

## Lösungshinweise

*Nach Grote/Kraus, Fälle zu den Grundrechten, 2. A., Fall 4.*

### **Fallfrage 1: Zulässigkeit der Vorlage nach Art. 100 I GG (konkrete Normenkontrolle)**

Zweck: Es soll verhindert werden, dass sich einfache Gerichte über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen, indem sie die von ihm erlassenen Gesetze nicht anwenden (BVerfGE 68, 337, 344f.).

#### **1. Vorlageberechtigung**

Alle (staatlichen) Gerichte; hier OVG (+).

#### **2. Vorlagegegenstand**

Nach Art. 100 I 2 GG kann auch die Frage nach der Unvereinbarkeit (nachkonstitutionellen) Landesrechts mit dem GG dem BVerfG vorgelegt werden; trotz offener Formulierung „Landesrecht“ nur Landesgesetze im formellen Sinn gemeint (BVerfGE 56, 1, 11). § 25 V 2 LBG ist nachkonstitutionelles LandesG im formellen Sinn.

#### **3. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit**

Das vorlegende Gericht muss die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit haben; Zweifel reichen nicht aus (Art. 100 I 1 GG: „für verfassungswidrig hält“; vgl. BVerfGE 78, 104, 117). Vorliegend ist das OVG der festen Auffassung, dass § 25 V 2 LBG mit dem GG unvereinbar ist.

#### **4. Entscheidungserheblichkeit**

Das vorlegende Gericht muss im Ausgangsverfahren bei Ungültigkeit der Norm anders zu entscheiden haben als bei deren Gültigkeit (BVerfGE 67, 26, 34). Das BVerfG legt einen strengen Maßstab an. Es fordert vom Richter, den Rechtsstreit so zu behandeln, dass eine Verzögerung durch das BVerfG nach Möglichkeit vermieden wird (BVerfGE 86, 71, 76f.). Wenn § 25 V 2 LBG gegen das GG verstieße, wäre die Vorschrift nichtig bzw. mit dem GG unvereinbar und könnte nicht zum Nachteil des M angewendet werden. Es ist davon auszugehen, dass die Anwendung der Härteklausele („soweit nicht in der Person des

Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen“) vom OVG sorgfältig geprüft und verneint wurde.

## **5. Begründung**

Der Vorlagebeschluss muss gem. § 80 II 1 BVerfGG begründet werden. Das BVerfG stellt in der Praxis strenge Anforderungen: Der Vorlagebeschluss muss den Sachverhalt und die rechtlichen Erwägungen erschöpfend darlegen. Er muss sich eingehend mit der Rechtslage auseinandersetzen und dabei die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsauffassungen berücksichtigen (BVerfGE 86, 71, 77). Im konkreten Fall hat das OVG seinen Vorlagebeschluss ausführlich begründet.

## **6. Ergebnis**

Die Vorlage im Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG ist zulässig.

### **Fallfrage 2: Verfassungsmäßigkeit des § 25 V 2 LBG**

Die Vorlage zur konkreten Normenkontrolle ist begründet, wenn das § 25 V 2 LBG, der bei gleicher Eignung die bevorzugte Beförderung von Frauen im öffentlichen Dienst vorsieht, gegen das GG verstößt und somit unwirksam ist.

#### **1. Art. 33 II GG (gleicher Zugang zu öffentliche Ämtern)**

Nach Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt (sog. **Grundsatz der Bestenauslese**). Es handelt sich dabei um einen positiv formuliertem Gleichheitssatz, d.h. es werden positiv die Unterscheidungskriterien benannt, an die bei der Einstellung bzw. Beförderung anzuknüpfen ist. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass andere Unterscheidungskriterien nicht zulässig sind.

Der Wortlaut des Art. 33 II GG sagt allerdings unmittelbar nichts darüber aus, was gelten soll, wenn – wie im vorliegenden Fall – Eignung, Befähigung und fachliche Leistung mehrerer Bewerber gleich zu beurteilen sind. Gibt es im konkreten Fall mehrere „Beste“, so ermöglicht das Prinzip der Bestenauslese noch keine eindeutige Personalentscheidung. Dem Gesetzgeber ist es also nach Art. 33 II GG gestattet, in einem solchen Fall weitere Kriterien für die Auswahlentscheidung aufzustellen (vgl. Grote/Kraus, aaO, S. 50f.).

Bei gleicher Eignung liegt somit in der Bevorzugung des weiblichen Bewerbers gem. § 25 V 2 LBG kein Verstoß gegen Art. 33 II GG.

#### **2. Art. 3 III GG (Diskriminierungsverbot)**

### (a) Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts

Art. 3 III 1 GG verbietet u.a. Benachteiligungen wegen des Geschlechts. Dieses spezielle Diskriminierungsverbot verbietet, das Geschlecht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung heranzuziehen. Dies gilt auch für solche Regelungen, die nicht auf eine Privilegierung oder Benachteiligung angelegt sind, sondern die in erster Linie andere Zwecke verfolgen (vgl. BVerfGE 84, 9, 17 – Ehenamen).

§ 25 V 2 LBG knüpft an das Merkmal des Geschlechts an, indem er anordnet, dass Frauen bei gleicher Qualifikation bevorzugt zu befördern sind. Das Vorliegen einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass nach § 25 V 2 LBG von der Beförderung der Frau abgesehen werden kann bzw. muss, wenn in der Person des Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Diese Klausel ist nur für die Schwere des Eingriffs von Bedeutung, indem sie für besonders gelagerte Fälle eine Ausnahme vom Grundsatz der bevorzugten Einstellung der Frau vorsieht (vgl. Grote/Kraus, aaO, S. 52).

### (b) Rechtfertigung

Art. 3 III GG enthält ein **strenges Differenzierungsverbot**. Nach der Rspr. des BVerfG sind differenzierende Regelungen nur zulässig, soweit sie (1.) zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind oder (2.) durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden (grdl. BVerfGE 85, 191, 207, 209 – Nachtarbeitsverbot).

#### (aa) Zwingende biologische Unterschiede

Während die frühere Rspr. neben biologischen auch funktional-arbeitsteilige Unterschiede zwischen den Geschlechtern als verfassungsrechtlich zulässige Anknüpfungspunkte für differenzierende Regelungen anerkannte (s. etwa BVerfGE 52, 369, 374 – Hausarbeitstag), gebraucht das BVerfG nunmehr zu Recht eine restriktive Formel, die auf die **zwingende Notwendigkeit der Regelung** zur Lösung geschlechtsspezifischer Probleme abstellt (grdl. BVerfGE 85, 191, 207 – Nachtarbeitsverbot). Danach dürften nur noch **objektiv feststellbare biologische Unterschiede** als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen in Betracht kommen, aber auch diese nur bei strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Grote/Kraus, aaO, S. 53).

Vorliegend sind objektiv feststellbare biologische Unterschiede, die eine Regelung wie § 25 V 2 LBG rechtfertigen könnten, von vornherein nicht erkennbar.

#### (bb) Art. 3 II 2 GG als kollidierendes Verfassungsrecht

In Betracht kommt eine Rechtfertigung durch **kollidierendes Verfassungsrecht**. Für den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 III GG, der einen striktes Diskriminierungsverbot aufstellt, kann insoweit nichts anderes gelten als für die vorbehaltlos gewährleisteten Freiheitsrechte (vgl. Osterloh, in Sachs, GG Art. 3 Rn. 254). Als kollidierendes Verfassungsrecht könnte hier möglicherweise der Auftrag zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Mann und Frau aus Art. 3 II GG herangezogen werden.

Art. 3 II GG enthält über ein Verbot geschlechterbedingter Ungleichbehandlung hinaus ein **Gleichberechtigungsgebot** und erstreckt es auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Dies war bereits seit längerem in seiner Rechtsprechung des BVerfG anerkannt (vgl. BVerfGE 15, 337, 345; 48, 327, 340; 85, 191, 207) und ist durch die Einfügung des Art. 3 II 2 GG ausdrücklich klargestellt worden. Das Gleichberechtigungsgebot und die nunmehr in Art. 3 II 2 GG ausdrücklich verankerte Förderpflicht des Staates zielen auf die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft. Sie ermächtigen und verpflichten den Staat, auf die **Angleichung der Lebensverhältnisse und Chancen von Männern und Frauen** hinzuwirken (s. BVerfGE 85, 191, 207- Nachtarbeitsverbot; 92, 91, 109 – Feuerwehrabgabe).

§ 25 V 2 LBG schreibt bei gleicher Qualifikation der Bewerber die Bevorzugung der Frau zu Lasten der männlichen Mitbewerber zwingend vor. Eine solche Quotenregelung geht von dem **empirischen Befund** aus, dass Frauen trotz bestehender rechtlicher Chancengleichheit in leitenden Positionen im Verhältnis zu Männern stark unterrepräsentiert sind (s. hierzu etwa den Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern vom April 2002, BT-Drucks. 14/8952). Dieser Befund legt die Annahme nahe, dass Frauen in der beruflichen Praxis häufig **verdeckten Diskriminierungen** ausgesetzt sind und vor allem bei der Bewerbung um höher qualifizierte und besser bezahlte Arbeitsplätze mit einem erheblichen faktischen Wettbewerbsnachteil rechnen müssen. Diesem Gleichberechtigungsdefizit soll mit durch die Quotierung entgegengewirkt werden (Grote/Kraus, aaO, S. 55).

Mit der **Ergebnisquote** werden die Dienststellen verpflichtet, innerhalb eines vorgegeben Zeitraums einen bestimmten Prozentsatz freiwerdender Stellen mit Frauen zu besetzen, wobei Sanktionen verwaltungsrechtlicher Art drohen, wenn das vorgegebene Ziel verfehlt wird (so § 10 IV iVm § 5 Hess. Gleichberechtigungsgesetz).

Die **Entscheidungsquote** hingegen verpflichtet die Dienststellen, im Falle einer gleichwertigen Qualifikation eines Bewerbers und einer Bewerberin solange Frauen

bevorzugt einzustellen, bis ein festgelegter Prozentsatz (meistens 50 %) der Stellen in dem fraglichen Bereich mit Frauen besetzt sind.

Bei § 25 V 2 LBG handelt es sich um eine solche Entscheidungsquote.

Soweit sich der Landesgesetzgeber für die Regelung des § 25 V 2 LBG grundsätzlich auf das Gleichstellungsgebot aus Art. 3 II 2 GG als kollidierendes Verfassungsrecht berufen kann, stellt sich die Frage nach der **Verhältnismäßigkeit** der Regelung.

(1.) Wie erörtert, verfolgt der Gesetzgeber mit der Quotenregelung ein **legitimes Regelungsziel**, für das er sich auf Art. 3 II GG berufen kann.

(2.) **Geeignet** ist eine Maßnahme, wenn sie das angestrebte Regelungsziel fördern kann. Dem Gesetzgeber wird hier ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zugestanden (vgl. Jarass/Pieroth, GG, 6.A., Art. 20 Rn. 84, 87). Die Quotenregelung ist grds. geeignet, der faktischen Diskriminierung von Frauen bei der Stellenbesetzung entgegenzuwirken. Sie setzt der Ungleichbehandlung eine kompensatorische Bevorzugungspflicht entgegen, um auf diese Weise die Unterrepräsentanz von Frauen im öffentlichen Dienst zu beseitigen (vgl. Grote/Kraus, aaO, S. 55).

(3.) Nach dem Gebot der **Erforderlichkeit** darf keine Maßnahme über das zur Verfolgung ihres Zwecks notwendige Maß hinausgehen. Das Gebot ist verletzt, wenn das Ziel der staatlichen Maßnahme auch durch ein gleich wirksames, aber für den Betroffenen weniger nachteiliges Mittel erreicht werden kann.

Hier spricht für die Erforderlichkeit der Regelung, dass die zuständigen Stellen in N sich lange Zeit vergeblich bemüht haben, die Aufstiegschancen von Frauen im öffentlichen Dienst durch administrative Maßnahmen zu verbessern. Wenn aber weniger einschneidende Mittel erfolglos bleiben, so können diese nicht als gleich wirksame Alternativen angesehen werden. Somit war die Entscheidungsquote erforderlich, um die Geschlechtergerechtigkeit bei der Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst effektiv zu verwirklichen.

(4.) Das Gebot der **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn** verlangt, dass der Eingriff in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts steht. Es ist somit eine Güterabwägung vorzunehmen (vgl. Jarass/Pieroth, GG Art. 20 Rn. 86).

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann auf die **Rspr. des EuGH** zur Quotenregelung zurückgegriffen werden.

Nach der Rspr. des EuGH sind auf der Grundlage der einschlägigen Richtlinie 76/207/EWG auf EG-Ebene positive Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Überwindung der faktischen

Benachteiligung von Frauen im Erwerbsleben nur insoweit zulässig, als sie sich die faktische Chancengleichheit und nicht die tatsächliche Gleichheit der Ergebnisse zum Ziel setzen. Demgemäß stellen starre Entscheidungsquoten, die bei gleicher Qualifikation Frauen **„absolut und unbedingt“** den Vorrang einräumen, einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht dar (EuGH Slg. 1995, I 3051, 3077f. – Kalanke), während Quotenregelungen mit **„Öffnungsklausel“**, die bei Überwiegen der in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegenden Gründe dessen Bevorzugung erlauben, grundsätzlich zulässig sind (EuGH Slg. 1997, I 6363, 6392f. – Marschall; vgl. auch EuGH Slg. 2000, I 1857 ff. - Badeck). Nicht zulässig ist jedoch eine Bevorzugung der Frau, wenn diese schlechter qualifiziert ist als der männliche Mitbewerber (EuGH Slg. 2000, I 5539 ff. – Abrahamsson).

Die Regelung des § 25 V 2 LBG lässt ausdrücklich Raum, aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit ausnahmsweise doch den männlichen Bewerber zu bevorzugen.

### **3. Ergebnis**

Die Quotenregelung des LBG ist verfassungsgemäß.