Oberverwaltungsgericht NRW, 6 B 1109/16

Datum:	21.02.2017
Gericht:	Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper:	6. Senat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	6 B 1109/16
ECLI:	ECLI:DE:OVGNRW:2017:0221.6B1109.16.00

Vorinstanz:	Verwaltungsgericht Düsseldorf, 2 L 2825/16

Tenor:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese jeweils selbst tragen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf die Wertstufe bis 13.000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e : 1

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. 2

A. 3

Der Senat ist zu einer Sachentscheidung befugt. Er ist nicht – wie der Antragsgegner meint – verpflichtet, das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. 4

Nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG hat ein Gericht das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn es ein Gesetz für verfassungswidrig hält, auf dessen Gültigkeit es bei seiner Entscheidung ankommt. 5

Zwar erachtet der Senat die mit dem Dienstrechtsmodernisierungsgesetz vom 14. Juni 2016 (GV.NRW. S. 309) am 1. Juli 2016 in Kraft getretene Neufassung des § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW wegen Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 2 GG für verfassungswidrig; auch kommt es für 6

die Beschwerdeentscheidung auf die Gültigkeit dieser Norm an. Gleichwohl ist eine Aussetzung des Verfahrens nicht zu rechtfertigen. In Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes greift eine nur am Wortlaut orientierte Auslegung des Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG zu kurz. Die Vorschrift bedarf in solchen Verfahren regelmäßig aufgrund des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 GG) der Einschränkung. Eilverfahren dienen dazu, einen Zustand bei noch offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens vorläufig zu regeln. Für die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes ist es wesentlich, dass über den Antrag so bald wie möglich entschieden wird. Der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers lässt sich grundsätzlich nur vor einer Ernennung des ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs.1 VwGO effektiv sichern. Wird die im Streit stehende Stelle besetzt, bleibt dem unterlegenen Bewerber die Inanspruchnahme des primären Rechtsschutzes in der Hauptsache in Form der Bescheidungsklage nach § 113 Abs. 5 VwGO versagt, weil die Beförderung des ausgewählten Mitbewerbers in der Regel, auch wenn sie sich nachträglich als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Mit dem Erfordernis einer zeitnahen Entscheidung der Verwaltungsgerichte ist es deshalb im Allgemeinen nicht vereinbar, wenn das auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichtete Verfahren ausgesetzt wird, um eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung herbeizuführen. Diese nimmt zwangsläufig wegen der notwendigen Beteiligung der Äußerungsberechtigten und der gebotenen sorgfältigen Vorbereitung der Entscheidung längere Zeit in Anspruch. Außerdem ist die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht mit Rücksicht auf den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum die zu prüfende Norm nur für verfassungswidrig erklärt und eine gesetzliche Neuregelung fordert. Daher sind die Fachgerichte an einer Entscheidung im Eilverfahren grundsätzlich nicht dadurch gehindert, dass sie über die Frage der Verfassungswidrigkeit nicht selbst entscheiden können, sondern deren Feststellung durch das Bundesverfassungsgericht abwarten müssen. Etwas anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn in dem Verfahren eine abschließende Entscheidung ergeht oder wenn die beantragte vorläufige Regelung die endgültige Entscheidung weitgehend vorwegnehmen würde.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 1996 7

– 1 BvL 39/95 –, juris. 8

Keine dieser Ausnahmen liegt hier vor. Die vom Antragsteller begehrte einstweilige Anordnung, die streitigen Beförderungsstellen bis zu einer erneuten, dann fehlerfreien Entscheidung über seine Bewerbung nicht mit den Beigeladenen zu besetzen, dient lediglich der Sicherung seines in der Hauptsache zu verfolgenden Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über sein Beförderungsbegehren. Obgleich die gerichtliche Entscheidung nicht bei einer rein summarischen Prüfung der aufgeworfenen Rechtsfragen halt macht und in Teilen der Prüfungstiefe eines Hauptsacheverfahrens nahekommt, beschränkt sich demgemäß der Entscheidungsausspruch auf eine vorläufige Regelung. Insbesondere ergeht keine Entscheidung über die dem Klageverfahren vorbehaltene Verpflichtung zur Neubescheidung der Bewerbung des Antragstellers. 9

B. 10

Die Beschwerde ist unbegründet. 11

I. 12

13

Mit ihr wendet sich der Antragsgegner gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 7. September 2016, mit welchem ihm im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben worden ist, fünf dem Landrat als Kreispolizeibehörde W. für August 2016 zugewiesene Beförderungsstellen der Besoldungsgruppe A 11 nicht mit den Beigeladenen zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass die zu Lasten des Antragstellers getroffene Auswahlentscheidung rechtswidrig sei, weil sein Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden habe und in einem weiteren– rechtmäßigen – Auswahlverfahren eine Entscheidung zu seinen Gunsten möglich sei. Der Antragsgegner habe bei der Entscheidung darüber, wem von mehreren Bewerbern er die Beförderungsstelle übertragen wolle, das Prinzip der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamtStG) nicht hinreichend beachtet. Dieses gebiete bei gleichlautenden Gesamturteilen der aktuellen dienstlichen Beurteilungen zunächst den Einzelfeststellungen in den dienstlichen Beurteilungen Beachtung zu schenken; der Dienstherr müsse also der Frage nachgehen, ob die Einzelfeststellungen eine Prognose über die zukünftige Bewährung im Beförderungsamt ermöglichten. Lasse sich auch im Wege einer solchen inhaltlichen Ausschöpfung der aktuellen Beurteilungen kein Vorsprung eines Bewerbers feststellen, seien als weitere unmittelbar leistungsbezogene Kriterien die Aussagen in den jeweiligen Vorbeurteilungen und gegebenenfalls in noch älteren Beurteilungen zu berücksichtigen, sofern sie für den aktuellen Leistungsvergleich noch Aussagekraft besäßen. Der Antragsgegner habe es hingegen bei der Feststellung der gleichlautenden Gesamturteile in den aktuellen Beurteilungen der Bewerber belassen und die Beigeladenen zu 1. bis 5. wegen ihres Geschlechts, also ohne inhaltliche Ausschöpfung der aktuellen Beurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen, ausgewählt. Soweit er sich hierbei auf § 19 Abs. 6 LBG NRW n.F. berufe, begegne diese Vorschrift durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Jedenfalls für Satz 3 des § 19 Abs. 6 LBG NRW fehle es dem Land bereits an der erforderlichen Gesetzgebungskompetenz. Der Bund habe mit § 9 BeamtStG, wonach Ernennungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung u.a. ohne Rücksicht auf das Geschlecht vorzunehmen seien, von seiner ihm durch Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG verliehenen gesetzgeberischen Kompetenz abschließend Gebrauch gemacht. Daneben bleibe für eine landesgesetzliche Regelung der hier getroffenen Art kein Raum mehr.

II. 14

Der Senat sieht - auch unter Berücksichtigung der dargelegten Beschwerdegründe - keinen Anlass, die verwaltungsgerichtliche Entscheidung aufzuheben oder zu ändern. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO als erfüllt angesehen. Der Antragsteller hat sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 und § 294 ZPO). 15

Die streitige Auswahlentscheidung verletzt den Antragsteller in seinem subjektiven Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung aus Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamtStG. Sie stützt sich auf einen unzureichenden Qualifikationsvergleich, weil der Antragsgegner die für die Klärung der Wettbewerbssituation maßgebliche Frage der „im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung“ der Beigeladenen im Verhältnis zum Antragsteller 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 hat (III.). Soweit § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW n.F. diese 16

Vorgehensweise mit der Intention einer effektiveren Frauenförderung einfachrechtlich gebietet, erweist sich diese gesetzliche Neuregelung als verfassungswidrig. Ob das schon mangels einer Gesetzgebungskompetenz des Landes der Fall ist, lässt der Senat offen. Jedenfalls verstößt die Regelung gegen das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Prinzip der Bestenauslese (IV.).

III. 17

1. Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Danach sind öffentliche Ämter, zu denen auch das in Rede stehende Beförderungsamt eines Polizeihauptkommissars der Besoldungsgruppe A 11 gehört, nach Maßgabe des Bestenauslesegrundsatzes zu besetzen. Auszuwählen ist der Bewerber, von dem der Dienstherr im Rahmen einer rechtsfehlerfreien Prognose erwarten darf, dass er in der Zukunft den Anforderungen des zu besetzenden Amtes am besten entspricht. Der dabei in Ausfüllung der Begriffe „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ dem Dienstherrn eröffnete Beurteilungsspielraum unterliegt von Verfassungs wegen einer nur begrenzten gerichtlichen Kontrolle. Die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle von Auswahlentscheidungen ist insoweit beschränkt und hat sich nur darauf zu erstrecken, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, anzuwendende Begriffe oder den rechtlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat. 18

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 19

– 2 BvR 2453/15 –; BVerwG, Beschluss vom 29. Januar 2013 – 1 WB 60.11 –, jeweils juris. 20

Art. 33 Abs. 2 GG trägt dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er ein grundrechtsgleiches Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet (so genannter Bewerbungsverfahrensanspruch). 21

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016, a.a.O., mit weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung. 22

Ein Bewerber um ein öffentliches Amt kann verlangen, dass seine Bewerbung nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. 23

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 16. Dezember 2015– 2 BvR 1958/13 –, vom 21. April 2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 – und vom 4. Oktober 2012 – 2 BvR 1120/12 –, jeweils juris. 24

Dabei zielt die „Befähigung“ auf allgemein der Tätigkeit zugute kommende Fähigkeiten, wie Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und allgemeine Ausbildung. „Fachliche Leistung“ bedeutet Fachwissen, Fachkönnen und Bewährung im Fach. „Eignung“ im engeren Sinne erfasst insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften, die für ein bestimmtes Amt von Bedeutung sind. 25

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. Mai 2013 26

– 2 BvR 462/13 –, juris. 27

2. a) In der Rechtsprechung ist geklärt, dass der von Art. 33 Abs. 2 GG geforderte Leistungsvergleich der Bewerber um ein Beförderungsamt regelmäßig anhand aussagekräftiger, d.h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen hat. Maßgeblich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist. Hierbei spielen auch Binnendifferenzierungen, d.h. verbale Zusätze zur abgestuften Bewertung innerhalb von Gesamtnoten, wie z.B. „untere Grenze“ oder „obere Grenze“, eine Rolle, sofern sie einheitlich verwendet werden und einen eindeutigen Aussagegehalt haben, der auch für den Beurteilten zweifelsfrei erkennbar ist. 28

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 4. Oktober 2012– 2 BvR 1120/12 – und vom 11. Mai 2011 – 2 BvR 764/11 -; BVerwG, Beschlüsse vom 22. November 2012 – 2 VR 5.12 - und vom 27. September 2011– 2 VR 3.11 -; Urteil vom 27. Februar 2003 29

– 2 C 16.02 –, jeweils juris. 30

b) Sind danach mehrere Bewerber als im Wesentlichen gleich geeignet einzustufen, kann der Dienstherr in einem weiteren Schritt auf einzelne Gesichtspunkte von besonderer Bedeutung abstellen. So kann er der dienstlichen Erfahrung, der Verwendungsbreite oder der Leistungsentwicklung, wie sie sich aus dem Vergleich der aktuellen mit früheren Beurteilungen ergibt, eine solche Bedeutung beimessen. 31

Vgl. BVerwG, Urteil vom 4. November 2010– 2 C 16.09 –, juris, unter Hinweis auf Urteile vom 19. Dezember 2002 – 2 C 31.01 –, juris, vom 27. Februar 2003, a.a.O., und vom 28. Oktober 2004 – 2 C 23.03 –, juris; BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2012, a.a.O. 32

Solange ihm unmittelbar leistungsbezogene Erkenntnisse für den Vergleich vorliegen, ist deren zusätzliche Berücksichtigung bei der Auswahl nicht fakultativ, sondern mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG vorrangig vor anderen Kriterien, insbesondere so genannten Hilfskriterien, wie etwa der Frauenförderung oder dem Dienstalter, geboten, wenn es gilt, einen Stichentscheid unter zwei oder mehr aktuell annähernd gleich beurteilten Beamten zu treffen. 33

Vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2011 – 2 C 19.10 –, BVerfG, Beschluss vom 7. März 2013 – 2 BvR 2582/12 –, jeweils juris. 34

Daher ist der Dienstherr bei gleichlautendem Gesamturteil zunächst verpflichtet, die Beurteilungen umfassend inhaltlich auszuwerten und Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung unter Anlegung gleicher Maßstäbe zur Kenntnis zu nehmen. Gerade dann kommt den Einzelaussagen nach dem Sinn und Zweck der dienstlichen Beurteilungen, über Leistung und Eignung der Beamten ein differenziertes Bild zu geben, besondere Bedeutung zu. 35

Vgl. BVerwG, Urteile vom 17. September 2015 – 2 C 27.14 –, juris, vom 30. Juni 2011, a.a.O., und vom 4. November 2010, a.a.O.; BVerfG, Beschlüsse vom 5. September 2007 – 2 BvR 1855/07 –, juris, und vom 4. Oktober 2012, a.a.O. 36

Der Senat geht daher in ständiger Rechtsprechung, 37

vgl. etwa Beschlüsse vom 14. Juli 2016 – 6 B 653/16 -, vom 20. November 2015 – 6 B 967/15 -, vom 28. März 2011 – 6 B 43/11 -, vom 25. November 2010 – 6 B 749/10 -, vom 25. Mai 38

2010 – 6 B 187/10 -, vom 23. Februar 2010 – 6 B 1815/09 -, vom 12. Juni 2008

– 6 B 395/08 - und vom 27. Februar 2004 – 6 B 2451/03 -, jeweils juris, 39

ebenso wie der 1. Senat des beschließenden Gerichts, 40

vgl. Beschlüsse vom 15. April 2014 – 1 B 195/14 -, vom 1. Oktober 2012 – 1 B 691/12 -, vom 9. Mai 2012 – 1 B 214/12 – und vom 1. August 2011 41

– 1 B 186/11 -, jeweils juris, 42

davon aus, dass der Dienstherr bei Beförderungsauswahlentscheidungen im Falle gleichlautender Gesamturteile der Frage nachgehen muss, ob die Einzelfeststellungen in aktuellen dienstlichen Beurteilungen eine Prognose über die zukünftige Bewährung im Beförderungsamt ermöglichen. 43

c) Führt dies zu keinem Qualifikationsunterschied zwischen den Bewerbern, sind als weitere unmittelbar leistungsbezogene Kriterien frühere dienstliche Beurteilungen mit ihren Gesamturteilen und erforderlichenfalls auch den Einzelfeststellungen zu berücksichtigen. Sie stellen keine Hilfskriterien dar. Zwar verhalten sie sich nicht zu dem vom Beurteilten mittlerweile erreichten Leistungsstand in seinem derzeitigen statusrechtlichen Amt. Gleichwohl können sie vor allem bei einem Vergleich von Bewerbern bedeutsame Rückschlüsse und Prognosen über die künftige Bewährung in einem Beförderungsamt ermöglichen. Das kommt namentlich dann in Betracht, wenn sie positive oder negative Aussagen über Charaktereigenschaften, Kenntnisse, Fähigkeiten, Verwendungen und Leistungen sowie deren voraussichtliche weitere Entwicklung enthalten. 44

Vgl. BVerwG, Urteile vom 19. Dezember 2002 45

– 2 C 31.01 –, juris, und vom 27. Februar 2003, a.a.O. 46

Auf Hilfskriterien, zu denen nach der Rechtsprechung des Senats auch die Frauenförderung gehört, kommt es erst in einem weiteren Schritt an. Vorauszugehen hat stets eine den dargestellten Anforderungen genügende Feststellung eines Qualifikationsgleichstands zwischen den konkurrierenden Bewerbern. 47

Vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2003, a.a.O.; OVG NRW, Beschluss vom 11. September 2014 48

– 6 B 880/14 –, juris, mit weiteren Nachweisen zur Senatsrechtsprechung. 49

3. Mit diesen Grundsätzen steht die vom Antragsgegner zugunsten der Beigeladenen getroffene Auswahlentscheidung nicht in Einklang. Der vorgenommene Qualifikationsvergleich lässt leistungsbezogene Erkenntnisse, die sich aus den aktuellen Beurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen ergeben und vor der Berücksichtigung des Hilfskriteriums der Frauenförderung auf ihre Aussagekraft hin hätten ausgewertet werden müssen, gänzlich unberücksichtigt. Für eine inhaltliche Ausschöpfung sprach vorliegend insbesondere der Umstand, dass die Beigeladenen zu 1. in der Summe der Bewertungen der sieben Einzelmerkmale ihrer aktuellen Beurteilung um einen Punkt, die Beigeladenen zu 2. und 3. um zwei Punkte und die Beigeladenen zu 4. und 5. um drei Punkte schlechter bewertet worden sind als der Antragsteller. 50

51

Demzufolge beruht die Annahme, der Antragsteller sei im Vergleich mit den Beigeladenen für das Amt eines Polizeihauptkommissars der Besoldungsgruppe A 11 im Wesentlichen gleich geeignet, auf keiner tragfähigen Grundlage. Die Identität der Gesamtnoten (vgl. Nr. 8 i.V.m. Nr. 6.2 der BRL Pol NRW) in den aktuellen Regelbeurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen – jeweils drei Punkte - rechtfertigt den Rückgriff auf das Hilfskriterium der Frauenförderung (noch) nicht.

Der Antragsgegner sah sich zu diesem unzulänglichen Leistungsvergleich durch § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW n.F. verpflichtet. Der Senat hält diese Regelung für unvereinbar mit höherrangigem Recht und infolgedessen für nichtig. Sie kann im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens aus den einleitend dargelegten Gründen dem Begehren des Antragstellers deshalb nicht entgegen gehalten werden. 52

IV. 53

§ 19 Abs. 6 LBG NRW n.F., dessen Sätze 1 und 2 unbedenklich sind (1.), verstößt mit der neuen Regelung in Satz 3 gegen das Gebot der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG (2.) und lässt sich mit diesem Inhalt auch auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht rechtfertigen (3.). Die Vorschrift ist demzufolge insoweit verfassungswidrig (4.). 54

1. § 19 Abs. 6 LBG NRW n.F. lautet seit dem Dienstrechtsmodernisierungsgesetz vom 14. Juni 2016, a.a.O., wie folgt: 55

„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 Beförderungsämter 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 Leitungsfunktion 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 Behörde ist. Weitere Abweichungen von dem gemäß Satz 4 maßgeblichen Bezugsbereich oder in Bezug auf die Vergleichsgruppenbildung regelt die oberste Dienstbehörde durch Rechtsverordnung.“ 56

a) Satz 1 des § 19 Abs. 6 LBG NRW begegnet mit der Bezugnahme auf § 9 BeamtStG, der das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Prinzip der Bestenauslese auf der Ebene des einfachen Bundesrechts wiederholt und ergänzt, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. 57

b) Ebenso ist Satz 2 bei isolierter Betrachtung einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Diese Bestimmung übernimmt weitgehend den Wortlaut der Vorgängerregelung des § 20 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG NRW a.F.. Danach waren Frauen in näher konkretisierten Fällen der Unterrepräsentanz „bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen“. Von § 20 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG NRW a.F. 58

unterscheidet sich § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW n.F. in erster Linie dadurch, dass nunmehr nur noch eine „im Wesentlichen“ gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Eignung verlangt wird, um Bewerberinnen bevorzugt befördern zu können. Damit greift der Landesgesetzgeber die Terminologie der zu § 20 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG NRW a.F. (und der gleichlautenden Vorgängerregelung in § 25 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG NRW) ergangenen Rechtsprechung auf, die das Tatbestandsmerkmal der „gleichen“ Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung auch bei Bewerbern als erfüllt angesehen hat, die „im Wesentlichen gleich“ beurteilt worden sind. Eine Maßstabsveränderung ergibt sich hieraus nach Ansicht des Senats nicht.

Nach der Rechtsprechung des Senats stellte § 20 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG NRW a.F. eine zulässige Ergänzung des § 9 BeamtStG (bzw. des zuvor gültigen § 7 BRRG) dar, weil diese Bestimmung eine Quotenregelung mit Öffnungsklausel enthielt, die im Rahmen einer Auswahlentscheidung zugunsten weiblicher Mitbewerber erst Anwendung finden konnte, wenn der Dienstherr nach Auswertung aller ihm zur Verfügung stehenden leistungsbezogenen Erkenntnisse zu einem Qualifikationsgleichstand mit den männlichen Mitbewerbern gelangt war und keine in der Person eines Mannes liegenden Gründe überwogen. In einer solchen Situation kann der Dienstherr – nach sachgerechten Gesichtspunkten und in den Grenzen des Willkürverbots – im Allgemeinen frei darüber befinden, welches zusätzliche Kriterium bei der Auswahlentscheidung den Ausschlag geben soll. Eine starre Reihenfolge der Hilfskriterien besteht dabei nicht; das Willkürverbot erfordert aber, dass der Dienstherr eine einmal eingeschlagene und noch fortbestehende Praxis bei der Anwendung von Hilfskriterien durchgängig befolgt. Beim Zusammentreffen männlicher und weiblicher Mitbewerber kann diese Entscheidungsfreiheit entfallen. Sind Frauen im jeweiligen Beförderungsamt unterrepräsentiert, steht das Hilfskriterium der Frauenförderung an erster Stelle und gibt den Ausschlag, solange nicht die auch sonst herangezogenen Hilfskriterien zugunsten eines männlichen Mitbewerbers deutlich überwiegen und ihrerseits keine diskriminierende Wirkung gegenüber einer Mitbewerberin haben. 59

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 11. September 2014, a.a.O., vom 28. März 2011, a.a.O., vom 26. August 2010 – 6 B 540/10 -, vom 18. August 2010 – 6 B 868/10 –, vom 22. Februar 1999 – 6 B 439/98 -, vom 4. Januar 1999 – 6 B 1500/98 und 6 B 2096/98 – und vom 27. März 1998 – 6 B 431/98 -, jeweils juris. 60

Diese rechtlichen Grundsätze sind auf die Neufassung des § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW übertragbar. In dieser Auslegung wahrt die Regelung in Satz 2 den Grundsatz der Bestenauslese. 61

Vgl. insoweit auch den Gesetzentwurf der Landesregierung zum Dienstrechtsmodernisierungsgesetz, LT NRW-Drs. 16/10380, S. 345, wonach der Landesgesetzgeber offenbar keine Abweichung von § 20 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG NRW a.F. beabsichtigt hat. 62

c) Die bereits an dieser Stelle in der aktuellen Diskussion geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken, es könne zu Lasten eines männlichen Bewerbers zu einer „Doppelförderung“ der Mitbewerberin kommen, wenn auf Seiten des männlichen Bewerbers zwar Qualifikationsvorteile vorlägen, nur keine wesentlichen, und zudem auch noch das Hilfskriterium der Frauenförderung zu seinem Nachteil Anwendung finde, 63

vgl. hierzu Schrapper/Günther, Das Dienstrechtsmodernisierungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2017, 10 (15 f.), 64

65

teilt der Senat nicht. Eine absolut gleiche Eignung verschiedener Bewerber für ein konkretes Beförderungsamt gibt es in der Praxis nur in Ausnahmefällen. Auch § 20 Abs. 6 LBG NRW a.F. setzte dementsprechend keine im strengen Sinne absolut gleiche Eignung der männlichen und weiblichen Bewerber voraus, bevor der Aspekt der Frauenförderung zum Tragen kommen durfte. Bei der inhaltlichen Würdigung und dem Vergleich dienstlicher Beurteilungen sowie weiterer rechtsfehlerfrei mit berücksichtigter Erkenntnisgrundlagen steht dem Dienstherrn ein der gerichtlichen Kontrolle entzogener Entscheidungsspielraum zu, in den zahlreiche Gesichtspunkte einfließen. So können die miteinander zu vergleichenden Beurteilungen auf unterschiedlichen Beurteilungssystemen beruhen, von unterschiedlichen Beurteilern verfasst worden sein oder ihren Bezugspunkt in unterschiedlichen Statusämtern haben. Eine absolut eindeutige Erfassung und Bewertung im Sinne nur eines richtigen Ergebnisses des der Auswahlentscheidung vorgeschalteten Qualifikationsvergleiches ist schon aus diesem Grund im Allgemeinen nicht möglich. Hinzu tritt, dass eventuelle Unterschiede innerhalb desselben Wertungsbereichs eines Beurteilungssystems liegen können und, solange sie sich in einem begrenzten Rahmen halten und die Aussagekraft der Beurteilungen dadurch nicht eingeebnet wird, nach ständiger Rechtsprechung vernachlässigt werden dürfen. Ein schlechteres Gesamturteil kann im Einzelfall sogar durch erheblich bessere Leistungsmerkmale ausgeglichen werden, denen im Hinblick auf spezifische Anforderungen des zu besetzenden Dienstpostens maßgebende Bedeutung zukommt.

Vgl. jeweils zum Merkmal der „im Wesentlichen gleiche Eignung“ BVerwG, Beschlüsse vom 29. Januar 2013, vom 22. November 2012 und vom 27. September 2011 sowie BVerfG, Beschlüsse vom 4. Oktober 2012 und vom 11. Mai 2011, jeweils a.a.O. 66

Solche und ähnliche (geringfügige) Unterschiede müssen im Interesse einer praxisgerechten Handhabung des Leistungsgrundsatzes rechtlich hingenommen werden. 67

Die in § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW n.F. nunmehr enthaltene Formulierung „im Wesentlichen“, die auch der Senat seit jeher in seiner Rechtsprechung verwendet hat und weiterhin verwendet, 68

vgl. z.B. OVG NRW, Beschlüsse vom 11. September 2014, vom 28. März 2011, vom 23. Februar 2010 und vom 27. Februar 2004, jeweils a.a.O., 69

betont den wertenden Charakter der Entscheidung des Dienstherrn und trägt den dabei zu berücksichtigenden Imponderabilien angemessen Rechnung. Sie bedeutet hingegen nicht, dass § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW n.F. in Abweichung von § 20 Abs. 6 LBG NRW a.F. die Auswahl einer gemessen an den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG geringer qualifizierten Bewerberin ermöglichen können soll. Den Gesetzesmaterialien zu § 19 Abs. 6 LBG NRW n.F. lassen sich keine Anhaltspunkte für einen Willen des Gesetzgebers entnehmen, dass bei Beförderungsentscheidungen etwas anderes gelten soll als bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst. Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 LBG NRW sind Frauen bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt einzustellen. 70

Vgl. Gesetzentwurf der Landesregierung zum Dienstrechtsmodernisierungsgesetz NRW, LT NRW-Drs. 16/10380, S. 345. 71

Dementsprechend unterliegt die Formulierung des § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW auch keinen Bestimmtheitsbedenken, weil der unbestimmte Rechtsbegriff der „im Wesentlichen“ gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung unter Anwendung der herkömmlichen Auslegungsmethoden im vorstehend ausgeführten Sinne ausgefüllt werden kann. 72

2. a) Mit Satz 3 des § 19 Abs. 6 LBG NRW a.F. erfährt das Tatbestandsmerkmal der „im Wesentlichen“ gleichen Eignung in Satz 2 jedoch eine vom Gesetzgeber vorgegebene Konkretisierung, die – entgegen der Auffassung des Antragsgegners - mit dem in Art. 33 Abs. 2 GG festgeschriebenen Leistungsgrundsatz nicht mehr vereinbar ist. Von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung soll danach in der Regel auszugehen sein, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist. § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW n.F. wirkt sich unmittelbar auf den Qualifikationsvergleich aus und ist demzufolge an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen. Die Vorschrift erhebt hingegen nicht – wie im Schrifttum teilweise vertreten wird - das Geschlecht zum Differenzierungsmerkmal bei der Eignungsfeststellung; die Frauenförderung bleibt vielmehr wie unter Geltung der Vorgängerregelung Hilfskriterium bei der Auswahlentscheidung. Sie greift jedoch deutlich früher zugunsten der Beamtinnen ein, indem die Vorschrift den Qualifikationsvergleich für den Regelfall auf die Gesamturteile verengt. 73

b) Art. 33 Abs. 2 GG gebietet demgegenüber, dass der für das Beförderungsamt am besten geeignete Bewerber ausgewählt wird und gibt zugleich die für die Bewerberauswahl maßgeblichen Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung verbindlich vor. Das gilt ohne Einschränkungen und vorbehaltlos. Umstände, welche die Bedeutung des Leistungsgrundsatzes relativieren könnten, sieht die Regelung nicht vor. Vielmehr dürfen Auswahlentscheidungen nur auf solche Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. 74

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016; BVerwG, Urteile vom 30. Juni 2011 und vom 4. November 2010, jeweils a.a.O., 75

Kriterien ohne unmittelbaren Leistungsbezug wie etwa ein Mindestalter, eine Mindestdienstzeit oder ein Rangdienstalter, 76

vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 7. März 2013; BVerwG, Urteile vom 26. September 2012 und vom 28. Oktober 2004, jeweils a.a.O., 77

ein im Anforderungsprofil nicht vorausgesetzter akademischer Titel, 78

vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 25. September 2012, a.a.O.; anders hingegen bei einem in der Stellenausschreibung zwingend geforderten ingenieur- oder naturwissenschaftlichen Hochschulabschluss, dazu BVerwG, Beschluss vom 19. Dezember 2014 79

- 2 VR 1.14. -, juris, 80

oder die Wertigkeit bzw. die unterschiedliche Einstufung der von den Beförderungsbewerbern im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung innegehabten Dienstposten, 81

vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 17. August 2005, 82

– 2 C 36.04 -, juris, 83

sind deshalb im Grundsatz keine mit der Verfassungsbestimmung in Einklang zu bringenden Auswahlmaßstäbe. Das gilt auch für andere Kriterien, selbst wenn sie in rechtlicher Hinsicht besonders hervorgehoben oder privilegiert werden, z.B. die Behinderteneigenschaft und insbesondere das Geschlecht einer oder mehrerer Bewerberinnen. Hierbei handelt es sich – wie oben bereits erwähnt (B.III.2.b und c) - um Hilfskriterien, denen nur nachrangige Bedeutung zukommt, die also erst dann den Ausschlag geben dürfen, wenn sich aus dem 84

Vergleich anhand leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung des einen oder anderen Bewerbers ergibt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2011, a.a.O. 85

Ebenso aus der jüngeren Zeit z.B. OVG Niedersachen, Beschluss vom 21. Dezember 2016 – 5 ME 151/16 -, juris. 86

Auf der Ebene des Qualifikationsvergleiches als dem ersten Schritt einer Auswahlentscheidung bleibt deshalb für die von dem Landesgesetzgeber mit § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW n.F. intendierte Frauenförderung kein verfassungsrechtlich zulässiger Anwendungsbereich. 87

c) Aber auch mit seiner primären Zielsetzung, den nach Art. 33 Abs. 2 GG erforderlichen Qualifikationsvergleich auf einen Vergleich der Gesamturteile zu beschränken (siehe oben B.IV.2.a), lässt sich § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW n.F. mit den Anforderungen des Verfassungsrechts nicht in Einklang bringen. 88

Die oben (B.III.2.b und c) wiedergegebene Rechtsprechung verlangt für die Ermittlung des am besten geeigneten Bewerbers nicht nur die Heranziehung der in den aktuellen Beurteilungen erteilten Gesamtnoten, sondern geht davon aus, dass in Pattsituationen dort nicht halt gemacht werden darf. Mit dem Gesamturteil, das regelmäßig aus einer Note, je nach Beurteilungssystem ergänzenden Punktzahlen und evtl. der Binnendifferenzierung dienenden Zusätzen besteht, ist noch nicht alles über die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beamten gesagt. Vielmehr lassen sich oftmals anhand der Einzelfeststellungen in den aktuellen Beurteilungen messbare und beachtliche Bewertungsunterschiede feststellen, um Abstufungen innerhalb des Bewerberfeldes vornehmen zu können. Denn das Gesamturteil erschöpft sich nicht in einer mathematischen Zusammenfassung der Einzelbewertungen, die deren nähere Betrachtung von vornherein entbehrlich machen könnte. Vielmehr kommt im Gesamturteil die unterschiedliche Bedeutung der Einzelbewertungen durch ihre entsprechende Gewichtung zum Ausdruck. Die dienstliche Beurteilung erfüllt nur in ihrer Gesamtheit die Funktion, eine tragfähige Grundlage für eine an den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG orientierte Auswahlentscheidung zu vermitteln. 89

Vgl. BVerwG, Urteile vom 13. Mai 1965 – II C 146.62 -, vom 17. September 2015 und vom 28. Januar 2014 , jeweils a.a.O., mit weiteren Nachweisen. 90

Verbleibt auch in Würdigung dessen immer noch ein Qualifikationsgleichstand, so ist es die Pflicht des Dienstherrn, auch ältere dienstliche Beurteilungen der Bewerber in den Blick zu nehmen und der Frage nachzugehen, ob sich daraus zusätzliche Erkenntnisse für die zu erwartende künftige Bewährung in einem Beförderungsamt ergeben. Auch das ist oben näher dargelegt. 91

Diese Rechtsprechung hat ihren Ausgangspunkt in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2002 – 2 C 31.01 – und vom 27. Februar 2003 – 2 C 16.02 -, jeweils juris, entspricht seither ständiger Rechtsprechung dieses Gerichts und hat auch in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 92

vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 5. September 2007 und vom 4. Oktober 2012, jeweils a.a.O., 93

Eingang gefunden. Der Senat hat sich die dargestellten Grundsätze mit dem Beschluss vom 27. Februar 2004 – 6 B 2451/03 - zu eigen gemacht, hat sie seitdem weiter präzisiert und 94

unter Berücksichtigung der berechtigten Belange auch der öffentlichen Verwaltung fortentwickelt. Der 1. Senat des beschließenden Gerichts folgt ebenfalls diesen Grundsätzen,

vgl. Beschlüsse vom 15. April 2014, vom 1. Oktober 2012, vom 9. Mai 2012 und vom 1. August 2011, jeweils a.a.O., 95

genauso die Obergerichte der anderen Bundesländer. Diese Rechtsprechung hat ihre Grundlage in Art. 33 Abs. 2 GG, leitet sich also ausschließlich aus der Interpretation der Verfassungsnorm selbst ab. Sie ist m.a.W. nicht das Ergebnis einer einfachrechtlichen Gesetzesauslegung, die mit der Änderung des einfachen Rechts ihre Grundlage verlieren würde. Dementsprechend ist sie für den Landesgesetzgeber nicht disponibel. 96

Der Senat sieht auch keinen Anlass, sein Verständnis der Verfassungsnorm und damit auch das Auslegungsergebnis aller anderen mit der Vorschrift befassten Gerichte zu überdenken und möglicherweise zu revidieren. Dass der Landesgesetzgeber ein gesellschaftspolitisch durchaus legitimes Ziel verfolgt, allerdings mit rechtlich nicht tragfähigen Mitteln, bietet dafür jedenfalls keinen hinlänglichen Grund. 97

3. a) Der Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG ist entgegen der Ansicht des Antragsgegners nicht durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt. 98

Das Prinzip der Bestenauslese wird von Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Es könnte daher nur durch kollidierendes Verfassungsrecht, Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang eingeschränkt werden. 99

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015, a.a.O. 100

Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, auf den der Landesgesetzgeber sich in der Begründung zur Neuregelung in § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW beruft, 101

vgl. Gesetzentwurf der Landesregierung zum Dienstrechtsmodernisierungsgesetz NRW, 102

LT NRW-Drs. 16/10380, S. 345, 103

„fördert der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“. Der Senat ist mit dem Bundesverwaltungsgericht, 104

vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2011, a.a.O., 105

der Überzeugung, dass die grundrechtlich verankerte Förderung der Gleichberechtigung nicht darauf gerichtet ist, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG generell einzuschränken. Die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen ist vielmehr auf Fälle gleicher Qualifikation beschränkt. Insoweit bestehen Berührungspunkte mit dem ebenfalls grundrechtlich verankerten Verbot der Benachteiligung Behinderter nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Auch hier gilt eine – einfachrechtlich konkretisierte (§ 128 Abs. 1 SGB IX) – Förderungspflicht bei der Besetzung von Beamtenstellen; eine Bevorzugung bei Beförderungsentscheidungen ohne Rücksicht auf die bessere Qualifikation anderer Bewerber ist hingegen nicht statthaft. 106

b) Ausgehend davon gibt es jedenfalls im Grundsatz keinen Widerspruch zwischen den grundrechtlichen Gewährleistungen in Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 33 Abs. 2 GG. Die im 107

Schrifttum diskutierte Frage, ob es notwendig ist, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG im Wege der praktischen Konkordanz in einen schonenden Ausgleich mit dem Prinzip der Bestenauslese zu bringen, trifft deshalb nicht den Kern der Problematik, sondern berührt ihn nur am Rande.

Voraussetzung für die Notwendigkeit der Herstellung „praktischer Konkordanz" ist stets, dass tatsächlich eine Kollision zwischen den sachlichen Geltungsbereichen mehrerer Verfassungsbestimmungen vorliegt, die es logisch und systematisch zwingend erscheinen lässt, eine wechselseitige Optimierung vorzunehmen. 108

Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2005 109

– 2 WD 12.04 –, juris. 110

Dabei geht es darum, kollidierende Regelungen so auszulegen, dass sie in ihrer spezifischen Wirkungskraft jeweils optimal zur Geltung kommen. Die hier einschlägigen Grundrechtsverbürgungen kollidieren in ihren rechtlichen Ausgangspunkten nicht auf eine solche Weise miteinander. 111

Art. 3 GG enthält den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Abs. 2 Satz 1) und mit Abs. 3 Satz 1 in Bezug auf eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung ein Diskriminierungsverbot; danach darf niemand wegen seines Geschlechtes benachteiligt oder bevorzugt werden. Darüber hinaus erstreckt Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG das Gleichberechtigungsgebot auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Der Satz „Männer und Frauen sind gleichberechtigt" will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse. 112

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 1995 – 1 BvL 18/93 – unter Bezugnahme auf BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 -, jeweils juris. 113

Der Erreichung dieser von Art. 3 GG gesetzten Ziele – Gleichheit vor dem Gesetz und ebenso bei seinem Vollzug - dient auch Art. 33 Abs. 2 GG, wonach allen Deutschen, unabhängig vom Geschlecht, in gleicher Weise der Zugang zu öffentlichen Ämtern gewährleistet ist, nämlich ausschließlich nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Art. 33 Abs. 2 GG konkretisiert als speziellere Norm den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, indem er die für die Bewerberauswahl zur Besetzung von öffentlichen Ämtern maßgeblichen Kriterien positiv benennt. 114

Vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 21. Juni 2011 – 4 S 1075/11 –, juris; Heun in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 126; Jarras in: Jarras/Pieroth, GG, Art. 33 Rn. 8; Kunig in: von Münch/Kunig, GG, Art. 33 Rn. 14; Osterloh/Nußberger in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 287. 115

Diese Kongruenz in der Zielsetzung der Grundrechtsartikel wird auf einfachgesetzlicher Ebene zusätzlich verdeutlicht. § 9 BeamtStG normiert besondere Diskriminierungstatbestände, die mit dem Gleichheitssatz unvereinbar sind. Hierbei lehnt er sich an Art. 3 GG, nämlich dessen Absatz 3 an. 116

c) In der Realität bestehen nach den auf Basis der Daten in den Landesgleichstellungsberichten (vgl. § 22 LGG) getroffenen Feststellungen der Landesregierung jedoch weiterhin erhebliche Defizite in der Gleichheit der Geschlechter bei dem Gesetzesvollzug. Während in den Eingangsämtern in den meisten Bereichen des 117

öffentlichen Dienstes bereits mehr Frauen als Männer vertreten seien, nimmt der Frauenanteil mit zunehmender Hierarchiestufe deutlich ab. Rechtslage und Lebenswirklichkeit fallen hiernach, soweit es um Beförderungsämter geht, auseinander. Einer zielführenden Umsetzung der formal-rechtlichen Gleichstellung auch im Tatsächlichen dient der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Er bezweckt als Staatszielbestimmung die Lebensverhältnisse von Frauen und Männern auch real anzugleichen, wobei es sich weniger um den Versuch der Lösung eines rechtlichen als eines gesellschaftlichen Problems handelt.

Zur Einordnung als Staatszielbestimmung vgl. den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 5. November 1993, BT-Drs. 12/6000, S. 50. 118

Ob bei einer solchen Sachlage bereits von einer verfassungsrechtlichen Kollisionslage auszugehen ist, erscheint mehr als fragwürdig. Rechtsnatur und Reichweite von Art. 3 Abs. 2 GG sind, jenseits des hier nicht relevanten Gebots, bestehende rechtliche Ungleichbehandlungen zu beseitigen, weitgehend ungeklärt. 119

vgl. zum Meinungsstand die Darstellungen bei Maunz-Dürig, GG, Art. 3 Rn. 56; Heun in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 89. 120

Aber selbst wenn man den in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG enthaltenen Verfassungsauftrag als ein Handlungsgebot versteht, das es nicht nur im Rahmen der geltenden Grundrechte und Verfassungsprinzipien umzusetzen gilt, sondern den Gesetzgeber auch zur Einschränkung des (zugunsten auch der Männer geltenden) Diskriminierungsverbots und des Leistungsgrundsatzes berechtigt, ergibt sich bei der dann notwendigen Herstellung praktischer Konkordanz keine Rechtfertigung für eine Beschränkung der Qualifikationsfeststellung im Sinne von § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW. Nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz ist eine Einschränkung eines schrankenlos gewährten Grundrechtes nur insoweit möglich, wie diese Einschränkung nötig ist, um einem anderen Grundrecht oder Verfassungsprinzip die Entfaltung zu gewährleisten. Die Grenze der Einschränkung ist dann erreicht, wenn die gegenüberstehenden Verfassungswerte ihre größtmögliche Entfaltung und Wirksamkeit erlangen. 121

Der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG kann aus Sicht des Senats auch unter vollständiger Wahrung der Prinzipien des Art. 33 Abs. 2 GG eingelöst werden. § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW wahrt daher nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. 122

d) Nach dem Grundgedanken des Verfassungsgesetzgebers müssen Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden. 123

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 1995, a.a.O., unter Bezugnahme auf BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992, a.a.O. 124

Zur Verwirklichung dieser Ziele können nach der Überzeugung des Senats unter Wahrung des Prinzips der Bestenauslese Maßnahmen im Vorfeld der Auswahlentscheidung um ein Beförderungsamt und damit außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 33 Abs. 2 GG getroffen werden, um die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung zu fördern. 125

126

Solche stehen – neben den bereits eingeführten, allerdings im Berufsalltag in vieler Hinsicht verbesserungsfähigen Fördermaßnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie – insbesondere auf der Ebene der Qualifikationsbewertung zur Verfügung. Eignungsaussagen in dienstlichen Beurteilungen müssen nicht zwingend allein oder vorrangig an die erbrachten dienstlichen Leistungen und an die im beruflichen Alltag gewonnenen Erfahrungen anknüpfen. Der Qualifikationsvorsprung vieler Männer auf diesem Felde ist oftmals das Ergebnis einer meist unterbrechungslosen Berufsvita. Defizite in diesem Bereich haben bei vielen Frauen demgegenüber eine häufige Ursache in der fehlenden Vereinbarkeit beruflicher und familiärer Pflichten. Sie werden hervorgerufen z.B. durch Unterbrechungen der Diensttätigkeit, die Reduzierung der Arbeitszeit, den verzögerten Erwerb von (Neben-)Qualifikationen oder den späteren Abschluss von Lehrgängen, weil Kinder- und/oder Angehörigenbetreuung eine vollschichtige Tätigkeit nicht erlauben.

Tatsächliche Unterschiede dieser Art werden relativiert oder können ganz kompensiert werden, wenn bei der dienstlichen Beurteilung hierauf angemessen Rücksicht genommen wird. Es ist rechtlich unbedenklich, wenn neben dem Leistungsbild eine stärkere Gewichtung der Befähigungsmerkmale sowie der Eignung im engeren Sinne bei der Bildung des Gesamturteils stattfindet. Unter dieser Voraussetzung wird mancher Frau, die trotz ihrer Doppelbelastung ihre dienstlichen Aufgaben ähnlich gut oder nicht wesentlich schlechter als ein vergleichbarer männlicher Kollege erfüllt hat, eine ebenso gute oder auch bessere Qualifikation zu bescheinigen sein. All das ist weitgehend eine Frage der Beurteilungspraxis, die entscheidend durch die Grundhaltung der unmittelbaren Dienstvorgesetzten und ihrer Hilfspersonen geprägt wird. Aber auch die weiteren Dienstvorgesetzten, insbesondere die obersten Dienstbehörden, notfalls auch der Gesetz- und Verordnungsgeber, können hier – etwa durch entsprechende Beurteilungsrichtlinien – steuernd eingreifen. 127

Der Senat verkennt nicht, dass die Korrektur der bestehenden Nachteile für Frauen bei der Besetzung höherwertiger Ämter auf diesem Wege eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen voraussetzt, die über einen längeren Zeitraum stattfinden müssen und nicht sofort, sondern nur allmählich in allen Ebenen des öffentlichen Dienstes greifen. Sie erfordert zudem ein Umdenken des Dienstherrn bzw. der mit der Erstellung von dienstlichen Anlass- und Regelbeurteilungen befassten Vorgesetzten. Das hat aber den Vorzug eines optimalen und zugleich schonenden Ausgleichs zwischen den Verfassungsgütern des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG einerseits und des Art. 33 Abs. 2 GG andererseits. Als milderes, aber auf längere Sicht nicht weniger effektives Mittel – mit dem Nebeneffekt einer größeren gesellschaftlichen Akzeptanz – gebührt dem der Vorrang vor einem Eingriff in das Prinzip der Bestenauslese. 128

Zusätzlich zu bedenken ist dabei, dass das generalisierende Vorgehen des Landesgesetzgebers allen weiblichen Beamten ohne Rücksicht auf ihre familiäre Situation zugute kommt und deshalb notwendigerweise vergröbernd wirkt. Eine wirkliche Gleichberechtigung der Geschlechter im öffentlichen Dienst, die auch Männer nicht aussparen darf, ist nicht schon dann erreicht, wenn die Zahl der weiblichen und männlichen Beamten im Beförderungsamt etwa gleich groß ist oder dem Verhältnis im Eingangsamt nahekommt. Optimal verwirklicht ist der Gleichberechtigungsgedanke vielmehr erst dann, wenn ein individueller Nachteilsausgleich in möglichst jedem Einzelfall erreicht wird. Die Besserstellung nur weiblicher Bediensteter unabhängig von einer frauentypischen Doppelbelastung wird dem nur vordergründig gerecht. Angemessene Maßnahmen im Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweiligen individuellen Besonderheiten versprechen ein besseres Ergebnis und vermeiden zugleich unzumutbare Benachteiligungen für Männer mit vergleichbaren Erschwernissen. 129

130

4. Rechtsfolge der vom Senat als Fachgericht im vorläufigen Rechtsschutzverfahren angenommenen Verfassungswidrigkeit von § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW n.F. ist dessen Unanwendbarkeit.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 2 und 3, 162 Abs. 3 VwGO. 131

Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 40, 47 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1 und 6 Satz 4 i.V.m. Satz 1 Nr. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. 132

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG). 133

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE