtshof NRW • Postfach 6309 • 48033 Münster

Landtag
Nordrhein-Westfalen
Platz des Landtags 1
40221 Düsseldorf



Hausanschrift
Aegidiikirchplatz 5
48143 Münster
Telefon
(0251) 505-0
Durchwahl
(0251) 505-250
Telefax
(0251) 505-253
e-mail: verfgh@ovg.nrw.de

Datum: 27. April 2017

Geschäfts-Nr.: VerfGH 5/17
(Bitte bei allen Schreiben angeben)

In dem verfassungsgerichtlichen Verfahren

der Landesregierung Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Ministerpräsidentin,

wegen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 19 Abs. 6 Sätze 2 und 3 des Gesetzes über die Beamtinnen und Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz – LBG NRW) in der Fassung des Art. 1 des Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 14.06.2016 (GV.NRW. S. 310, 642)

- VerfGH 5/17 -

übersende ich als Anlage einen Abdruck des Normenkontrollantrags vom 20. April 2017 nebst Anlage, der am 25. April 2017 beim Verfassungsgerichtshof eingegangen ist. Das Verfahren wird unter dem o. g. Aktenzeichen geführt.

Gemäß § 48 Satz 1 VerfGHG gebe ich Gelegenheit, bis zum **31. Juli 2017** zu dem Normenkontrollantrag Stellung zu nehmen.

Ich bitte, künftige Eingaben in dieser Sache in 14 Exemplaren einzureichen.

Dr. Brandts



Beglaubigt
Schmid, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

BUSSE & MIESSEN · POSTFACH 1380 · 53003 BONN

Verfassungsgerichtshof
für das Land Nordrhein-Westfalen
Aegidiikirchplatz 5
48143 Münster

Bonn, den 20.04.2017

Sekretariat RA Dr. Fritz: Frau Sajben
Durchwahl 0228-98391-48 · E-Mail: buero.fritz@busse-miessen.de

Unser Zeichen: F-00883/17-SA

A N T R A G
gemäß Art. 75 Nr. 3 Landesverfassung NW
i.V.m. § 47 VerfGHG NW

Namens und in Vollmacht der Regierung des Landes Nordrhein-Westfalen,
vertreten durch die Ministerpräsidentin, Staatskanzlei, Stadttor 1, 40219
Düsseldorf,

Prozessbevollmächtigter:

Dr. Gernot Fritz, Busse & Miessen Rechtsanwälte mbB, Friedensplatz 1,
53111 Bonn

wird beantragt,

gemäß Art. 75 Nr. 3 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen in Verbindung mit §§ 12 Nr. 6, 47 VerfGHG NRW festzustellen, dass § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 des Gesetzes über die Beamtinnen und Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz - LBG NRW) in der Fassung des Art. 1 des Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 14.06.2016 (GV.NRW. S. 310, 642) mit der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen vereinbar ist.

PARTNERSCHAFT mbB

BONN

Friedensplatz 1
53111 Bonn
Tel. 0228-98 391-0
Fax 0228-630 283

Wolfgang Miessen (bis 2016)
Dr. Torsten Arp ¹
Stephan Eisenbeis ¹
Michael Nimphius ²
Dr. Andreas Nadler ⁴
Dr. Ingo Pflugmacher ^{2, 3, LB}
Dr. Gernot Fritz
Michael Schorn ¹
Stefanie Frfr. v. Lüdinghausen ^{5, 6}
Dr. Christof Kiesgen ⁹
Dr. Thorsten A. Quiel ^{3, LB}
Dietrich Freyberger ^{3, 7, 8}
Dr. Christina Töfflinger ^{3, LB}
Dr. Vanessa Palm ¹
Dr. Volker Güntzel ^{10, 11, LB}
Dr. Jan Patrick Giesler, MBA
Sebastian Witt ⁴
Matthias Wallhäuser ^{3, cco, LB}
Dr. Dirk Webel, LL.M. ³
Christian Huhn ¹
Dr. Grischa Kehr
Andreas Frings
Dr. Vanessa Christin Vollmar ³
Uta Höck
Damian Sternberg
Max Staudacher, LL.M.
Lars Kitzmann

BERLIN

Dr. Jörg Locke, Notar
Uwe Scholz ^{3, 4}
Dr. Dr. Simon Alexander Lück ^{2, 3, LB}
Dr. Ronny Hildebrandt ^{3, LB}
Prof. Dr. Roswitha Svensson
Sebastian Menke, LL.M. ⁴

LEIPZIG

Walter Oertel ¹
Dr. Steffen Hamann

zugleich Fachanwalt für
¹Bau- und Architektenrecht
²Verwaltungsrecht
³Medizinrecht
⁴Arbeitsrecht
⁵Familienrecht ⁶Erbrecht
⁷Verkehrsrecht ⁸Versicherungsrecht
⁹Miet- u. Wohnungseigentumsrecht
¹⁰Handels- und Gesellschaftsrecht
¹¹Gewerblicher Rechtsschutz
^{LB} Lehrbeauftragter
^{cco} Certified Compliance Officer (Univ.)

Registergericht AG Essen PR 2768

Commerzbank AG Köln
IBAN: DE98 3704 0044 0230 2503 00
BIC: COBADEFFXXX

USt-IdNr.: DE 122 127 466

Die Vollmacht ist im Original **beigefügt** (§ 17 Abs. 1 S. 2 VGHG NRW).

Begründung:

I. Sachverhalt

1. Gegenstand des Normbestätigungsverfahrens ist die durch Art. 1 des Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (DRModG NRW, GV.NRW S. 310, 642) vom 14.06.2016 geschaffene Norm des § 19 Abs. 6 des Gesetzes über die Beamtinnen und Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz – LBG NRW), die am 01.07.2016 in Kraft getreten ist (Art. 47 DRModG NRW).

§ 19 Abs. 6 LBG NRW hat folgenden Wortlaut:

„Beförderungen sind nach den Grundsätzen des § 9 des Beamtenstatusgesetzes vorzunehmen. Frauen sind bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Von 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. Satz 2 und 3 finden Anwendung, solange im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde innerhalb einer Laufbahn der Frauenanteil in dem jeweiligen Beförderungsamt entweder den Frauenanteil im Einstiegsamt oder den Frauenanteil in einem der unter dem zu besetzenden Beförderungsamt liegenden Beförderungsamter unterschreitet und der Frauenanteil in dem jeweiligen Beförderungsamt 50 Prozent noch nicht erreicht hat. Ist mit der Beförderung die Vergabe eines Dienstpostens mit Vorgesetzten- oder Leitungsfunktionen verbunden, gilt Satz 4 bezogen auf die angestrebte Funktion. Abweichend von Satz 4 ist maßgeblich der Geschäftsbereich der obersten Landesbehörde, die den Beförderungsvorschlag macht, wenn die Landesregierung die für die Beförderung zuständige Stelle ist. Weitere Abweichungen von dem gemäß Satz 4 maßgeblichen Bezugsbereich oder in Bezug auf die Vergleichsgruppenbildung regelt die oberste Dienstbehörde durch Rechtsverordnung.“

2. Nach Inkrafttreten der Neuregelung wurde mehreren Anträgen auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen wesentlich auf § 19 Abs. 6 LBG NRW n.F. gestützte Stellenbesetzungsentscheidungen durch erstinstanzliche Beschlüsse der Verwaltungsgerichte Düsseldorf,

(Az. 13 L 2843/16; 2 L 2825/16; 2 L 2852/16; 2 L 2866/16)

Arnsberg ,

(AZ. 2 L 1159/16)

Aachen

(Az. 1 L 616/16)

und Gelsenkirchen

(12 L 2228/16)

sowie durch zweitinstanzliche Beschlüsse des OVG NRW in Beschwerdeverfahren

(Az. 6 B 1109/16 [VG Düsseldorf 2 L 2825/16]; 6 B 1110/16 [VG Düsseldorf 2 L 2852]; 6 B 1378/16 [VG Düsseldorf 13 L 2843/16]; 6 B 1102/16 [VG Düsseldorf 2 L 2866/16]; 6 B 1152/16 [VG Aachen 1 L 616/16]; 6 B 1131/16 [VG Arnsberg 2 L 1159/16])

mit der Begründung stattgegeben, § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. S. 2 und 3) LBG NRW n.F. sei verfassungswidrig.

Soweit die Beschlüsse die Frage der Erforderlichkeit eines Aussetzungs- und Vorlagebeschlusses gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ansprechen, wird argumentiert, dass in den Verfahren des Eilrechtsschutzes die vom angerufenen Gericht als verfassungswidrig identifizierte gesetzliche Vorschrift auch ohne vorherige Aussetzung und Einholung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unanwendbar sei, da nur auf diese Weise effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden könne.

In den zitierten Beschlüssen wird die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NRW teilweise mit dem Fehlen einer Gesetzgebungskompetenz des Landes zur Regelung der konkreten Materie (so das VG Düsseldorf in allen Entscheidungen), teilweise mit der materiellen Verfassungswidrigkeit des § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW (so VG Aachen, VG Gelsenkirchen und OVG NRW) begründet – wechselseitig offen lassend, ob auch der jeweilige andere (formelle bzw. materielle) Gesichtspunkt einschlägig ist. Das VG Arnsberg

kam sowohl wegen fehlender Kodifizierungszuständigkeit des Landes als auch aus materiellen Gründen zur Einschätzung der Verfassungswidrigkeit.

Eine fachgerichtliche Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren, in dem es auf die Gültigkeit des § 19 Abs. 6 LBG NRW n.F. ankommt, liegt bisher – soweit ersichtlich – nicht vor. Ein die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift verweigerndes verwaltungsgerichtliches Urteil könnte in einem Hauptsacheverfahren nicht gesprochen werden, weil Verwaltungsgerichten keine Verwerfungskompetenz hinsichtlich landesgesetzlicher Normen zukommt. Ginge das angerufene Gericht in einem Hauptsacheverfahren wie in den zitierten Eilverfahren von der Verfassungswidrigkeit des für die Entscheidung einschlägigen § 19 Abs. 6 LBG NRW aus, müsste das Verfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zwingend ausgesetzt und eine verfassungsgerichtliche Entscheidung eingeholt werden.

3. Die Landesregierung Nordrhein-Westfalens ist mit dem Landesgesetzgeber der Ansicht, dass § 19 Abs. 6 LBG NRW n.F. insgesamt verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Sie hält es mit Blick auf die zitierten Beschlüsse verschiedener Verwaltungsgerichte und des Oberverwaltungsgerichts NRW im Interesse betroffener Beamtinnen und Beamten für geboten, zeitnah Rechtssicherheit zu schaffen und eine Klärung durch den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen herbeizuführen.

II. Zulässigkeit des Antrags

1. Gemäß Art. 75 Nr. 3 LV NRW entscheidet der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit der Verfassung auf Antrag der Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Landtages. Eine abstrakte Normenkontrolle ist in den meisten Anwendungsfällen ein nicht-kontradiktorisches, objektives Normbeanstandungsverfahren, das bei bestehenden Zweifeln an der Vereinbarkeit einer Rechtsnorm mit der Landesverfassung von dazu berechtigten Antragstellern eingeleitet wird.

(vgl. Heusch, in: Heusch/Schönenbroicher, Landesverfassung NRW, Art. 75, Rn. 35)

In bestimmten Fällen kann die abstrakte Normenkontrolle von berechtigten Antragstellern aber auch als Normbestätigungsverfahren initiiert werden. Es ist dann zulässig, wenn ein objektives Klarstellungsbedürfnis hinsichtlich der Verfassungskonformität einer Vorschrift besteht. Da im Regelfall von der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Vorschriften ausgegangen werden muss,

(BVerfGE 2,144(158), Urteil vom 07.03.1953, 2 BvE 4/52, unter Bezugnahme auf Süsterhenn)

ist ein berechtigtes Interesse an der verfassungsgerichtlichen Bestätigung einer Norm nur anzunehmen, wenn besondere Voraussetzungen vorliegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (zu den in seiner Zuständigkeit liegenden Fällen einer abstrakten Normenkontrolle) ist hierfür erforderlich, dass die zu prüfende Vorschrift von den dafür zuständigen Stellen wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewandt, nicht vollzogen oder in sonst relevanter Weise missachtet wird.

(vgl. zu Art. 93 Abs. 2 GG: BVerfG, Beschluss vom 24.06.1997, 2 BvF 1/93, Juris, Rn. 22; ähnlich zuvor: BVerfGE 12, 205, 221f.; Clemens, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 93, Rn 41)

§ 47 lit. b VGHG NRW (sinngleich für das Bundesverfassungsgericht: § 76 Nr. 2 BVerfGG) legt einfachgesetzlich fest, wann das für die Zulässigkeit einer Antragstellung erforderliche Klarstellungsbedürfnis bei Normbestätigungsbegehren besteht: Es ist nur dann gegeben, wenn ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Landes eine Norm des Landesrechts wegen ihrer förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit der Verfassung nicht angewendet hat.

2. Soweit ersichtlich hat es in Nordrhein-Westfalen bisher nur einen (frühen) Fall eines von der Landesregierung initiierten Normbestätigungsverfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof gegeben, der sich auf die Eingliederung des Landes Lippe in das Land Nordrhein-Westfalen bezog,

(Verfassungsgerichtshof NRW, Urteil vom 23.01.1954, 4/53, Juris)

und dem kurze Zeit später ein (kompetenzabgrenzendes) Urteil des Bundesverfassungsgerichts in gleicher Angelegenheit folgte.

(vgl. BVerfG, Urteil vom 24.02.1954, 2 BvQ 1/54, Juris)

3. Im Fall des § 19 Abs. 6 LBG NRW ist die Landesregierung berechtigt, ein Normbestätigungsverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof zu beantragen, da die Voraussetzungen des Art. 75 Nr. 3 LV NRW i.V.m. §§ 12 Nr. 6 und 47 lit. b VGHG NRW erfüllt sind.

- 3.1. Es besteht eine Meinungsverschiedenheit über die Vereinbarkeit des § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NRW mit der Landesverfassung, da die Landesregierung in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Gesetzgebers von der Verfassungsmäßigkeit der

Rechtsnorm ausgeht, mehrere Verwaltungsgerichte und das Oberverwaltungsgericht NRW aber deren Verfassungswidrigkeit unterstellen.

- 3.1.1. Bei der zur Überprüfung gestellten Rechtsnorm handelt es sich um Landesrecht.
- 3.1.2. Die Meinungsverschiedenheit bezieht sich auf die Vereinbarkeit der landesgesetzlichen Vorschrift mit der Landesverfassung.

Zwar begründeten die Fachgerichte die Nichtanwendung des § 19 Abs. 6 S. 2 und/oder 3 LBG NRW ausschließlich damit, dass kompetenzrechtliche und/oder materielle Regelungen des Grundgesetzes – also der Bundesverfassung – entgegenstehen: Die zitierten Beschlüsse der Verwaltungsgerichte Düsseldorf, Arnsberg und Aachen bestritten die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes mit der Begründung, der Bund habe im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG in Gestalt des § 9 BeamStG von seiner gesetzgeberischen Kompetenz abschließend Gebrauch gemacht, weshalb dem Land insoweit keine Regelungsbefugnis mehr verbleibe. Das OVG NRW und das VG Aachen bejahen hingegen einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Keiner der zitierten Beschlüsse bezog sich ausdrücklich auf eine Unvereinbarkeit mit der Landesverfassung.

Gleichwohl ist hier dem Erfordernis des Bestehens einer Meinungsverschiedenheit über die Vereinbarkeit einer landesrechtlichen Vorschrift mit der Landesverfassung Genüge getan.

- 3.1.2.1. Gemäß Art. 4 Abs. 1 LV NRW sind die im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland festgelegten Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte Bestandteil der Landesverfassung und unmittelbar geltendes Landesrecht. Soweit das VG Aachen und das OVG NRW die Verfassungswidrigkeit des § 19 Abs. 6 LBG NRW in der Unvereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GG begründet sehen, ist in der gerichtlich festgestellten Kollision mit dem Bundesverfassungsrecht zugleich der Vorwurf eines Verstoßes gegen die Landesverfassung NRW enthalten.

Rezipiert sind in der Landesverfassung neben dem Grundrechtskatalog der Art. 1 bis 19 GG auch alle im Grundgesetz verankerten subjektiv-öffentlichen Rechte außerhalb dieses Katalogs mit ihren objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten.

(Kamp, in: Heusch/Schönenbroicher, Landesverfassung NRW, Art. 4, Rn. 19; Menzel, in: Löwer/Tettinger, Landesverfassung NRW, Art. 4, Rn.12; Grawert, Verfassung für das Land NRW, Art. 4, Rn. 2)

Hierzu gehört Art. 33 Abs. 2 GG. Dies ergibt sich einerseits aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, wonach Art. 33 GG wehrfähige „grundrechtsähnliche Rechte“ gewährleistet,

(ausdrücklich zu Art. 33 Abs. 5 GG: Verfassungsgerichtshof NRW, Urteil vom 01.07.2014, 21/13, Juris, B I 1, auch: Orientierungssatz 1c; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 93, Rn. 52)

und es ist zudem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, die insoweit von „grundrechtsgleichen Rechten“ spricht.

(BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05.09.2007, 2 BvR 1855/07, Juris, Rn. 3; Kammerbeschluss vom 04.10.2012, 2 BvR 1129/12, Juris, Orientierungssatz 1a)

Die Gewährleistungen aus Art. 33 Abs. 2 GG werden in der Literatur teilweise auch den „staatsbürgerlichen Rechten“ gemäß Art. 4 Abs. 1 LV NRW zugeordnet.

(Kamp, in: Heusch/Schönenbroicher, Landesverfassung NRW, Art. 4, Rn. 19; Grawert, Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Art. 4, Ziff.2)

Mit der durch Art. 4 Abs. 1 LV NRW verfügten Inkorporation der grundgesetzlich verankerten Rechte in die Landesverfassung „verdoppelt“ sich folglich der Grundrechtsschutz, da die Landesverfassung die Grundrechte und grundgesetzlichen staatsbürgerlichen Rechte neben der Bundesverfassung eigenständig gewährleistet.

(so: Kamp, in: Heusch/Schönenbroicher, Landesverfassung NRW, Art. 4, Rn. 16; ebenso: Dästner, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Art. 4, Rn. 6)

Das grundsätzliche Antragsrecht der Landesregierung gemäß Art. 75 Nr. 3 LV NRW ergibt sich somit ohne Weiteres bereits aus der Tatsache, dass einige fachgerichtliche Beschlüsse die von ihnen unterstellte Verfassungswidrigkeit auf einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG stützen und damit die Nichtanwendung der Gesetzesvorschrift begründen; denn beim Gewährleistungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG handelt es sich gemäß Art. 4 Abs. 1 LV NRW um unmittelbar geltendes Landesverfassungsrecht.

- 3.1.2.2. Darüber hinaus eröffnet die Unterstellung einiger Verwaltungsgerichte, die Verfassungswidrigkeit des § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NRW sei – nachdem der Bund seine Rechtsetzungsbefugnis mit § 9 BeamtStG umfassend und abschließend wahrgenommen habe – Konsequenz der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Landes, ebenfalls die Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle durch den Verfassungsgerichtshof.

Der Verfassungsgerichtshof für das Land NRW ist nach seiner Rechtsprechung, die sich auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgerichtshöfe anderer Länder stützt, „*zuvörderst berufen, oberster Hüter 'seiner' Landesverfassung zu sein*“. Deshalb kann er „*im Tenor seiner Entscheidungen nur die Vereinbarkeit oder die Unvereinbarkeit einer Rechtsnorm oder sonstigen Maßnahme mit 'seinem' Landesrecht feststellen (BVerfGE 69, 112, 117f.)*“

(VerfGH NRW, Urteil vom 19.05.1992, 5/91, Juris, Rn.66)

Hieraus folgt aber nicht, dass allein die in Art. 4 Abs. 1 LV NRW genannten materiellen Grundrechte sowie grundrechtsgleichen Normen der Überprüfung unterworfen, die kompetenzbegründenden Regelungen des Grundgesetzes hingegen der landesverfassungsgerichtlichen Prüfung entzogen sind. Hierzu hat der Verfassungsgerichtshof festgestellt:

„Die Beschränkung der Befugnisse des VerfGH, die auch in den nordrhein-westfälischen Vorschriften über den Organstreit zum Ausdruck kommen (Art. 75 Nr. 2 LV, § 12 Nr. 5, § 44 Abs. 1 und 2 VerfGHG), hindert den VerfGH nicht an der Feststellung eines

Verstoßes gegen Art. 71 GG, weil die Bestimmungen des Grundgesetzes, die – wie u.a. Art. 71 GG – die Gesetzgebungskompetenzen der Länder regeln, Teil des materiellen Verfassungsrechts des Landes Nordrhein-Westfalen sind. Denn das Verfassungsrecht der Gliedstaaten eines Bundesstaates besteht nicht nur aus der geschriebenen Landesverfassung; in das Landesverfassungsrecht wirken vielmehr auch Bestimmungen der Bundesverfassung hinein, so dass beide Elemente zusammen erst die Verfassung der Gliedstaaten ausmachen, um deren Auslegung ein Verfassungsstreit entbrennen kann.“

(VerfGH NRW, Urteil vom 19.05.1992, 5/91, Juris, Rn. 66)

Dies gelte

*„auch für die Vorschriften über die Gesetzgebungskompetenz“.
(VerfGH NRW, a.a.O., unter Bezugnahme auf BVerfGE 60, 175, 206 sowie BayVerfGH, ES VHG 26, 28, 33f.; 38, 51,58 und HessStGH 32, 20,22)*

Diese Rechtsansicht entspricht auch der vorherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs.

(vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 26.06.1981, Beschlussabdruck S. 5)

Dem Verfassungsgerichtshof obliegt folglich auch die Normenkontrolle mit Blick auf die verwaltungsgerichtlich bestrittene Gesetzgebungskompetenz des Landes.

- 3.2. Die einfachgesetzliche Zulässigkeitsvoraussetzung des § 47 lit. b VGHG NRW ist erfüllt. Danach ist der Antrag auf Durchführung eines Normbestätigungsverfahrens nur zulässig, wenn ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Landes eine Norm des Landesrechts wegen ihrer förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit der Verfassung nicht angewendet hat.

Die Verwaltungsgerichte Düsseldorf, Arnsberg, Aachen und Gelsenkirchen sowie das Oberverwaltungsgericht NRW haben in ihren zitierten Beschlüssen § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. S. 2 und 3) LBG NRW für förmlich und/oder sachlich verfassungswidrig gehalten und sich zu deren Nichtanwendung in den jeweiligen Eilverfahren entschieden; hierzu sahen sie

sich aus Gründen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes berechtigt, ohne das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG einzuholen.

Ungeachtet der Frage, ob die Fachgerichte in den durch sie entschiedenen Eilverfahren tatsächlich zu einer Nichtanwendung der parlamentsgesetzlichen Rechtsnorm befugt waren, liegt aufgrund der Nichtanwendung unter Berufung auf die Verfassungswidrigkeit jedenfalls ein für die Antragsbefugnis hinreichendes Klarstellungsbedürfnis vor.

III. Begründetheit des Antrags

§ 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW ist weder wegen fehlender Gesetzgebungsbefugnis des Landes (1.) noch materiell rechtlich (2.) verfassungswidrig; die landesgesetzlichen Regelungen stehen im Einklang mit der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen.

1. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes zur Normierung des Regelungsgehalts von § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW ist zu bejahen. Eine Verfassungswidrigkeit wegen des Fehlens der Normsetzungsbefugnis liegt nicht vor.

1.1. Die rechtliche Ausgangslage nach den Beschlüssen der Verwaltungsgerichte und des OVG NRW stellt sich wie folgt dar:

1.1.1. Das Verwaltungsgericht Düsseldorf (2 L 2866/16) und nachfolgend das VG Arnsberg (2 L 1159/16) – auf den Beschluss des VG Düsseldorf vom 05.09.2016 ausführlich Bezug nehmend – beanstanden, dass dem Land keine Gesetzgebungsbefugnis für die in § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NW getroffene Regelung zukomme.

Diese Rechtsansicht wird wie folgt begründet: Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG hätten die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund die Gesetzgebungsbefugnisse verleihe. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern bemesse sich gemäß Art. 70 Abs. 2 GG nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung hätten die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht habe. Im Bereich des hier einschlägigen Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG erstreckte sich die Zuständigkeit des Bundes auf die Status-

rechte 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. Für den Bereich der Beförderung der Beamten habe der Bund von seiner gesetzgeberischen Kompetenz in Gestalt von § 9 BeamtStG Gebrauch gemacht, wonach die Ernennungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen seien. Für einschränkende landesrechtliche Regelungen wie § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NRW, wonach von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung bereits dann auszugehen sei, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweise, sei kein Raum mehr.

(VG Düsseldorf, beispielhaft Beschluss vom 09.09.2016, 2 L 2866/16, Beschluss-Abdruck S. 5ff; VG Arnsberg, Beschluss vom 14.09.2016, 2 L 1159/16, Beschluss-Abdruck S. 8ff.)

Das VG Düsseldorf beschränkte sich in der zitierten Entscheidung im Wesentlichen auf diese kompetenzrechtliche Begründung der Einschätzung des § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW als verfassungswidrig; angesichts der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Landes gehe die Kammer – so die Beschlussbegründung – „der Frage nicht weiter nach, ob die angeführten Neuregelungen nicht auch aus weiteren Gründen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Zweifeln begegnen.“ Das Verwaltungsgericht deutete hier an, der Gesetzgeber habe möglicherweise nicht hinreichend berücksichtigt, dass der in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Leistungsgrundsatz auch dem öffentlichen Interesse an einer Besetzung eines öffentlichen Amtes gerade mit dem leistungsstärksten Bewerber und damit auch der Sicherung der Qualität des öffentlichen Dienstes diene.

(VG Düsseldorf, a.a.O., Beschluss-Abdruck S. 8)

Im anschließenden Beschwerdeverfahren verzichtete das OVG NRW auf die rechtliche Prüfung dieser erstinstanzlichen Begründung der 2. Kammer und ließ ausdrücklich „offen“, ob die Verfassungswidrigkeit mangels einer Gesetzgebungszuständigkeit des Landes zu bejahen sei; jedenfalls verstoße die

Regelung aber gegen das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Prinzip der Bestenauslese.

(OVG NRW, Beschluss vom 21.02.2017, 6 B 1109/16, Beschluss-Abdruck S. 6)

Aufgrund dieses Verfahrensganges fehlte es an einer obergerichtlichen Überprüfung (und erst recht einer Bestätigung) der kompetenzrechtlichen Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung; diese Prüfung wurde in dem die Beschwerde zurückweisenden Beschluss substituiert durch eine ausschließlich materiell rechtliche Begründung, die in der vorangegangenen erstinstanzlichen Entscheidung allerdings ihrerseits keine Grundlage hatte. Das OVG NRW tauschte die Begründung aus, ohne zu klären, ob die Argumentation des Verwaltungsgerichts tragfähig war.

- 1.1.2. Dieses Vorgehen war im gegebenen Fall prozedural nicht zuletzt deshalb problematisch, weil in dem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren mangels Rechtsmittelfähigkeit des unanfechtbaren Beschlusses keine höchstrichterliche Entscheidung mehr eingeholt werden konnte. Eine solche Verkürzung des Rechtswegs hat dann gravierende Folgen für die Rechtsordnung, wenn die angerufenen Gerichte ihre Entscheidung mit der Verfassungswidrigkeit der einschlägigen gesetzlichen Vorschrift begründen, gleichwohl aber die Verfahrensaussetzung und Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ablehnen; denn durch dieses Vorgehen wird die allein den Verfassungsgerichten vorbehaltene Verwerfungskompetenz bezüglich parlamentsgesetzlicher Vorschriften umgangen.

Im konkreten Fall hatten überdies alle erstinstanzlichen Entscheidungen der 2. Kammer des VG Düsseldorf die Nichtanwendung des § 19 Abs. 6 LBG NRW mit dessen Verfassungswidrigkeit aufgrund fehlender Gesetzgebungskompetenz begründet, aber – anders als eine spätere Entscheidung der 13. Kammer (Beschluss 13 L 2843/16 vom 08.11.2016) – die Kollision mit dem Wortlaut des Art. 100 Abs. 1 GG nicht erwähnt und sie daher auch nicht aufgelöst.

(ausführlich zu diesem Defizit: Froese/Kempny/Schiffbauer, Verfassungsrechtliches Verwerfungsmonopol und effektiver Rechtsschutz, DÖV 2017, 262ff.)

Erst das OVG begründete in seiner Beschwerdeentscheidung, weshalb nach seiner Ansicht in Fällen des Eilrechtsschutzes „eine nur am Wortlaut orientierte

Auslegung des Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG zu kurz“ greife und in solchen Verfahren regelmäßig „aufgrund des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 GG) der Einschränkung“ bedürfe, wobei es abwägend zugleich Grenzen des Vorlageverzichts aufzeigte.

(OVG NRW, Beschluss vom 21.02.2017, 6 B 1109/16, A)

Wenn – wie vorliegend – die nach Art. 100 Abs. 1 GG grundsätzlich uneingeschränkt bestehende Vorlagepflicht in einem Konflikt mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG steht, ist die Auslegung des Normenkontrollgebots im Hinblick auf Zwecksetzung und Reichweite des Art. 19 Abs. 4 GG erforderlich.

(Froese/Kempny/Schiffbauer, Verfassungsgerichtliches Verwerfungsmonopol und effektiver Rechtsschutz, DÖV 2017, 261[266])

Art. 20 Abs. 3 GG bindet die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht; Art. 100 Abs. 1 GG beschränkt die Normverwerfungskompetenz auf die Verfassungsgerichte, ohne Ausnahmen zu regeln. Die Außerachtlassung einer gesetzlichen Vorschrift durch ein Fachgericht kann daher nur ausnahmsweise zur vorläufigen Regelung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hinnehmbar sein, wenn allein dadurch effektiver Rechtsschutz gewährt werden kann. Der Abwägungsprozess muss aber nachvollziehbar sein, und der Beschluss darf keine über den Eilrechtsschutzfall hinausgreifend anwendungshindernde Folgen haben. Ein solcher Ausnahmefall war vorliegend nicht gegeben, weil sich die im Eilrechtsschutz wurzelnde fachgerichtliche Normverwerfung in der weiteren Rechtsanwendung fortsetzt und der so herbeigeführte Konflikt zwischen verfassungsgebotener Gesetzestreue und Befolgung des fachgerichtlichen Beschlusses für die Exekutive nicht auflösbar ist.

In der durch die verwaltungs- und oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen verursachten Konstellation ist eine „ständige Nichtanwendung eines Parlamentsgesetzes“ zu gegenwärtigen, die „nicht nur Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG zuwiderläuft“, sondern vielmehr auch bedeutet, „dass das Gesetz als ungültig behandelt wird, so dass eine Umgehung des Verwerfungsmonopols droht.“

(zu dem Konfliktfall allgemein: Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123, Rn. 129b; Wollenschläger, in: Gärditz, VwGO, § 123, Rn. 30)

Auch aus diesem Grund ist die Klärung in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle angezeigt.

1.2. Das Land Nordrhein-Westfalen besitzt die Gesetzgebungszuständigkeit zur Regelung des vollständigen Norminhalts des § 19 Abs. 6 LBG NRW. Die Verwaltungsgerichte Düsseldorf und Arnsberg haben die Normsetzungskompetenz des Landes zu Unrecht verneint.

1.2.1. Die Verwaltungsgerichte Düsseldorf und Arnsberg gehen bei der Prüfung der Gesetzgebungszuständigkeit zunächst zutreffend von der kompetenzbegründenden Verfassungsnorm des Art. 70 Abs. 1 GG aus, die den Ländern die Gesetzgebungsbefugnis gibt, „soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“

Das Grundgesetz gesteht den Ländern danach nicht eine Rand- oder Restkompetenz für die Gesetzgebung zu, sondern geht – im Gegenteil – vom Grundsatz der Länderkompetenz aus.

(BVerfGE 10, 89[101]; 12, 205[228f.]; 26, 281[297]; 42, 20[28]; 61, 149[174])

Mithin berechtigt das Regel/Ausnahme-Verhältnis der Verfassung den Bund nur in den ihm ausdrücklich zugewiesenen Sachgebieten zur Gesetzgebung; alle übrigen Sachgebiete liegen in der originären Zuständigkeit der Länder.

(BVerfGE 111, 226; Seiler, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 70, Rn. 11; Umbach/Clemens, GG, Art. 70, Rn. 2; Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 70, Rn. 2; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 70, Rn. 8ff.)

Bei bestehendem Zweifel gibt es bei dieser Kompetenzverteilung keine Vermutung für eine Bundeskompetenz,

(BVerfGE 12, 205[228]; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 70, Rn. 2)

sondern – im Gegenteil – eine Zuständigkeitsvermutung für die Länder.

(BVerfGE 42, 20[28]); Umbach/Clemens, GG, Art. 70, Rn. 2; dies ablehnend allerdings: Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 70, Rn. 33)

Unstreitig ist, dass Art. 70 Abs. 1 GG den formellen Gesetzesbegriff meint

(BVerfGE 55, 7[21])

und folglich (ausschließlich) Parlamentsgesetze betrifft.

(Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 70, Rn. 11; Umbach/Clemens, GG, Art. 70, Rn. 6)

- 1.2.2. Gemäß Art. 70 Abs. 2 GG bemisst sich die Zuständigkeitsabgrenzung nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.

§ 19 Abs. 6 LBG NRW regelt keinen Gegenstand der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes (Art. 73 Abs. 1 GG), so dass der Frage nicht nachzugehen ist, ob das Land insoweit gemäß Art. 71 GG in einem Bundesgesetz ausdrücklich zu einer gesetzlichen Regelung ermächtigt wurde.

- 1.2.3. Zu untersuchen ist, ob der Regelungsinhalt des § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NRW gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG der konkurrierenden Gesetzgebung unterfällt.

- 1.2.3.1. Zutreffend wird in den zitierten verwaltungsgerichtlichen Beschlüssen geprüft, ob der Norminhalt des § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NRW dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG zuzuordnen ist. Nach dieser (hier allein in Betracht kommenden) Verfassungsvorschrift erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf „*die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung.*“

Das VG Düsseldorf und – ihm folgend auch das VG Aachen – geht davon aus, dass der Bund von der ihm mit der Förderalismusreform 2006 zugeordneten Zuständigkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 durch § 9 BeamtStG umfassend Gebrauch gemacht hat. Nach dieser bundesgesetzlichen Vorschrift sind Ernennungen „*nach Eignung,*

Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnischer Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauung, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen“. Der Gesetzgeber habe – so das VG – nur klarstellend den Katalog der beispielhaften Merkmale, die bei der Bewerberauswahl nicht berücksichtigt werden dürften, weiter gefasst als zuvor in § 7 BRRG. Damit habe er zum Ausdruck gebracht, dass jedenfalls eine gesetzliche Änderung hinsichtlich der Frage, wann Bewerber (gleich) geeignet seien, nicht erfolgen solle. In der Rechtsprechung sei bereits unter Geltung des § 7 BRRG geklärt, dass in Fällen einer Auswahlentscheidung unter mehreren Beamten, deren Leistungsstand in den aktuellen Beurteilungen im Wesentlichen gleich beurteilt wurde, mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG geboten sei, auch die früheren Beurteilungen bei der Auswahl zu berücksichtigen. Früheren dienstlichen Beurteilungen komme gegenüber Hilfskriterien eine vorrangige Bedeutung zu, weil sie anders als Hilfskriterien unmittelbare Rückschlüsse und Prognosen über die künftige Bewährung des Bewerbers in dem angestrebten Beförderungsamte ermöglichen. Ebenso könnten sich leistungsbezogene Auswahlkriterien allein aus den aktuellen dienstlichen Beurteilungen ergeben, wenn sich im Rahmen einer Binnendifferenzierung aus innerhalb einer Notenstufe vergebenen Punktzahlen oder Bewertungszusätzen eine Differenzierung hinsichtlich Eignung, Befähigung oder fachlicher Leistung zeige oder eine solche Differenzierung aus den Bewertungen der Einzelmerkmale hergeleitet werden könne. Nach der in § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW getroffenen Regelung seien hingegen in der Regel Einzelmerkmale in aktuellen Beurteilungen ebenso wenig wie Vorbeurteilungen zu berücksichtigen. Damit werde die Betrachtung, ob zwischen im Endurteil gleich beurteilten Förderungsbewerbern ein Qualifikationsunterschied bestehe, in einer § 9 BeamtStG widersprechenden Weise verkürzt. Für eine solche von § 9 BeamtStG hinsichtlich des Leistungsprinzips abweichende Regelung fehle dem Land die Gesetzgebungskompetenz.

- 1.2.3.2. Die Frage, ob der Regelungsgehalt des § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW – der zitierten Rechtsansicht der beiden Verwaltungsgerichte folgend – tatsächlich der konkurrierenden Gesetzgebung zuzuordnen ist, muss danach beantwortet werden, ob mit der Vorschrift im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG Statusrechte und -pflichten der

Beamten geregelt werden, oder ob eine Angelegenheit des Laufbahnrechts – die Beamten der Länder betreffend – normiert wird. Letzteres gehört nicht zur konkurrierenden Gesetzgebung; das Laufbahnrecht für die Beamten des Landes bleibt nach der grundgesetzlichen Regelung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG ausdrücklich der Gesetzgebungskompetenz der Länder vorbehalten.

Zur Erläuterung der die konkurrierende Gesetzgebung aktivierenden Verfassungsnorm hieß es im Gesetzentwurf zur Föderalismusreform, durch den Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 in das Grundgesetz eingefügt wurde:

„Die Personalhoheit der Länder wird durch die weitgehende Übertragung der Kompetenzen im öffentlichen Dienstrecht gestärkt. Eingeschränkt wird diese allein durch die Zuweisung der Befugnis zur Regelung der grundlegenden Statusangelegenheiten an den Bundesgesetzgeber“. Weiter hieß es dort: „Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz in diesem Bereich erfasst nur die Statusrechte und -pflichten.“

(Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 16/813, Einzelbegründung zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 bis 33, S. 14)

Der Gesetzgeber wollte somit keineswegs die beamtenrechtliche Regelungsbefugnis der Länder einschränken oder gar ausschließen, sondern ihnen – im Gegenteil – einen eigenen, erweiterten Kompetenzbereich reservieren.

Für die Abgrenzung kommt es mithin auf die inhaltliche Ausfüllung des Begriffes „*Statusrechte und -pflichten*“ in der Kompetenznorm an. Für diese vom verfassungsgebenden Gesetzgeber vorgegebene Begrifflichkeit gab es zuvor weder eine einfachgesetzliche Anknüpfung noch eine Verfassungstradition.

(Reich, Beamtenstatusgesetz, 2. Aufl., Einf., Rn. 3)

Die den Gesetzentwurf zur Föderalismusreform vorbereitende Kommission von Bundestag und Bundesrat hatte in ihrem Vorentwurf vom 13.12.2004 eine Aufzählung erarbeitet, was unter „*Status-*

rechten und -pflichten“ zu verstehen ist; im erläuternden „Begleittext zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 neu“ hieß es dazu:

- *„Wesen, Voraussetzungen, Rechtsform der Begründung, Arten, Dauer sowie Nichtigkeits- und Rücknahmegründe des Beamtenverhältnisses,*
- *Abordnungen und Versetzungen zwischen den Ländern und zwischen Bund und Ländern,*
- *Voraussetzungen und Formen der Beendigung des Beamtenverhältnisses (vor allem Tod, Entlassung, Verlust der Beamtenrechte, Entfernung aus dem Dienst nach dem Disziplinarrecht*
- *statusprägende Pflichten der Beamten und Folgen der Nichterfüllung,*
- *wesentliche Rechte der Beamten,*
- *Bestimmung der Dienstherrenfähigkeit,*
- *Spannungs- und Verteidigungsfall und*
- *Verwendung im Ausland.“*

(Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Arbeitsunterlage 0104-neu, vom 13.12.2004, Begleittext zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 neu)

Im Begründungsteil – nicht jedoch im Wortlaut – nahm der Gesetzentwurf zur Föderalismusreform diese Auflistung unter Bezugnahme auf die Koalitionsvereinbarung ausdrücklich auf; der Text wurde lediglich durch Austausch des Wortes Beamtenverhältnis durch Dienstverhältnis und durch zusätzliche Erwähnung des Richterdienstverhältnisses geändert.

(Gesetzentwurf, BT-Drs. 16/813, S. 14)

In der Literatur ist zwar umstritten, ob diese Auflistung abschließend ist oder nur beispielhaft.

(vgl. Höfling/Engels in: Höfling/Friauf, GG, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27, Rn. 12f.; Jarass/Pieroth, GG, Art. 74; Wittreck, in: Dreier, GG, Art. 74, Rn. 135; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 74, Rn. 115)

Mit Blick auf § 19 Abs. 6 LBG NRW kommt es hierauf aber nicht an.

Ausdrücklich benannter Regelungszweck jedenfalls war – so die Gesetzesbegründung weiter – die *„Sicherung der länderübergreifenden Mobilität der Bediensteten.“*

Außerdem sollten von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG diejenigen Regelungsbereiche nicht erfasst sein, die bereits bisher in der Kompetenz der Länder lagen, überdies auch nicht die *„lediglich statusberührende dienstrechtliche Gebiete oder aus dem Beamten- oder Richterverhältnis abgeleitete Rechte.“*

(Gesetzentwurf, BT-Drs. 16/813, S. 14)

§ 19 Abs. 6 LBG NRW enthält weder Regelungen zur Begründung noch zur Beendigung des Beamtenverhältnisses. Geregelt werden auch keine statusprägenden Rechte oder Pflichten der Beamten. *„Grundlegende“* Statusangelegenheiten der Beamten sind folglich nicht betroffen.

Zur Abgrenzung und Klarstellung heißt es in Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG, dass die Sachgebiete *„Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“* nicht der konkurrierenden Gesetzgebung unterfallen. Selbst wenn man also das Laufbahnrecht zu den statusberührenden Sachbereichen zählt, aktiviert es aufgrund ausdrücklicher grundgesetzlicher Regelung nicht die Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

Aus der Gesetzesbegründung zur Föderalismusreform folgt im Übrigen ausdrücklich, dass *„zum Laufbahnrecht ... auch die Regelung des Zugangs zur Laufbahn“* gehört.

(Gesetzentwurf, BT-Drs. 16/813, S. 14)

Im Schrifttum besteht daher Einigkeit, dass die Regelung des Zugangs zu den Laufbahnen keineswegs der konkurrierenden Gesetzgebung unterfällt.

(Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 74, Rn. 337; Höfling/Engels, in: Höfling/Friauf, GG, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27, Rn. 15; Papier/Heidebach, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungs-

positionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, S. 5)

Das Sachgebiet „Zugang zur Laufbahn“ umfasst auch die Regelungsbefugnis für Beförderungen.

(vgl. Papier/Heidebach, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, S. 31, auch Fn. 127)

Hieran ändert die Bezugnahme des § 19 Abs. 6 S. 1 LBG NRW auf § 9 BeamtStG nichts. Dass danach Beförderungen nach den Grundsätzen des § 9 BeamtStG vorzunehmen sind, bestätigt oder begründet keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

Zudem dient § 19 Abs. 6 LBG NRW nicht der länderübergreifenden Mobilität; er hat mit diesem wesentlichen Regelungszweck des BeamtStG nichts zu tun.

Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass der Regelungsinhalt des § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NRW nicht Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung ist, sondern der Gesetzgebungsbefugnis der Länder unterfällt.

- 1.2.5. Selbst wenn man das in § 19 Abs. 6 LBG NRW normierte Sachgebiet – abweichend von der hiesigen Rechtsauffassung – dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zuordnet, ist hier gleichwohl eine Normsetzungskompetenz des Landes verblieben.

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Normsetzungskompetenz, „solange und soweit“ der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat. Es gibt mithin eine zeitliche („solange“), ergänzt durch eine inhaltliche („soweit“) Sperrwirkung. Eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz der Länder scheidet nur aus, wenn und soweit der Bund die Materie erschöpfend, also abschließend, geregelt hat.

(BVerfGE 36, 363; 45, 345; 67, 324; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 72, Rn. 27; Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 72, Rn. 25; Seiler, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 72, Rn. 4)

Ob eine Materie abschließend geregelt ist, muss im Wege der Auslegung ermittelt werden. Maßgeblich ist zunächst der materielle Regelungsumfang; lässt er keinen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum mehr, ist von einer erschöpfenden Regelung auszugehen. Hierbei kann der Gesetzgeber selbst Hinweise auf den Umfang der Regelungsabsicht geben.

(vgl. dazu: Seiler in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 72, Rn. 4)

In der Begründung zum Entwurf eines Beamtenstatusgesetzes, das bundesgesetzlich die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG wurzelnde Normsetzungsbefugnis umsetzte, hieß es, der zitierten Begründung der Grundgesetznovelle zur Föderalismusreform folgend:

„Zielrichtung des Gesetzes ist die Festlegung der beamtenrechtlichen Grundstrukturen zur Gewährleistung der erforderlichen Einheitlichkeit des Dienstrechts insbesondere zur Sicherstellung von Mobilität der Beamtinnen und Beamten bei Dienstherrnwechsel.“

(Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern vom 12.01.2007, BT-Drs. 16/4027, Begründung S. 1)

Weiter hieß es in der Gesetzesbegründung, das Statusrecht solle lediglich

„hinsichtlich der wesentlichen Kernbereiche wie z.B. bei Begründung und Beendigung des Beamtenverhältnisses oder für Pflichten und Rechte der Beamtinnen und Beamten“ erschöpfend geregelt werden.
(Entwurf für ein Beamtenstatusgesetz, BT-Drs. 16/4027, Begründung Allgemeiner Teil, S. 20)

Misst man den Regelungsgehalt des § 19 Abs. 6 LBG NRW (einschließlich der Sätze 2 und 3) an der Definition des Beamtenstatusrechts – die durch die Föderalismusreform 2006 vorgegeben und im Allgemeinen Teil der Begründung des Entwurfes für ein Beamtenstatusgesetz wörtlich wiederholt wurde –

(Entwurf für ein Beamtenstatusgesetz, BT-Drs. 16/4027, Begründung S. 20)

handelt es sich – wie bereits dargelegt – weder um die Begründung noch die Beendigung des Dienstverhältnisses; auch werden keine statusprägende Pflichten oder Rechte der Beamten geregelt. Somit wird jedenfalls kein „wesentlicher Kernbereich“ des Statusrechts normiert.

Im Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung verbleibt den Ländern die Normsetzungskompetenz für die bundesgesetzlich nicht besetzten Gegenstände. Sie lassen sich entweder durch Auslegung des Regelungsumfangs des Bundesgesetzes bestimmen, oder – dann mit größerer Rechtssicherheit – durch entsprechende Hinweise des Bundesgesetzgebers. Hier kann der Bund, um Zweifel hinsichtlich des gesetzgeberischen Willens zur erschöpfenden Regelung zu vermeiden, ausdrückliche Aussagen im Gesetz treffen.

(Auerbach/Pietsch, Beamtenstatusgesetz, S. 22)

Bereits der verfassungsgebende Gesetzgeber hatte sich bei der Schaffung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG zu einer restriktiven Kompetenzbegründung für den Bund entschieden, indem er die bundesgesetzlich regelbare Materie des Statusrechts eng definierte und Teilbereiche völlig der konkurrierenden Gesetzgebung entzog. Hieraus folgt zunächst die Erkenntnis, dass der Bund keine abschließende Regelung aller Materien vornehmen wollte, die Berührung zum Statusrecht haben, sondern nur den für den Regelungszweck der Sicherstellung der bundesweiten Mobilität erforderlichen Kernbestand. Alle nur „statusberührenden dienstrechtlichen Gebiete“ sind ausweislich der Begründung der Föderalismusreform nicht von Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG umfasst.

(vgl. auch: Seiler, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 74, Rn. 98.1)

Diese Engführung hat der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Beamtenstatusgesetzes fortgesetzt. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung hieß es:

„Da wo der Bund keine Regelung trifft, sind die Länder zur Gesetzgebung befugt. Gleichzeitig wird dort, wo bereits heute eigene statusrechtliche Regelungen bestehen, Raum gelassen für landesrechtliche Regelungen“.

(Gesetzentwurf für ein Beamtenstatusgesetz, BT-Drs. 16/4027, S. 20)

Mithin hat der Bundesgesetzgeber mit dem BeamtStG nicht das Statusrecht insgesamt abschließend normiert, sondern nur den Kernbereich, der aus seiner Sicht der einheitlichen Regelung bedarf; in dem übrigen, nur statusberührenden Bereich bleibt es hingegen kraft ausdrücklicher Willensbekundung des Bundesgesetzgebers (insoweit zugleich der eingeschränkten Kompetenzbegründung durch die Föderalismusreform folgend) bei der Normsetzungsbefugnis der Länder.

Die Gesetzesbegründung schließt zudem eine restriktive Auslegung zu Lasten der Länder aus; denn der Wille, den Ländern das Gesetzgebungsrecht außerhalb des statusrechtlichen Kernbereichs belassen zu wollen, ist nur sinnvoll, wenn den Ländern damit auch ein wesentlicher Regelungsbereich verbleibt.

Folglich ist kompetenzrechtlich für jede einzelne landesgesetzliche Regelung nach deren Gehalt zu entscheiden, ob sie sich innerhalb des den Ländern belassenen Regelungsbereiches bewegt.

(vgl. dazu: Auerbach/Pietsch, Beamtenstatusgesetz, S. 21)

Selbst wenn man also dem Regelungsgehalt des § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW eine Berührung zum Statusrecht unterstellt, ist mit Blick auf den abweichenden Inhalt und völlig andere Zwecksetzung des Landesgesetzes keine materielle Sperrwirkung durch § 9 BeamtStG gegeben.

(im Ergebnis ebenso: Battis, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses am 19.01.2017, LT-Drs. 16/4531, Ziff. 5)

Die These des Verwaltungsgerichts Düsseldorf, dass der Bundesgesetzgeber in § 9 BeamtStG „im Regelungsbereich des Leistungsprinzips“ eine abschließende Regelung getroffen habe, die für eine landesgesetzliche Abweichung in § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW keinen Raum lasse, unterlegt dieser bundesgesetzlichen Norm einen Inhalt, der von der Kammer auf ihr Verständnis von Art. 33 Abs. 2 GG zurückgeführt wird. Dies ist allerdings keine Frage des Kompetenzrechts, sondern der materiellen verfassungsrechtlichen Bewertung.

Die Regelungskompetenz des Landes ist insoweit nicht eingeschränkt.

- 1.2.6. Gesperrt für den Landesgesetzgeber sind zudem nicht „Vorkehrungen zur Verwirklichung des Leistungsgrundsatzes sowie gesetzliche Regelungen zur

tatsächlichen Gleichberechtigung im Erwerbsleben“, die ein anderes Sachgebiet als das Statusrecht betreffen.

(Plog/Wiedow, BeamtStG, § 9, Rn. 12)

- 1.3. Eine Gesetzgebungskompetenz des Landes besteht überdies generell für frauenfördernde Maßnahmen in Bezug auf Führungspositionen im öffentlichen Dienst.

(Papier/Heidebach, Rechtsgutachten, S. 5; Plog/Wiedow, BeamtStG, § 9, Rn. 12)

- 1.3.1. Das Beamtenstatusgesetz vom 17.06.2008 enthält – anders als das ebenfalls nach Inkrafttreten der Föderalismusreform kurze Zeit später verabschiedete Bundesbeamtengesetz vom 05.02.2009 – keine Regelung zur Durchsetzung der (tatsächlichen) Gleichstellung. § 9 BeamtStG ist mit § 9 S. 1 BBG inhaltsgleich und überwiegend auch textidentisch. Ergänzt wird die Regelung des § 9 S. 1 BBG aber durch folgenden Satz 2: *„Dem stehen gesetzliche Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben, insbesondere Quotenregelungen mit Einzelfallprüfung sowie zur Förderung schwerbehinderte Menschen nicht entgegen.“*
- 1.3.2. Da es sich um zeitlich parallel entstandene Regelungen mit einem im Wesentlichen gleichen Regelungsinhalt handelt, muss dem Verzicht auf die Gleichstellungszielsetzung in § 9 BeamtStG eine bewusste Entscheidung zugrunde liegen: Entweder hat der Bundesgesetzgeber in der Gleichstellungsregelung von vornherein keinen Bezug zum Statusrecht der Beamten und mithin keine eigene Regelungskompetenz für die Beamtenschaft auch der Länder festgestellt, was nach hiesiger Rechtsansicht zutreffend ist. Oder der Bundesgesetzgeber hat zwar grundsätzlich eine entsprechende konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis gesehen, aber gleichwohl auf eine Kodifizierung im Beamtenstatusgesetz verzichtet, um den Ländern eine Regelungszuständigkeit zu belassen, die folglich auch verbliebe, wenn die Regelung grundsätzlich dem Kernbereich des Statusrechts zuzuordnen wäre.

Das OVG NRW hatte in einem (noch unter altem Landesrecht ergangenen) Beschluss vom 26.08.2010 eine entsprechende Regelungsbefugnis im Landesbeamtengesetz ausdrücklich bejaht und ausgeführt:

„Die landesrechtliche, von einem Qualifikationsgleichstand ausgehende Gleichstellungsregelung stellt eine zulässige Ergänzung des § 9

BeamtStG dar, wonach Ernennungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Eignung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen sind.“

(OVG NRW, Beschluss vom 26.08.2010, 6 B 540/10, Juris, Rn. 6)

Kompetenzrechtlich kann der hier in Rede stehende § 19 Abs.6 LBG NRW n.F. nicht anders gewertet werden, da sich § 20 Abs. 6 LBG NRW a.F. auf dieselbe Zuständigkeitsregelung stützte.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass auch § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW eine Bevorzugung von Frauen – wie bisher – nur bei einem Qualifikationsgleichstand vorsieht. Der neue Satz 3 regelt lediglich, wann in der Regel von einem Qualifikationsgleichstand auszugehen ist. Er betrifft damit eine der Ernennung vorgelagerte Entscheidung. § 9 BeamtStG trifft selbst keine Regelung dazu, wie Beurteilungen zur Herstellung der Vergleichbarkeit auszuwerten sind. Auch deshalb kann § 9 BeamtStG keine Sperrwirkung für den Regelungsgegenstand von § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW entfalten.

1.4. Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass dem Land die Gesetzgebungsbefugnis auch nicht durch ungeschriebene verfassungsrechtliche Kompetenzregelungen abgesprochen werden kann.

1.4.1. Zum einen besteht hinsichtlich des Regelungsinhalts des § 19 Abs. 6 LBG NRW ersichtlich keine ungeschriebene Bundeskompetenz – weder in Form einer Annexkompetenz kraft Sachzusammenhanges noch aus der Natur der Sache, zumal eine solche jedenfalls im Rahmen der Rechtsmaterien der konkurrierenden Gesetzgebung auch nicht bestehen kann, weil dort von einem grundsätzlichen Gesetzgebungsvorrang der Länder auszugehen ist.

(zu den ungeschriebenen Bundeszuständigkeiten: Seiler, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 70, Rn. 22f.; Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 70, Rn. 22-42; Umbach/Clemens, GG, Art. 70, Rn. 22-38)

1.4.2. Zum anderen ist auch unter dem Gesichtspunkt der Bundestreue nicht von einer Kompetenzrestriktion auszugehen; dies wäre allenfalls dann denkbar, wenn eine grundsätzlich aus Kompetenzgründen zulässige Gesetzgebung des Landes die vom Bund im Zuge seiner berechtigten Kompetenzausübung vorgenommene Kodifizierung unterlaufen oder konterkarieren würde.

(vgl. hierzu: BVerfGE 4, 115[140]; Umbach/Clemens, GG, Art. 70, Rn. 39; Degenhart, in: Sachs, Art. 72, Rn. 29, auch Fn. 137)

Ohnehin wäre zweifelhaft, ob das Prinzip der Bundestreue als Wertungsgrundsatz einen formellrechtlichen Maßstab für die Bejahung oder Verneinung einer Gesetzgebungskompetenz bilden könnte.

(hierzu: Umbach/Clemens, GG, Art. 70, Rn. 42; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 70, Rn. 17)

Überwiegend wird in der Literatur abgelehnt, im Grundsatz der Bundestreue eine verfassungsrechtliche Kompetenzausübungsschranke zu sehen.

(Hebeler, Die Bundestreue als verfassungsrechtliche Begrenzung für den Gesetzgeber im Beamtenrecht, ZfB 2015, 1[4]; Schrapper/Günther, Landesbeamtengesetz NRW, 2. Aufl. 2017, Einl., Rn. 3)

Im gegebenen Fall ist jedenfalls auszuschließen, dass dieses Verfassungsprinzip die Gesetzgebungsbefugnis des Landes einschränkt.

- 1.5. Als Ergebnis ist festzuhalten: Der Regelungsinhalt des § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW unterfällt der Gesetzgebungsbefugnis des Landes Nordrhein-Westfalen; die Landeskompentenz ist nicht gesperrt durch die bundesgesetzliche Kompetenzwahrnehmung in Gestalt des § 9 BeamtStG.

Eine Verfassungswidrigkeit wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Landes scheidet aus.

2. Die Regelungen der Sätze 2 und 3 des § 19 Abs. 6 LBG NRW verstoßen nicht gegen das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Prinzip der Bestenauslese

- 2.1. Hier ist zunächst die rechtliche Wertung der Verwaltungsgerichte Arnsberg und Gelsenkirchen sowie des OVG NRW zu beachten.

Die Verwaltungsgerichte Arnsberg (Beschluss 2 L 1159/16 vom 14.09.2016) und Gelsenkirchen (Beschluss 12 L 2228/16 vom 01.12.2016) sehen in der Regelung des § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW – ebenso wie zweitinstanzlich das OVG NRW in seinen Beschlüssen vom 21.02.2017 (6 B 1109/16; 6 B 1110/16; 6 B 1378/16; 6 B 1102/16, 6 B 1152/16 und 6 B 1131/16) – einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG; Rechtsfolge sei die Unanwend-

barkeit dieser landesgesetzlichen Vorschrift wegen ihrer Verfassungswidrigkeit. Ein Vorlagebeschluss nach Art. 100 Abs. 1 GG aufgrund der Annahme der Verfassungswidrigkeit der parlamentsgesetzlichen Norm wird übereinstimmend als nicht erforderlich angesehen.

In den zugrundeliegenden Eilverfahren wird das Bestehen eines Anordnungsanspruchs der jeweiligen Antragsteller mit folgender Begründung bejaht (im Weiteren wird allein auf die Darlegungen des OVG NRW Bezug genommen, die ausführlicher sind als die der beiden Verwaltungsgerichte): Die Auswahlentscheidung für die zu besetzenden Beförderungsstellen verletze den Antragsteller in seinem subjektiven Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung aus Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamtStG. Sie stütze sich auf einen unzureichenden Qualifikationsvergleich, weil das Land als Antragsgegner die für die Klärung der Wettbewerbssituation maßgebliche Frage der „*im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung*“ der Mitbewerber nur anhand der in den aktuellen Beurteilungen ausgewiesenen Gesamturteile beantwortet und weiteren leistungsbezogenen Kriterien, vor allem den in den jeweiligen aktuellen Beurteilungen enthaltenen Einzelfeststellungen, von vornherein keine Relevanz beigemessen habe. Soweit § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW diese Vorgehensweise mit der Intention einer effektiveren Frauenförderung einfachrechtlich gebiete, erweise sich diese Vorschrift als verfassungswidrig.

Verfassungsrechtlich unbedenklich sei – so das OVG NRW weiter – Satz 1 des § 19 Abs. 6 LBG NRW, der auf § 9 BeamtStG Bezug nehme und das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Prinzip der Bestenauslese wiederhole. Ebenfalls verfassungskonform sei Satz 2, wonach Frauen in näher konkretisierten Fällen der Unterrepräsentanz bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern seien; die Regelungen griffen Vorgängerregelungen (§ 20 Abs. 6 S. 2, 1. Halbs. LBG NRW a.F und § 25 Abs. 6 Satz 2, 1. Halbs. des davor geltenden LBG NRW) sowie die Terminologie der dazu ergangenen Rechtsprechung auf. Dies sei „*einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich*“ und beinhalte keine Maßstabsveränderung. Auch gebe es keine Bestimmtheitsbedenken.

Die dem Tatbestandsmerkmal der „*im Wesentlichen gleichen Eignung*“ durch Satz 3 vorgegebene Konkretisierung sei hingegen – so das OVG NRW weiter – mit dem in Art. 33 Abs. 2 GG festgeschriebenen Leistungsgrundsatz nicht mehr vereinbar. Die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung seien ohne Einschränkung anzuwenden; auf der Ebene des Qualifikationsvergleichs als erstem Schritt einer Auswahlentscheidung bleibe für die vom Landesgesetzgeber mit Satz 3 intendierte Frauenförderung kein verfassungsrechtlich zulässiger Anwendungsbereich.

Über diese Wertung des OVG NRW hinausgehend erstreckten die Beschlüsse des VG Aachen vom 16.09.2016 (1 L 616/16) und des VG Gelsenkirchen vom 01.12.2016 (12 L 2228/16) die verfassungsrechtlichen Zweifel auch auf § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW, ohne allerdings Satz 2 einer gesonderten verfassungsrechtlichen Betrachtung zu unterziehen.

2.2. § 19 Abs. 6 LBG NRW ist insgesamt nicht materiell verfassungswidrig.

2.2.1. Verfassungsrechtliche Zweifel sind in Rechtsprechung und Literatur bisher – soweit ersichtlich – ausschließlich auf die Sätze 2 und 3 des § 19 Abs. 6 LBG NRW bezogen worden.

(neben den zitierten fachgerichtlichen Beschlüssen vgl. auch: Hoffmann, in: Schütz/Maiwald, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, C, § 15, Rn. 45 (noch zu der Entwurfsfassung); Wolf, Frauenförderung vs. Bestenauslese, NJW-aktuell 43/2016, S. 15; Schrapper/Günther, Das Dienstrechtsmodernisierungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2017, 10[15]; Schrapper/Günther., Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2017, § 19, Rn. 34)

Die übrigen Sätze des Absatzes 6 stellen somit lediglich den regulatorischen Kontext dar, der hier jedoch keiner gesonderten Einzelbetrachtung bedarf.

2.2.2. Im Zuge der Prüfung muss auch der Frage nicht weiter nachgegangen werden, ob die Fachgerichte im Zuge der Eilverfahren eigenständig zur Nichtanwendung der gesetzlichen Vorschrift des § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW berechtigt waren, oder ob sie zur Verfahrensaussetzung und Anrufung des Bundesverfassungsgerichts oder des Verfassungsgerichtshofes für das Land NRW gemäß Art. 100 Abs. 1 GG verpflichtet gewesen wären.

Zwar hätte die Bejahung einer Vorlagepflicht zur Folge, dass die fachgerichtlichen Entscheidungen zur Nichtanwendung des § 19 Abs. 6 S. 3 (bzw. 2 und 3) LBG NRW unzulässig gewesen wären mit der Konsequenz, dass bei rechtskonformem Verhalten der Gerichte die Verfahrensvoraussetzung des § 47 lt. b VGHG NRW nicht vorläge. Im Rahmen eines Normbestätigungsverfahrens ist aber nicht die Rechtsfrage maßgeblich, ob Gerichte unter Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit zur Nichtanwendung einer Rechtsnorm berechtigt waren, sondern ausschließlich auf die Tatsache abzustellen, dass die betreffende landesgesetzliche Regelung unter Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit durch Gerichte tatsächlich nicht angewendet wurde. Dies allein aktiviert das Antragsrecht der Landesregierung.

Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der zur Prüfung aufgerufenen Rechtsnorm durch den Verfassungsgerichtshof hängt somit nicht von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob die Fachgerichte auf die Verfahrensaussetzung und Durchführung der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG verzichten durften.

- 2.2.3. § 19 Abs. 6 S. 1 LBG NRW legt fest, dass Beförderungen nach den Grundsätzen des § 9 BeamtStG vorzunehmen sind. Es handelt sich um eine landesrechtliche Wiederholung des bei Beförderungen verfassungsrechtlich durch Art. 33 Abs. 2 GG und einfachgesetzlich durch die in Bezug genommene bundesgesetzliche Vorschrift ohnehin zu beachtenden Prinzips der Bestenauslese.

(Plog/Wiedow, LBG NRW, § 19, Rn. 6)

Da die Verleihung eines anderen Amtes mit anderem Grundgehalt gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG ebenso wie die Verleihung eines anderen Amtes mit anderer Amtsbezeichnung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 4 BeamtStG – soweit letzteres durch Landesrecht bestimmt ist - einer Ernennung bedarf und dies in § 19 Abs. 1 Nr. 1 und 2 LBG NRW unter die Definition der „Beförderung“ fällt, wäre die Anwendung der Grundsätze des § 9 BeamtStG auch ohne ausdrückliche Erwähnung in Abs. 6 S. 1 aktiviert.

§ 19 Abs. 6 S. 1 LBG NRW hat somit lediglich eine deklaratorische, bestätigende Bedeutung, die den in Art. 33 Abs. 2 GG grundgesetzlich vorgegebenen Leistungsgrundsatz durch einfaches Landesrecht konkretisiert,

(Plog/Wiedow, BeamtStG, § 9, Rn. 2)

ohne die in § 9 BeamtStG als unzulässig eingestuften Auswahlkriterien im Einzelnen zu wiederholen.

In Rechtsprechung und Literatur ist zudem anerkannt, dass die Notwendigkeit der Beachtung des Leistungsprinzips im Falle der Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens vorverlagert ist,

(BVerwG, Urteil vom 16.08.2001, 2 A 3.00, ZBR 2002, 207; BVerwG, Urteil vom 25.01.2007, 2 A 2.06, RiA 2008, 28)

also nicht erst für die Beförderung selbst berücksichtigt werden muss; denn von der Vergabe eines Beförderungsdienstpostens geht eine Vorwirkung auf eine spätere Beförderung aus, selbst wenn mit der Dienstpostenübertragung noch keine konkrete Beförderungsabsicht verbunden ist und die spätere Beförderung noch von einer erfolgreichen Bewährung abhängt.

(vgl. v. Roetteken, Änderung der Rechtsprechung des BVerwG zum Anforderungsprofil, jurisPR-ArbR 1/2014, Anm. B; Plog/Wiedow, LBG NRW, § 19, Rn. 3)

- 2.2.4. Das durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistete und in §§ 9 BeamtStG; 19 Abs. 6 S. 1 LBG NRW einfachgesetzlich verankerte Leistungsprinzip bedarf im Zuge seiner Anwendung der rechtlichen Konkretisierung.

Sie erfolgt in der Regel durch den Dienstherrn, dem insoweit ein Ausgestaltungsspielraum zusteht, der nur einer begrenzten gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

(BVerfGE 39,334[354]; 108, 282[296])

Allerdings ist der Gesetzgeber berechtigt, die der Verwaltung verbleibende Ausgestaltungsbefugnis hinsichtlich der konkreten Kriterien für Beförderungsentscheidungen an sich zu ziehen, solange er dabei das Leistungsprinzip nicht aushebelt.

(Papier/Heidebach, Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, DVBl. 2015, 125[136]; Plog/Wiedow, BBG 2009, § 9, Rn. 22; Battis, BBG 2009, § 9, Rn. 5)

Das Bundesverwaltungsgericht sieht den Gesetzgeber ausdrücklich als befugt an, dem Dienstherrn mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG Eignungskriterien an die Hand zu geben, sofern er bestimmte Grenzen beachtet:

„Der 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.“
(BVerwGE 109, 295[301])

Eine solche gesetzliche Ausgestaltung erfolgt zunächst in Satz 2 des § 19 Abs. 6 LBG NRW. Er übernimmt weitgehend den Wortlaut des vorherigen § 20 Abs. 6 S. 2, 1. Halbs. LBG NRW a.F., wonach Frauen in gesetzlich vorgegebenen Fällen *„bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern sind, sofern nicht in der Person des Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.“*

Allerdings ersetzt die Regelung das Tatbestandsmerkmal *„gleich“* durch *„im Wesentlichen gleich“*. Mit dieser Formulierung greift der Gesetzgeber *„die in der Rechtsprechung übliche Terminologie im Rahmen von Beförderungsentscheidungen auf“*.

(Gesetzentwurf der Landesregierung zum Dienstrechtsmodernisierungsgesetz, LT-Drs. 16/10380 vom 02.12.2015, Einzelbegründung zu § 19 Abs. 6, S. 345; OVG NRW, Beschlüsse vom 21.02.2017, 6 B 1109/16 und 6 B 1378/16, jeweils Beschlussabdruck S. 12; dieser Wertung folgend: Plog/Wiedow, LBG NRW, § 19, Rn. 10)

Die Bezugnahme auf eine *„im Wesentlichen gleiche“* Einstufung entspricht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

(BVerwG, Beschluss vom 20.06.2013, 2 VR 1/13, Juris, Rn. 48)

und des Bundesverfassungsgerichts, das – noch weitergehend als das Bundesverwaltungsgericht – in seiner jüngsten Rechtsprechung den Anwendungsbereich des verfassungsrechtlich vorgegebenen Prinzips der Bestenauslese als erschöpft angesehen hat, wenn bei mehreren Personen eine im Wesentlichen gleiche Qualifikation festgestellt wurde.

(BVerfG, Beschluss vom 16.12.2015, 2 BvR 1958/13, Juris, Rn. 63; dazu auch: von Roetteken, Senatsbeschluss des BVerfG zur Dienstpostenbündelung und Bestenauslese, ZBR 2016, 151[159])

Eine inhaltliche Änderung des vorherigen Rechts erfolgte somit durch die ergänzende Formulierung in Satz 2 des § 19 Abs. 6 LBG NRW nicht. Das OVG NRW wertet die Formulierung *„im Wesentlichen gleich“* daher zutreffend als Präzisierung des vorherigen Tatbestandsmerkmals *„gleich“*, die mithin keine Maßstabsveränderung bewirke.

(ausdrücklich: OVG NRW, Beschlüsse vom 21.02.2017, beispielhaft: 6 B 1378/16, Beschlussabdruck S. 12)

- 2.2.5. Die in § 9 BeamtStG festgeschriebene und durch § 19 Abs. 6 S. 1 LBG NRW bestätigte Pflicht, Beförderungen u.a. ohne Rücksicht auf das Geschlecht vornehmen zu müssen, steht im Einklang mit dem in Satz 2 kodifizierten Gebot der Frauenförderung im öffentlichen Dienst.

Während der für die Bundesbeamten einschlägige § 9 BBG 2009 die (dem § 9 BeamtStG wörtlich entsprechenden) Leistungskriterien durch einen S. 2 ergänzt, wonach „gesetzliche Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben, insbesondere Quotenregelungen mit Einzelfallprüfungen ... nicht entgegen“ stehen, fehlt ein entsprechender ausdrücklicher gesetzlicher Vorbehalt im LBG NRW.

(hierzu: Schrapper/Günther, Landesbeamtengesetz NRW, § 19, Rn. 30)

Rechtlich bleibt das Fehlen dieses Satzes aber ohne Auswirkungen, da in Rechtsprechung und Literatur schon unter Geltung des § 20 Abs. 6 LBG NRW alter Fassung anerkannt war, dass die Frauenförderung jedenfalls bei einem Beurteilungsgleichstand in den Blick zu nehmen ist.

(OVG NRW, NVwZ-RR 1999, 593; Schrapper/Günther, Landesbeamtengesetz NRW, 1. Aufl. 2013, § 20, Rn. 25; bestätigend nun in 2. Aufl. 2017, § 19, Rn. 30; vgl. auch: Plog/Wiedow, LBG NRW, § 19, Rn. 10)

Soweit bei Beachtung des Leistungsprinzips unter Verweis auf die bisherige Unterrepräsentanz eine bevorzugte Beförderung von Frauen vorgesehen ist, steht dies zwar in formalem Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, wonach niemand (u.a.) wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Gleichwohl ist eine entsprechende Regelung zulässig. Denn die kategorischen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG sind nicht absoluter Natur;

(Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 3, Rn. 58)

Bevorzungen können vielmehr in der Natur der Sache begründet oder durch widerstreitende verfassungsrechtliche Regelungen legitimiert sein. Die in einer bevorzugten Beförderung liegende Ungleichbehandlung bedarf dann freilich

einer besonderen Rechtfertigung. Das Bundesverfassungsgericht hat diese – abstrakt – wie folgt begründet und an Bedingungen geknüpft:

„An das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen sind mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind. Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lässt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren (BVerfGE 85, 191[207ff.]; 92, 91[109])“
(BVerfG, Beschluss vom 25.10.2005, 2 BvR 524/01, BVerfGE 114, 357[364])

Die Rechtfertigung der durch § 19 Abs. 6 S. 2 LBG NRW vorgesehenen Ungleichbehandlung ergibt sich vorrangig aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Ausgehend von der in Satz 1 der Verfassungsnorm statuierten Gleichberechtigung von Männern und Frauen verpflichtet Satz 2 den Staat zur Förderung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zu einem Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Blick auf das Zusammenspiel der Absätze 2 und 3 anerkannt, dass Art. 3 Abs. 2 GG den Gesetzgeber berechtigt,

„faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen (vgl. BVerfGE 85, 191[207]; 92, 91[109]; 104, 373[393])“
(BVerfG, Beschluss vom 25.10.2005, 2 BvR 524/01, BVerfGE 114, 357[370])

Neben der Zielsetzung, den Ausgleich von Nachteilen zu bewirken und die Gleichstellung von Frauen zu verwirklichen – die den Regelungszweck legitimiert – muss die gesetzgeberische Maßnahme zugleich geeignet und erforderlich sein, die Zielsetzung zu verwirklichen.

Das Bundesarbeitsgericht hat schon 1993 in einer Vorlage für den Europäischen Gerichtshof (1 AZR 590/92) eine landesgesetzliche Quotenregelung (§ 4 LGG Bremen) – durch die bei gleicher Qualifikation eine vorrangige Berücksichtigung von Frauen festgeschrieben wurde, wenn diese unterrepräsentiert waren – als

verfassungsmäßig angesehen. Der Senat ging hierbei unter Bezugnahme auf das Bundesverfassungsgericht

(BVerfGE 85, 191[207])

davon aus, dass Art. 3 Abs. 2 GG über das Diskriminierungsverbot des Abs. 3 hinaus ein Gleichberechtigungsgebot aufstelle und dieses auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckte. Der Satz „*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*“ wolle nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- und Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpften, sondern auch für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Ein tatbestandlicher Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 GG) könne grundsätzlich durch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei Art. 3 Abs. 2 GG so zu verstehen, dass gesetzliche Regelungen grundsätzlich zulässig seien, wenn sie faktische Nachteile ausglich, die typischerweise Frauen trafen. Der Gesetzgeber könne die Gleichstellung der Geschlechter gerade durch ihre unterschiedliche Behandlung erreichen wollen. Diese Kollision sei „*allgemeinen Grundsätzen folgend durch Herstellung praktischer Konkordanz zu lösen.*“ Hierbei gehe es darum, sowohl das Grundrecht als auch das grundrechtsbegrenzende Rechtsgut zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen. Die Grundrechtsbegrenzung müsse daher geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.

Unter der Voraussetzung gleicher Eignung führe die bevorzugte Beförderung weiblicher Bewerber dazu, die vorhandenen faktischen Nachteile von Frauen für die Zukunft zu überwinden, was die grundsätzliche Geeignetheit belege. Die Erforderlichkeit sei zu bejahen, weil es keine weniger belastende Maßnahme gebe, die das Ziel ebenso gut fördere. Schließlich sei die (im dortigen Fall untersuchte) Ungleichbehandlung auch nicht unverhältnismäßig, weil die Anknüpfung an die Qualifikationsgleichheit sicherstelle, dass qualifiziertere Bewerber aufstiegen und eine Obergrenze bei Erreichen des gleichen Verhältnisses bestehe.

(im Einzelnen: BAG, EuGH-Vorlage vom 22.06.1993, 1 AZR 590/92, Juris, insbes. Rn. 45ff.)

Mit dieser in der Folgezeit bestätigten Rechtsprechung steht § 19 Abs. 6 S. 2 LBG NRW in Einklang, zumal die Sätze 4ff. des § 19 eine ausdifferenzierte

Obergrenze festlegen, wodurch sich bei Erreichen der Förderziele die Anwendung des Satzes 2 erschöpft.

Als weiteres Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass Satz 2 des § 19 Abs. 6 LBG NRW verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

(so auch OVG NRW, Beschlüsse vom 21.02.2017, beispielhaft 6 B 1109/16, Beschlussabdruck S. 19)

2.2.6. Auch die Regelung des § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW ist verfassungskonform.

2.2.6.1. Das OVG NRW ist der Ansicht, Satz 3 des § 19 Abs. 6 LBG NRW verstoße gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Der in dieser Verfassungsvorschrift jedem Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gewährleistete gleiche Zugang zu jedem öffentlichen Amt fordere einen Leistungsvergleich der Bewerber um ein Beförderungamt anhand aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen. Maßgeblich sei in erster Linie das abschließende Gesamturteil, das anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen Gesichtspunkte zu bilden sei. Dabei spielten auch Binnendifferenzierungen eine Rolle, sofern sie einheitlich verwendet würden und einen auch für den Beurteilten zweifelsfrei erkennbaren Aussagegehalt hätten. Seien mehrere Bewerber als „im Wesentlichen gleich geeignet“ eingestuft, könne der Dienstherr in einem weiteren Schritt auf einzelne Gesichtspunkte von besonderer Bedeutung abstellen. Lügen ihm unmittelbar leistungsbezogene Erkenntnisse für den Vergleich vor, sei deren zusätzliche Berücksichtigung mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG vorrangig vor Hilfskriterien wie Frauenförderung oder Dienstalster geboten. Führe dies zu keinem Qualifikationsunterschied, so seien frühere dienstliche Beurteilungen als weitere unmittelbar leistungsbezogene Kriterien zu berücksichtigen. Auf Hilfskriterien komme es erst in einem weiteren Schritt an, dem stets eine den Anforderungen genügende Feststellung des Qualifikationsgleichstandes zwischen den konkurrierenden Bewerbern voranzugehen habe. Mit Satz 3 des § 19 Abs. 6 LBG NRW gebe der Gesetzgeber dem unbestimmten Rechtsbegriff der im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung eine Konkretisierung, die mit dem in Art. 33 Abs. 2 festgeschriebenen Leistungsgrundsatz nicht mehr vereinbar sei. Zwar werde das Geschlecht nicht

zum Differenzierungsmerkmal bei der Eignungsfeststellung erhoben, die Vorschrift greife jedoch deutlich früher zugunsten der Beamtinnen ein, indem sie den Qualifikationsvergleich für den Regelfall auf die Gesamturteile verenge. Bei dem Geschlecht handele es sich, selbst wenn dieses Kriterium in rechtlicher Hinsicht besonders hervorgehoben oder privilegiert werde, um ein Hilfskriterium, dem nur nachrangige Bedeutung zukomme und das nur den Ausschlag geben dürfe, wenn sich aus dem Vergleich anhand leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung eines Bewerbers ergebe.

Das OVG NRW sah diese Interpretation des Art. 33 Abs. 2 GG auch mit Blick auf die vom Landesgesetzgeber vorgegebene Zielsetzung, den erforderlichen Qualifikationsvergleich auf einen Vergleich der Gesamturteile zu beschränken, als weiterhin zwingend an. Das Gesamturteil sage noch nicht alles über die Eignung, Befähigung und fachliche Eignung des Beamten aus; die dienstliche Beurteilung erfülle nur in ihrer Gesamtheit die Funktion, eine tragfähige Grundlage für eine an den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG orientierte Auswahlentscheidung zu vermitteln. Dies entspreche der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und habe Eingang in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden. An diesem Verständnis der Verfassungsnorm sei festzuhalten.

Das Prinzip der Bestenauslese werde – so der Senat weiter – unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Eine Bevorzugung ohne Rücksicht auf die bessere Qualifikation anderer Bewerber sei nicht statthaft. Es gebe im Grundsatz keinen Widerspruch zwischen den grundrechtlichen Gewährleistungen in Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 33 Abs. 2 GG. Die hier einschlägigen Grundrechtsverbürgungen kollidierten in ihren rechtlichen Ausgangspunkten nicht auf eine Weise miteinander, dass tatsächlich eine Kollision vorliege, die es logisch und systematisch zwingend erscheinen lasse, eine wechselseitige Optimierung vorzunehmen. Selbst wenn man den in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG enthaltenen Verfassungsauftrag als ein Handlungsgebot verstehe, das den Gesetzgeber zur Einschränkung des Diskriminierungsverbots und des Leistungsgrundsatzes berechtige, sei hier die Grenze der Einschränkung erreicht, weil der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt werde; der Verfassungsauftrag

des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG könne auch unter vollständiger Wahrung der Prinzipien des Art. 33 Abs. 2 eingelöst werden.

(OVG NRW, Beschlüsse vom 21.02.2017, beispielhaft 6 B 1109/16)

- 2.2.6.2. Diese verfassungsrechtliche Deduktion des OVG NRW verallgemeinert ein vorrangig von Fachgerichten ausdifferenziertes Verständnis der Anwendungserfordernisse des Art. 33 Abs. 2 GG, das nicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entspricht.

Zutreffend ist, dass die Auswahlentscheidung bei einer Dienstpostenvergabe nach Maßgabe der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu erfolgen hat. Es handelt sich um ein Verfassungsgebot, das in den § 9 BeamtStG sowie 19 LBG Abs. 6 S. 1 LBG NRW seine einfachgesetzliche Umsetzung erfahren hat. Die Sätze 2 und 3 des § 19 Abs. 6 LBG NRW stellen dies nicht in Frage.

Der Landesgesetzgeber hat in der Begründung des Entwurfes für ein Dienstrechtsmodernisierungsgesetz klargestellt, dass Maßstab der Beförderungsentscheidung auch weiterhin der in der aktuellen dienstlichen Beurteilung zum Ausdruck kommende Vergleich von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ist, und dass auch unter Geltung des neuen § 19 Abs. 6 LBG NRW der Grundsatz fortgelte, *„dass sich bei im Wesentlichen gleicher Qualifikation in der Person des männlichen Mitbewerbers liegende Gründe gegenüber dem Gesichtspunkt der Frauenförderung durchsetzen können, wenn bei einer Einzelbetrachtung deutliche Unterschiede zugunsten des männlichen Bewerbers bestehen.“*

Zu Satz 3 führt die Begründung aus, dass maßgeblich für die im Wesentlichen gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung die Gleichwertigkeit des Gesamturteils sei, so dass es im Regelfall einer weiteren Ausschärfung oder eines Rückgriffs auf frühere Beurteilungen nicht bedürfe. Gleichwohl bliebe aber die Berücksichtigung von besonderen Fällen möglich, in denen trotz gleichwertigen Gesamturteils so gravierende Unterschiede in den Einzelbewertungen der aktuellen dienstlichen Beurteilungen

erkennbar seien, dass nicht mehr von einem Qualifikationsgleichstand ausgegangen werden könne.

(vgl. Gesetzentwurf, LT-Drs. 16/10380, Einzelbegründung zu § 19 Abs. 6, S. 345)

Der Gesetzgeber orientiert die Vorschrift somit ausdrücklich am dogmatisch in Art. 33 Abs. 2 GG verorteten Leistungsgrundsatz. Er konkretisiert allerdings – abweichend vom vorherigen Landesrecht – die „*im Wesentlichen gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung*“ in § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW dahingehend, dass von ihr bei einem „*gleichwertigen Gesamturteil*“ der „*jeweils aktuellen dienstlichen Beurteilung*“ auszugehen ist.

Das OVG NRW leitet demgegenüber aus Art. 33 Abs. 2 GG bei der Beförderung eine auf die dienstlichen Beurteilungen bezogene weitergehende Anwendungskaskade ab: zunächst sei das die leistungsbezogenen Gesichtspunkte berücksichtigende Gesamturteil zu betrachten, sodann müssten die Beurteilungen, bei Gleichstand auch frühere dienstliche Beurteilungen, umfassend inhaltlich ausgewertet werden, erforderlichenfalls auch mit ihren Einzelfeststellungen. Erst nach vollständiger Ausschöpfung aller beurteilungsbezogener Erkenntnisse dürfe auf Hilfskriterien wie Frauenförderung zurückgegriffen werden. Mit dieser Auslegung überdehnt das OVG NRW allerdings den verfassungsrechtlichen Gehalt des Art. 33 Abs. 2 GG.

Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat im Rahmen der Auswahlentscheidung der erforderliche Vergleich „*vor allem anhand dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen*“; dabei sind die Beurteilungen, „*soweit sie aussagekräftig sind, in ihrer Gesamtheit zugrunde zu legen*“. Maßgeblich ist danach „*in erster Linie das abschließende Gesamturteil, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte gebildet wurde.*“

(BVerfGE 110, 304[332]; BVerfG, Beschluss vom 11.05.2011, 2 BvR 764/11, Juris; BVerfG, Beschluss vom 04.10.2012, 2 BvR 1120/12, Juris, Rn. 12)

„In bestimmten Fällen“ lasse es das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG zu, dass der Dienstherr die Kandidaten im Anschluss an einen Vergleich der Gesamturteile anhand der für das Beförderungsausschuss wesentlichen Einzelaussagen der dienstlichen Beurteilungen weiter vergleiche.

(BVerfG Beschluss vom 04.10.2012, 2 BvR 1120/1, Juris, Rn. 13)

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind mithin nicht so apodiktisch, wie der Beschluss des OVG NRW vermuten lässt. Denn die verfassungsgerichtlichen Konkretisierungen des Leistungsprinzips erfahren durch ihre Zusätze zugleich Relativierungen. Die Formulierungen „vor allem“, „soweit sie aussagekräftig sind“, „in erster Linie“ oder „in bestimmten Fällen“ stehen einer starren Anwendung entgegen, belassen Interpretationsspielräume und machen es vor allem möglich, Besonderheiten des Falles zu berücksichtigen.

Überdies legt das OVG NRW den Wortlaut des § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW enger aus, als es Formulierung („gleichwertiges Gesamturteil“) und Begründung des Gesetzes nahelegen.

Außerdem ist Satz 3 lediglich als Regelvermutung formuliert. Sie ermöglicht, die individuelle Konkurrenzsituation zu berücksichtigen, wenn ein gleichwertiges Gesamturteil vorliegt, aber die Auswertung der Einzelbewertungen gleichwohl die Vermutung des Vorliegens einer im Wesentlichen gleichen Eignung unrichtig erscheinen lässt. In der Gesetzesbegründung wird hierzu hervorgehoben, dass diese Formulierung der Wahrung des Prinzips der praktischen Konkordanz diene, weil sie erlaube, den Besonderheiten von Einzelfällen Rechnung zu tragen.

(Gesetzentwurf eines Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes, LT-Drs. 16/10380, S. 345)

Darüber hinaus verkennt das OVG NRW in seinen Beschlüssen, dass gerade die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei „im Wesentlichen gleicher“ Qualifikation die vermeintlich durch Art. 33 Abs. 2 GG gebotene weitere Ausschärfung und Ausschöpfung der dienstlichen Beurteilungen keineswegs für

zwingend hält. Die Auswahlentscheidung hat hiernach vorrangig anhand der dienstlichen Beurteilungen zu erfolgen, und diese seien in ihrer Gesamtheit zugrunde zu legen. Maßgeblich sei dann freilich *„in erster Linie das abschließende Gesamturteil, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte gebildet wurde.“*

(BVerfG, Beschluss vom 16.12.2015, 2 BvR 1958/13, Juris, Rn.58)

Eine über das abschließende Gesamturteil hinausgehende Ausschöpfung der dienstlichen Beurteilungen bei einem im Wesentlichen gleichen Gesamturteil ist nach dieser Rechtsprechung nicht geboten: Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Auffassung als *„unzutreffend“*, der Dienstherr dürfe *„nicht ohne weitere Differenzierung auf die Gesamtnote der Beurteilung abstellen.“* Nur bei *„zwingenden Gründen des angestrebten Amtes“* sei *„ein Rückgriff auf Einzelfeststellungen der Beurteilungen (‘Ausschöpfung’ beziehungsweise ‘Ausschärfung’)“* zulässig oder gar erforderlich.

(BVerfG, Beschluss vom 16.12.2012, 2 BvR 1958/16, Juris, Rn. 63)

Hiernach ist das verfassungsrechtlich strikt gebotene Prinzip der Bestenauslese bereits dann weitgehend erschöpft, wenn eine im Wesentlichen gleiche Qualifikation festgestellt wurde.

(so: von Roetteken, Senatsbeschluss des BVerfG zur Dienstpostenbündelung und Bestenauslese, ZBR 2016, 151[159])

Die Regelung in § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW steht insoweit nicht mit der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Interpretation des Art. 33 Abs. 2 GG in Widerspruch. Diese Rechtsprechung eröffnet vielmehr mit Blick auf die Gewährleistung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen *„relevanten Spielraum“*, weil auch geringfügige Eignungsunterschiede zwar berücksichtigt werden müssen, *„aber keinen Vorrang in Anwendung des Bestenausleseprinzips begründen.“*

(von Roetteken, Senatsbeschluss des BVerfG zur Dienstpostenbündelung und Bestenauslese, ZBR 2016, 151[159])

§ 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW setzt erst bei festgestellter, im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung an und bietet bei einem bestehenden „Qualifikationspatt“ eine Auflösungsmöglichkeit,

(unter Bezugnahme auf Höfling: Papier/Heidebach, Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, DVBl. 2015, 125[130], auch Fn. 50)

ohne das verfassungsrechtlich verbürgte Leistungsprinzip infrage zu stellen.

(Battis, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses am 07.09.2016, LT-Drs. 16/4031, Ziff. 1; ähnlich auch in der Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses am 19.01.2017, LT-Drs. 16/4531, Ziff. 4)

Hieraus ergibt sich als weiteres Zwischenergebnis, dass Satz 3 des § 19 Abs. 6 LBG NRW ebenfalls nicht gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstößt.

- 2.2.6.3. Unterstellt man gleichwohl eine Kollisionslage, so ist § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW jedenfalls durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt.

Das OVG NRW verkennt in seinen Beschlüssen Rang und Bedeutung des Art. 3 Abs. 2 GG und insbesondere dessen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber. Der Senat ist der Ansicht, dass zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 GG kein ausgleichsbedürftiges Spannungsverhältnis bestehe. Es erscheine ihm „mehr als fragwürdig“, insoweit von einer verfassungsrechtlichen Kollisionslage auszugehen.

(OVG NRW, Beschlüsse vom 21.02.2017, a.a.O., Beschlussabdrucke S. 22)

Diese Wertung ist zu hinterfragen. Tatsächlich dürfte eine entsprechende Kongruenz allenfalls zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG, der eine unterschiedliche, an des Geschlecht anknüpfende Behandlung verbietet, bestehen. Dies gilt aber – auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – nicht für Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Daher prüft das Bundesverfassungsgericht bei geschlechtsdifferenzierenden Normen stets, ob die Regelung mit Art. 3 Abs. 2 GG wegen des in dessen Satz 2 formulierten Handlungsauftrags vereinbar ist.

(BVerfG, Beschluss vom 24.01.1995, 1 BvL 18/93, Juris, Rn. 76; BVerfG, Beschluss vom 25.10.2005, 2 BvR 524/01, Juris, Rn. 42)

Danach kommt Art. 3 Abs. 2 GG sehr wohl als verfassungsrechtliche Kollisionsnorm in Betracht.

(Papier/Heidebach, Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, DVBl. 2015, 125[126])

Der Landesgesetzgeber hat sich bei der Neuregelung des § 19 Abs. 6 LBG NRW ausdrücklich auf den Handlungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG berufen, da Frauen in Führungsämtern weiterhin unterrepräsentiert seien. Vor diesem Hintergrund bestehe – so der Gesetzentwurf für das Dienstrechtsmodernisierungsgesetz – die Zielsetzung, die Karrierechancen für Frauen zu verbessern. Frauen blieben trotz gleicher oder besserer Qualifizierung als Männer in Führungspositionen immer noch unterrepräsentiert. Trotz hoher Werte in den Eingangsämtern nehme der Frauenanteil mit zunehmender Hierarchiestufe systematisch ab. Die gesetzliche Regelung solle auf der Grundlage des Gutachtens von Prof. Dr. Papier der Entwicklung entgegenwirken, dass der Frauenanteil mit zunehmender Hierarchiestufe abnehme.

(Entwurf eines Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes, LT-Drs. 16/10380, Begründung B 1., S. 2f.)

Inhalt und Wechselwirkung der hier betroffenen Verfassungsnormen bedürfen daher einer genaueren Betrachtung. Beide haben zunächst einen Doppelcharakter einerseits als Grundrechtsgewährleistungen für einzelne Bürger und andererseits als staatsstrukturelle Sicherungen.

Art. 33 Abs. 2 GG garantiert nicht nur ein Individualrecht auf Zugang zu öffentlichen Ämtern, sondern bezweckt zugleich die Sicherstellung von Funktionsfähigkeit und Professionalität der Staatsorganisation.

(BVerfGE 56, 146[163]; Hense, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 33, Rn. 7)

Art. 3 Abs. 2 GG kombiniert das subjektives Recht der Gleichberechtigung

(BVerfGE 89, 276[285ff.]; Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 33, Rn. 52)

mit einer an den Staat gerichteten Förderpflicht, die durch die Verfassungsnovelle vom 27.10.1994 mit der Zielsetzung in das Grundgesetz eingefügt wurde, aufgrund des Gleichberechtigunggebots faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen ausgleichen zu können.

(vgl. Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 3, Rn. 56; vgl. auch Kischel, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3, Rn. 157ff.)

Die Grundrechtsgewährleistungen sind somit auch an ihrer staatspolitischen Intention zu messen; die den beiden Artikeln innewohnenden grundrechtlichen Individualansprüche müssen in Einklang bleiben mit ihren staatspolitischen Sicherungszwecken. Daher tragen beide Grundrechtsnormen aufgrund ihrer Janusköpfigkeit ein gewisses Spannungsverhältnis in sich selbst. Hinzu kommt die Wechselwirkung, die aus ihrer parallelen Gültigkeit resultiert.

Das OVG NRW verneint einen Normenkonflikt zwischen beiden Verfassungsvorschriften, indem es Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 33

Abs. 2 GG eine überwiegende Übereinstimmung in der Zielsetzung unterstellt: dem im Grundsatz der Gleichberechtigung zum Ausdruck kommenden Diskriminierungsverbot des Art. 3, das sich auf die gesellschaftliche Wirklichkeit beziehe, diene auch Art. 33 Abs. 2 GG. Es bestehe eine „Kongruenz in der Zielsetzung der Grundrechtsartikel“, die auf einfachgesetzlicher Ebene in den Diskriminierungstatbeständen des § 9 BeamStG zum Ausdruck komme.

(OVG NRW, a.a.O., Beschlussabdruck S. 20f.)

„Kongruenz“ – also völlige Deckungsgleichheit – der Zielsetzungen würde allerdings voraussetzen, dass insoweit eine Identität zu unterstellen ist, deren Annahme jedoch eher fern liegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beauftragt Art. 3 Abs. 2 GG zu einem sozialstaatlich motivierten, typisierenden Ausgleich von Nachteilen.

(BVerfGE 74, 163[180]; Sacksofsky, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 33 II, III 1, Rn. 343)

Das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG will also den Gesetzgeber motivieren, jenes Maß an Gleichheit erst herzustellen, das dann eine völlige geschlechtsbezogene Diskriminierungsfreiheit erlaubt. Daher ist in Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 GG der Ausgleich faktischer, typischerweise Frauen treffender Nachteile zulässig

(vgl. BVerfGE 92, 91[109]; 85, 191[207]; 74, 163[180])

und auch verfassungsgeboden. Ein vergleichbares Handlungsgebot enthält Art. 33 Abs. 2 GG nicht. Das gleiche Zugangsrecht zu öffentlichen Ämtern bezieht sich auf den Status-Quo; es ist nicht auf Veränderung gerichtet. Der in Art. 3 Abs. 2 GG normierte Verfassungsauftrag zur Durchsetzung der Gleichberechtigung

(BVerfGE 92, 91[109]; Sacksofsky, in: Clemens/Umbach, GG, Art. 3 II, III 1, Rn 354)

ist – als dynamisches Element – folglich mit dem statischen Diskriminierungsverbot des Art. 33 Abs. 2 GG zu synchronisieren. Die Grundrechtsgewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 GG und des Art. 3 Abs. 2

GG sind somit weder gleich, noch in ihren Zielsetzungen kongruent. Sie sind aber – dem Grundsatz der Einheit der Verfassung folgend – in ihrer Wechselwirkung zu beachten und im Wege praktischer Konkordanz zum Ausgleich zu bringen.

(dazu: Papier/Heidebach, Rechtsgutachten, S. 20f.)

Das OVG NRW verneint gleichwohl eine Kollisionslage und verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass Rechtsnatur und Reichweite von Art. 3 Abs. 2 GG „jenseits des hier nicht relevanten Gebots, bestehende rechtliche Ungleichbehandlungen zu beseitigen, weitgehend ungeklärt“ seien.

(OVG NRW, a.a.O., Beschlussabdruck S. 22)

Das Argument ist in mehrfacher Hinsicht defizitär. Zunächst beruft sich der Gesetzgeber selbst auf das Handlungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG, führt also sein legislatives Handeln ausdrücklich auf den verfassungsrechtlichen Auftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG zurück. Daher ist der gerichtliche Hinweis, das Handlungsgebot sei „hier nicht relevant“, im Tatsächlichen falsch und auch rechtlich nicht überzeugend, zumal die Behauptung ohne Begründung bleibt.

Darüber hinaus erlaubt die Erkenntnis, dass Rechtsnatur und Reichweite von Art. 3 Abs. 2 GG nicht abschließend geklärt seien, keinesfalls die Schlussfolgerung, diese Verfassungsnorm sei deshalb auch nicht einschlägig. Die vom OVG beabsichtigte verfassungsrechtliche Bewertung hätte es geboten, zur Klärung der Reichweite des Art. 3 Abs. 2 GG beizutragen. Insoweit erläutert das OVG im Folgeabsatz nur, selbst bei Unterstellung eines in Art. 3 Abs. 2 GG enthaltenen Handlungsgebots könne „aus Sicht des Senats“ der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG „auch unter vollständiger Wahrung der Prinzipien des Art. 3 Abs. 2 GG eingelöst werden.“

Dieser Hinweis ersetzt die gebotene verfassungsrechtliche Begründung nicht. Dieses Versäumnis ist umso gravierender, als sich der Gesetzentwurf der Landesregierung in seinem Begründungsteil auf ein Gutachten des früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Papier, berief, der ausführlich und unter Bezugnahme auf Literaturstimmen in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG „auch im

Verhältnis zu Art. 33 Abs. 2 GG kollidierendes Verfassungsrecht“ erkannte.

(Papier/Heidebach, Rechtsgutachten, S. 20, dort unter Bezugnahme auch auf Höfling, BK zum GG, Art. 33, Rn. 339 und Kunig in v. Münch/Kunig, GG, Art. 33, Rn.34)

Gleichwohl vermied das OVG NRW jegliche Auseinandersetzung mit diesem Gutachten und ließ sogar unerwähnt, sich mit seiner Auffassung im Widerspruch zu gewichtigen Stimmen des Schrifttums zu befinden.

Das OVG NRW ordnet die in § 19 Abs. 6 LBG NRW festgeschriebene Zielsetzung der Frauenförderung den Hilfskriterien zu, die im Zuge der nach Art. 33 Abs. 2 GG gebotenen Bestenauslese nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erst dann zum Tragen kommen dürften, wenn alle leistungsbezogenen Erkenntnisquellen ausgeschöpft worden seien und weiterhin Gleichstand bestehe. Damit wird nicht nur – wie dargelegt – der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG überdehnt, sondern auch verkannt, dass mit der landesgesetzlichen Vorschrift ein den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG umsetzendes Eignungskriterium legislativ festgelegt wurde, das gegenüber den von der Rechtsprechung entwickelten Detaillierungen für den vorzunehmenden Leistungsvergleich nicht nachrangig ist, sondern auf die verfassungsrechtliche Bewertung zurückwirkt.

In den Beschlüssen des OVG NRW verselbständigt sich hingegen die in der fachgerichtlichen Auslegung entwickelte Rechtsanwendung zu einem vermeintlichen Verfassungsgebot, das freilich in der Rechtsprechung des für die verbindliche Auslegung des Grundgesetzes zuständigen Bundesverfassungsgerichts keine Entsprechung findet.

Der Landesgesetzgeber hat mit der Neuregelung des § 19 Abs. 6 LBG NRW den ihm zustehenden Spielraum genutzt und – ohne die Gewährleistung des Art. 33 Abs. 2 GG zu verletzen – seiner im Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG wurzelnde Pflicht zur Frauenförderung bis zum Erreichen einer tatsächlichen Gleichberechtigung entsprochen. Die verfassungsrechtlich legitimierte Zielsetzung

wird mittels einfachgesetzlicher Konkretisierung der Zugangskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG umgesetzt und ist am Maßstab tatsächlicher Wirksamkeit zu messen. Die in § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW umgesetzte Maßnahme der Frauenförderung verhilft sowohl dem Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG als auch dem Verfassungsgebot des leistungsbezogenen Ämterzuganges nach Art. 33 Abs. 2 GG gleichermaßen zur Geltung.

Die Regelung stellt die gebotene praktische Konkordanz her, weil sie beide Verfassungsnormen in Bezug zueinander stellt und ihnen im dem Umfang Geltung verschafft, der ohne Verletzung der jeweiligen Kollisionsnorm möglich ist.

Soweit das OVG NRW eine Beschränkung des Art. 33 Abs. 2 GG durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG nicht als nötig und als unverhältnismäßig betrachtet, ist dem zu widersprechen. Das OVG meint, dass es Maßnahmen gebe, die schon im Vorfeld einer Beförderungsentscheidung geeignet seien, unter Wahrung des Prinzips der Bestenauslese die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung zu fördern. Nach Ansicht des Senats sei es etwa unbedenklich, außerhalb des beruflichen Alltags gewonnene Erfahrungen in die Eignungsaussage einzustellen, etwa die Doppelbelastung durch berufliche und familiäre Pflichten. Diese Maßnahmen würden allerdings keineswegs ein milderer Mittel gegenüber der Frauenförderung gemäß § 19 Abs. 2 und 3 LBG NRW darstellen, sondern wären rechtlich als aliud zu werten. Denn der Gesetzgeber will entsprechend dem Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG eine Gleichstellung der Geschlechter erreichen, nicht aber Maßnahmen zur besseren Vereinbarung von Beruf und Familie treffen.

Ungeachtet dessen sind die Maßnahmen, die das OVG NRW andenkt, bereits im geltenden Landesgleichstellungsgesetz verankert (vgl. u.a. § 10 Abs. 1 S. 2 LGG). Diese gesetzlichen Regelungen haben aber nach Einschätzung des Gesetzgebers, dem insoweit die Einschätzungsprärogative und damit zugleich ein weiterer Gestaltungsspielraum zukommt, nicht ausgereicht, um dem tatsächlichen Befund entgegenzuwirken, dass Frauen im öffentlichen Dienst in Beförderungsämtern deutlich unterrepräsentiert sind. Die vom OVG NRW benannten Maßnahmen sind folglich nicht im gleichen

Maße geeignet wie die vom Gesetzgeber mit § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW umgesetzten Schritte.

Als weiteres Zwischenergebnis folgt hieraus, dass Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG die Regelung des § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW auch unter Berücksichtigung des Gewährleistungsgehalts von Art. 33 Abs. 2 GG rechtfertigt.

- 2.2.6.4. Sieht man – entgegen der hier vertretenen Rechtsauffassung – in der Regelung des § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW einen rechtserheblichen und im Grundsatz nicht gerechtfertigten Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG, so bleibt gleichwohl zu prüfen, ob eine verfassungskonforme Auslegung möglich ist. Sie kommt dann in Betracht, wenn einfaches Recht anhand des Maßstabs des Grundgesetzes so ausgelegt werden kann, dass die Verfassungswidrigkeit vermieden wird.

(vgl. hierzu: Clemens, in: Umbach/Clemens, GG, vor Art. 2ff, Rn. 59)

Die verfassungskonforme Auslegung folgt dem Gebot, eine Norm aus Respekt vor der Legislative so lange aufrecht zu erhalten, wie dies nach der Verfassung möglich ist.

(Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 93, Rn 114; Lüdemann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzes, JuS 2004, 27[29]; Dreier, GG, Art. 1 III, Rn. 61)

In § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW bietet die Formulierung „in der Regel“ die Möglichkeit, durch eine verfassungsgerichtliche Auslegung den Korridor zulässiger Rechtsanwendung festzulegen, ohne die Vorschrift insgesamt außer Kraft zu setzen. Dieser Weg würde sich anbieten, wenn der Verfassungsgerichtshof verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vereinbarkeit der Norm mit der Landesverfassung hätte, aber gleichwohl eine Auslegung für möglich hielte, die zu verfassungsmäßigen Ergebnissen kommt.

Bei einer verfassungskonformen Auslegung und Anwendung kann gewährleistet werden, dass den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2

GG im Einzelfall, soweit dies geboten ist, durch die Annahme einer Ausnahme von der Regel Geltung verschafft werden kann.

(vgl. Gesetzentwurf eines Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes, LT-Drs 16/10380, S.345)

Beachtliche Unterschiede, die sich aus dem Inhalt der Beurteilung oder aus der Leistungsentwicklung ergeben, können bei einem solchen Verständnis der Norm weiterhin Berücksichtigung finden. Dass unbeachtliche Unterschiede von Verfassungen wegen vernachlässigt werden dürfen, ist in der Rechtsprechung anerkannt.

(vgl. Papier/Heidebach, Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, DVBl. 2015, 125[131], mit Hinweisen auf BVerwG, NVwZ 2013, 1227[1231] – Abweichung von 0,3 Notenpunkten – und BAGE 104, 264[268] – Abweichung von 0,1 Notenpunkten)

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW mit der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen vereinbar ist.

Weder fehlte dem Land die Gesetzgebungskompetenz, noch liegt ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 LV NRW in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 GG vor.

 Beglaubigt

(Dr. Gernot Fritz)
Rechtsanwalt

Verteiler:
Gericht 13-fach