

# Diemut Majer

## »Gleiche«, »gleichwertige« oder »erforderliche« Qualifikation?

Zum Zusammenhang zwischen  
Antidiskriminierungsrecht und Art. 33 Abs. 2 GG

### Vorbemerkung

Die Diskussion der letzten zehn Jahre über die Verwirklichung des Gleichberechtigungsgebotes des Art. 3 Abs. 2 GG hat in den letzten fünf Jahren zu Gesetzgebungsinitiativen der Oppositionsparteien SPD und GRÜNE in Hamburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Berlin sowie in Bonn geführt<sup>1</sup>, nachdem die zahlreichen Frauenförderpläne und -richtlinien der verschiedenen Bundes- und Landesverwaltungen zu keinem nennenswerten Erfolg geführt hatten. Die Gesetze bzw. die vorliegenden Entwürfe sehen im wesentlichen eine bevorzugte Berücksichtigung von Frauen bei Einstellung und Beförderung dann vor, wenn sie »gleiche« (Nordrhein-Westfalen, Bremen) oder »gleichwertige« (Hamburg) Qualifikationen wie männliche Konkurrenten vorweisen können.<sup>2</sup> Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Formulierungen ist umstritten, eine konkrete Normenkontrolle ist derzeit beim Bundesverfassungsgericht anhängig.<sup>3</sup>

Kritiker dieser Formulierungen<sup>4</sup> haben immer wieder darauf hingewiesen, daß diese Formulierungen die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG (Eignung, Befähigung, fachliche Leistung) verfälschen, da sie nur auf die »fachliche Leistung« fixiert sind und daß sie demzufolge ineffizient sind, da sie das patriarchalisch orientierte Leistungs- und Beurteilungssystem und seine Kriterien unangetastet und damit auch die Bestimmung der »gleichen« oder »gleichwertigen« Leistung weiterhin diesem System (d. h. den von Männern dominierten Entscheidungsgremien) überlassen.

Der Gesetzgeber des Landes Berlin wählte in dem am 27. 9. 1990 in 2. Lesung verabschiedeten Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) eine neue Formulierung, indem er bei der *Einstellung* von Frauen in den öffentlichen Dienst deren bevorzugte Berücksichtigung bei Vorliegen der »erforderlichen Qualifikation« (§ 8 Abs. 1 LADG), bei der Beförderung von Frauen deren bevorzugte Berücksichtigung bei Vorliegen »gleichwertiger« Qualifikation (§ 8 Abs. 2 LADG) vorsah. Diese

<sup>1</sup> Frauenförderungsgesetz Nordrhein-Westfalen vom 31. 10. 1989, GVBl. 1989, 567; Gleichstellungsgesetz Hamburg vom 12. 6. 1990, Drucks. Nr. 13/6137; Landesgleichstellungsgesetz Bremen vom 20. 11. 1990; Entwurf eines Gleichstellungsgesetzes der SPD-Fraktion des Deutschen Bundestages, Brem. GBl. 1990, 433 BT-Drucks. 10/3728 sowie Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes der Fraktion der GRÜNEN, BT-Drucks. 10/6137, die in der jetzigen Legislaturperiode neu eingebracht werden sollen; vgl. im übrigen den Beitrag von *Heike Dieball* in diesem Heft.

<sup>2</sup> Synopse in: Senatsverwaltung für Frauen, Jugend und Familie (Hg.), *Landesantidiskriminierungsgesetz* 1990, S. 43.

<sup>3</sup> Es handelt sich um den Vorlagebeschuß des OVG Münster vom 23. 10. 1990 – 12 B 2298/90 – 2 L 423 Arnsberg –, der § 25 Abs. 5 LBG NRW i.d.F. des Art. 1 Nr. FFG Nordrhein-Westfalen betrifft. Nach dieser Vorschrift sind Frauen bei »gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung« »bevorzugt zu befördern ... sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen«.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. Pfarr/Fuchsloch, *Verfassungsrechtliche Beurteilung von Frauengquoten*, NJW 1988, S. 2201 ff.

Formulierung ging auf eine Initiative der Fraktion GRÜNE/AL zurück. Sie wurde allerdings später in der Schlußabstimmung wieder gestrichen (s. unten).

Das am 27.9.1990 in 2. Lesung beschlossene LADG wurde vom Präsidenten des Abgeordnetenhauses zunächst nicht ausgefertigt. Er meldete gegen die Formulierung »erforderliche Qualifikation« in § 8 Abs. 1 LADG verfassungsrechtliche Einwände an und holte zu diesen eine Stellungnahme des wissenschaftlichen Parlamentsdienstes des Abgeordnetenhauses (WPD) ein, die am 9.10.1990 vorlag. Diese Stellungnahme äußerte gewisse Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 1 LADG hinsichtlich der *Quotierung generell*, nahm jedoch zu dem Begriff »erforderliche Qualifikation« nicht ausdrücklich Stellung und kam zu keinem abschließenden Ergebnis.

Nach der Berliner Verfassung ist der Präsident des Abgeordnetenhauses Ausfertigungsorgan für beschlossene Gesetze, für die in der Regel zwei Lesungen vorgesehen sind (Art. 45 Abs. 3). Die Ausfertigung ist »unverzüglich« vorzunehmen (Art. 46 Abs. 1 Berliner Verfassung). Eine dritte Lesung kann anberaumt werden, wenn der Präsident des Abgeordnetenhauses oder der Senat von Berlin dies verlangen (Art. 45 Abs. 4 Berliner Verfassung). Die Legislaturperiode des Abgeordnetenhauses endete am 2.12.1990, die letzten Sitzungen waren auf den 24.–26.10.1990 anberaumt. Unter dem 3.10.1990 forderte der Landesvorsitzende der CDU den Präsidenten auf, eine 3. Lesung anzuberaumen, die Fraktion der SPD und der GRÜNEN/AL forderten den Präsidenten am 16./17.10.1990 auf, die unverzügliche Ausfertigung des Gesetzes vorzunehmen. Der Präsident hatte jedoch nach Vorliegen des WPD-Gutachtens am 9.10.1990, eine Entscheidung nicht getroffen, sondern ein weiteres verfassungsrechtliches Gutachten<sup>5</sup> zu § 8 Abs. 1 LADG angefordert. Unter dem 7.11.1990 forderte die Fraktion GRÜNE/AL von der Verfasserin ein Eilgutachten zur Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 1 und 2 LADG an.

Schließlich wurde vom Präsidenten des Abgeordnetenhauses auf Drängen aller Parteien für Donnerstag, den 29.11.1990 eine außerordentliche Sitzung des Abgeordnetenhauses zur 3. Lesung des LADG anberaumt. In dieser Sitzung wurde das LADG in abgeänderter Fassung mit den Stimmen von SPD und GRÜNE/AL-Fraktion verabschiedet; der Begriff »erforderliche« Qualifikation in § 8 Abs. 1 wurde auf Antrag der SPD durch die Formulierung »gleichwertige« Qualifikation ersetzt.<sup>6</sup> Gleichzeitig wurde § 8 Abs. 3 durch einen Satz ergänzt. Die Vorschrift lautet jetzt: »Die Qualifikation ist ausschließlich an den Anforderungen des Berufes... zu messen. Spezifische, zum Beispiel durch Familienarbeit, durch soziales Engagement oder ehrenamtliche Tätigkeit erworbene Erfahrungen und Fähigkeiten sind Teil der Qualifikation im Sinne der Absätze 1 und 2«.

Der nachfolgende Beitrag ist eine überarbeitete Fassung des materiellrechtlichen Teils des für die Fraktion GRÜNE/AL erstatteten Gutachtens vom 19.11.1990. Es bezieht sich in erster Linie auf die ursprüngliche Formulierung »erforderliche« Qualifikation in § 8 Abs. 1 LADG a.F., ferner auf den Begriff »gleichwertige Qualifikation« in § 8 Abs. 2 LADG. Obwohl die erstgenannte Formulierung in die endgültige Fassung des Gesetzes nicht Eingang gefunden hat, bietet sie doch Anlaß, neue verfassungsrechtliche Überlegungen zum Qualifikations- und Leistungsbegriff des Art. 33 Abs. 2 GG anzustellen oder aufzugreifen, die für weitere gesetzgeberische Initiativen von Interesse sind.

§ 8 LADG lautete in der ursprünglichen, vom Abgeordnetenhaus Berlin am 27.9.1990 beschlossenen Fassung (a.F.):

<sup>5</sup> Von Michael Sachs, Augsburg.

<sup>6</sup> Ein ähnlich laufender Änderungsantrag der CDU wurde abgelehnt, vgl. Tagesspiegel vom 30.11.1990.

### *Einstellungen und Beförderungen*

(1) Frauen, die die zur Ausfüllung der Stelle erforderliche Qualifikation (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) besitzen, sind gegenüber männlichen Mitbewerbern unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit so lange bevorzugt einzustellen, bis der Anteil der Frauen in der betreffenden Laufbahn oder Berufsfachrichtung der jeweiligen Einrichtung nach § 1 mindestens 50 vom Hundert beträgt.

(2) Frauen, deren Qualifikation der der männlichen Mitbewerber gleichwertig ist, sind gegenüber männlichen Mitbewerbern unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit so lange bevorzugt zu befördern, bis in den höheren Besoldungs-, Vergütungs- oder Lohngruppen der betreffenden Laufbahn oder Berufsfachrichtung der Einrichtung nach § 1 der Anteil der Frauen mindestens 50 vom Hundert beträgt.

(3) Die Qualifikation ist allein aufgrund der Anforderungen der zu besetzenden Stellen zu beurteilen.

(4) Bei der Auswahlentscheidung ist unbeschadet sozialer Kriterien dem Recht der Frauen auf Gleichstellung im Erwerbsleben Rechnung zu tragen. Folgende und ähnliche Kriterien dürfen daher nicht herangezogen werden:

1. Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit, Reduzierungen der Arbeitszeit oder Verzögerungen beim Abschluß einzelner Ausbildungsgänge aufgrund der Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen oder wegen Haushaltsführung,
2. Lebensalter oder Familienstand,
3. eigene Einkünfte des Partners einer Bewerberin oder die Einkommenslosigkeit der Partnerin eines Bewerbers, sofern sie nicht auf Arbeitslosigkeit beruht,
4. zeitliche Belastungen durch Elternschaft oder die Absicht, von der Möglichkeit der Arbeitszeitreduzierung Gebrauch zu machen.

### *I. Verfassungsmäßigkeit von § 8 Abs. 1 LADG*

#### *1) Bevorzugte Berücksichtigung von Frauen (Festlegung einer Quote) bei Einstellungen im öffentlichen Dienst*

Die Frage der generellen Zulässigkeit von Quotierungen zum Zwecke des Ausgleichs der Benachteiligung von Frauen im Erwerbsleben ist in den vergangenen Jahren durch die wissenschaftliche Diskussion angestoßen und seit dem sog. Benda-Gutachten für den Senat der Freien und Hansestadt Hamburg<sup>7</sup> für den öffentlichen Dienst vielfach bejaht worden; allerdings wird wegen ihrer erheblichen Grundrechtsrelevanz eine gesetzliche Grundlage gefordert.<sup>8</sup> Die Rechtsprechung hat, soweit solche Fälle anhängig geworden sind, Quotierungen als mögliches Instrument staatlicher Ausgleichsmaßnahmen anerkannt oder jedenfalls nicht ausgeschlossen, soweit sie in Form eines Gesetzes erfolgen.<sup>9</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht hat Ausgleichsmaßnahmen für die Benachteiligung von Frauen im Erwerbsleben für prinzipiell zulässig erklärt.

Es hat im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG ausgeführt, daß es hier um ein Verfassungsgebot gehe, das »die Funktion habe, für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchzusetzen...«, daß dieses Gebot seine Funktion verlöre, »wenn es inhaltlich darauf reduziert würde, die vorgefundene soziale Wirklichkeit... nur zur Kenntnis zu nehmen« (BVerfGE 67, 335). In mehr als 40 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich direkt oder indirekt mit der Gleichberechtigung im Erwerbsleben beschäftigen<sup>10</sup>, hat das Bundesverfassungsgericht

<sup>7</sup> Notwendigkeit positiver Aktion zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, Freiburg 1986, insbes. S. 154 ff., 220 ff., vgl. Lange, »Frauenquoten« in politischen Parteien, NJW 1988, S. 1174; Hofmann, Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II GG, JuS 1988, S. 249.

<sup>8</sup> Zum Meinungsstand vgl. Pfarr/Fuchsloch, (Fn. 4); Zuck, Die quotierte Frau, MDR 1988, S. 459; Sachs, Gleichberechtigung und Frauenquoten, NJW 1989, S. 553; VG Bremen, NJW 1988, S. 3224; OVG Münster, NJW 1989, S. 2560 f. jew. m. w. N. M. Eckertz-Höfer, Frauen kommen... Art. 3 Abs. 2 in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot, in: FS H. Simon, 1987, S. 472; vgl. auch BVerfGE 59, 231 (163).

<sup>9</sup> OVG Münster, NJW 1989, S. 2560 f., dazu K. Lange, Quote ohne Gesetz? NVwZ 1990, S. 135 ff.; vgl. auch VG Bremen, NJW 1988, S. 3224.

<sup>10</sup> Näher Eckertz-Höfer (Fn. 8), S. 457 ff.

immer wieder zu erkennen gegeben, daß die Gleichberechtigung Teil des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, der verwirklicht werden müsse.

In der sog. Rentenaltersentscheidung (BVerfGE 74, 163 ff.) hat es begünstigende Regelungen für Frauen (niedrigeres Rentenalter vom 60. Jahr gegenüber Männern mit 65 Jahren) für zulässig erklärt, weil sie auf Ausgleich erlittener Nachteile zielen. Ein solcher »typisierender Ausgleich« gehe auch auf biologische Unterschiede (hier: Frau als Mutter, Ausfallzeiten durch Geburt und Kindererziehung) zurück. Er sei keine Ungleichbehandlung »wegen des Geschlechts« (wie noch beim Hausarbeitstag (BVerfGE 52, 369) und bei der Festsetzung unterschiedlicher Tabellenwerte (BVerfGE 57, 355)), sondern eine »sozialstaatlich motivierte Maßnahme, die auf Kompensation erlittener Nachteile zielt« (BVerfGE 74, 163 (180)). Ob andere Ausgleichsmaßnahmen in Betracht gekommen wären, habe das Gericht nicht zu entscheiden. Insbesondere könne es die Maßnahme nicht deswegen beanstanden, weil andere Maßnahmen vielleicht geeigneter oder wirksamer gewesen wären (a. a. O. (181); vgl. auch BVerfGE 43, 108 (123 f.); 61, 319 (354)).

a) Kompensatorische Maßnahmen sind nach alledem nicht von vornherein verfassungswidrig. Zu ihnen können auch Quotierungen zugunsten bestimmter Lebensbereiche oder zugunsten bestimmter Personenkreise gehören. Dies läge im Bereich des weiten Gestaltungs- oder Beurteilungsspielraums, der dem Gesetzgeber bei der Verwirklichung der Verfassung, insbesondere der Grundrechte, des Rechts- und Sozialstaatsprinzips grundsätzlich offensteht<sup>11</sup>, und der auch den Erlass solcher Maßnahmen rechtfertigt.

Von diesem Instrument hat der Gesetzgeber in weitestgehendem Umfang Gebrauch gemacht. Quoten sind also nicht frauenspezifisch, sondern Bestandteile des »alltäglichen« Normensystems<sup>12</sup>, die zur Ordnung des Gemeinwesens unerlässlich sind (Rechssicherheit).

<sup>11</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 3, 162 (182); vgl. ferner BVerfGE 7, 377 (442); 36, 1 (14 f.); 37, 217 (260 ff.); 50, 290 (338) m. w. N.; 59, 216 = NVwZ 1982, S. 367; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 17. Aufl. 1999, C 14 III m. w. N.

<sup>12</sup> Beispiele sind u. a.:

*Art. 36 Abs. 1 GG.* Bei den obersten Bundesbehörden sind Beamte aus allen Ländern in angemessenem Verhältnis zu verwenden.

*Art. 51 Abs. 2 GG.* Jedes Bundesland hat mindestens drei Stimmen (im Bundesrat); Länder mit mehr als zwei Millionen Einwohnern haben vier, Länder mit mehr als sechs Millionen Einwohnern fünf, Länder mit mehr als sieben Millionen Einwohnern sechs Stimmen.

*Art. 53a GG.* Gemeinsamer Ausschuß; zu  $\frac{1}{3}$  Abgeordnete des Bundestages, zu  $\frac{1}{3}$  Mitglieder des Bundesrates. Die Abgeordneten entsprechen dem Stärkeverhältnis ihrer Fraktion.

*Art. 79 Abs. 2 GG.*  $\frac{1}{3}$ -Quote für die verfassungsändernde Mehrheit.

*Art. 107 GG.* Verteilungsschlüssel für Steueraufkommen zwischen Bund und Ländern.

*Art. 94 Abs. 1 GG.* Bundesverfassungsrichter je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt.

*§ 1 Abs. 2 BWahlG.* 259 der Abgeordneten nach Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen und die übrigen nach Landeswahlvorschlägen gewählt.

*§ 151 Abs. 6 BWahlG.* ... nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 3% der Zweitstimmen haben oder mindestens drei Wahlkreisze holen. Das gilt nicht für Parteien nationaler Minderheiten.

*§ 50 BWahlG.* Erstattung der durch die Wahl entstandenen Ausgaben an die Gemeinden durch einen festen, nach Gemeindegrößen abgestuften Betrag je Wahlberechtigten.

*§ 2 Abs. 3 BVerfGG.* Drei Richter jeden Senats = Richter an obersten Gerichtshöfen des Bundes.

*§ 18 PartG.* Wahlkampfkostenpauschale 5,00 DM je Wahlberechtigten; wird auf Parteien verteilt, die mindestens 0,5% der Zweitstimmen (...) erreicht haben.

*§ 22a PartG.* Parteien, die bei der letzten Bundestagswahl mindestens 0,5% der Zweitstimmen erreicht haben, erhalten einen jährlichen Chancenausgleich.

*§ 3 SchwbG.* Arbeitgeber, die über mindestens 16 Arbeitsplätze verfügen, haben mindestens 6% mit Schwerbehinderten zu besetzen.

Dieser Satz kann von der Bundesregierung geändert werden, jedoch auf höchstens 10% und auf nicht weniger als 4%.

*§ 11 SchwbG.* Ausgleichsabgabe je Monat und unbesetzten Pflichtplatz 150,00 DM. 45% der Ausgleichsabgabe gehen an den Ausgleichsfonds, der 50% der Bundesanstalt für Arbeit zuweist. Anteil der

Bezogen auf die Gleichberechtigungsfrage bedeutet dies, daß der dem Gesetzgeber insoweit zustehende Gestaltungsspielraum Differenzierungen zwischen Männern und Frauen in bestimmtem Umfang erlaubt, soweit sie nicht willkürlich, d. h. sachwidrig sind (vgl. BVerfGE 29, 283 (298)); insbesondere müssen Ausgleichsmaßnahmen innerhalb eines vergleichbaren Personenkreises, die bestimmte Gruppen bevorzugen (und damit *faktisch* andere benachteiligen), »für eine an der Gerechtigkeit orientierte Betrachtungsweise den geregelten Lebensverhältnissen entsprechen und durch vernünftige, sachlich einleuchtende Gründe gerechtfertigt sein« (BVerfGE 39, 316 (326)). Der weite Spielraum des Gesetzgebers endet nach (BVerfGE 48, 227 (235)) dort, »wo die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsdenken orientierten Betrachtungsweise vereinbar« ist, weil ein einleuchtender Grund für diese Differenzierung fehlt.

In Anknüpfung an diese Gesichtspunkte sind Quotierungen zugunsten von Frauen in der Verwaltungspraxis<sup>13</sup> z. T. auch in die Gesetzgebung umgesetzt worden.<sup>14</sup> Die Grenze gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums ist durch die Einführung einer Frauenquote in § 8 Abs. 1 LADG somit nicht überschritten; sie erscheint als geeignetes Mittel<sup>15</sup>, weil die bisher von Verwaltung und Gesetzgebung ergriffenen »milderer« Maßnahmen zur Erhöhung des Frauenanteils im öffentlichen Dienst

einzelnen Hauptfürsorgestellen am restlichen Betrag bemüht sich nach Wohnbevölkerung und Zahl der beschäftigten sowie arbeitslosen Schwerbehinderten.

§ 32 Abs. 2 SchwbG. Beratender Ausschuß bei der Hauptfürsorgestelle besteht aus zehn Mitgliedern, und zwar aus zwei Vertretern der Arbeitnehmer, zwei Vertretern der Arbeitgeber (davon ein Vertreter der öffentlichen Hand), vier Vertretern der Organisationen der Behinderten, ein Vertreter des Landes und ein Vertreter des Landesarbeitsamtes.

(ähnlich §§ 34, 35 Abs. 1, 41, 42 SchwbG)

§ 100 ZPO: Verteilung der Prozeßkosten auf mehrere Personen nach Kopfteilen oder nach Beteiligung am Rechtsstreit.

§ 47 GmbHG. Jede 100,00 DM eines Geschäftsanteils gewähren eine Stimme.

§ 16 AktG. Mehrheitsbeteiligung gilt als Mehrheitsbesitz des Unternehmens.

§ 19 AktG. Beteiligung von 25 % an einer AG verleiht bestimmte Rechte.

§ 58 AktG. Quoten für Gewinnrücklagen.

§ 150 AktG. Quote für gesetzliche Rücklage.

§§ 4, 5 Mustersatzung über Erschließungsbeiträge: Gemeinde trägt 10 % des Erschließungsaufwandes (§ 4), Verteilungsschlüssel (§ 5).

§§ 3, 5 Landesabwassergesetz Baden-Württemberg: Werte für die Wasserverschmutzung (§ 3), 40 % Quote für Abgabepflicht der Gemeinde (§ 5).

Milch-Garantiemengen-VO: Milchquoten für Erzeuger.

Ansgleichsabgabeverordnung zum Naturschutzgesetz (Baden-Württemberg): § 2: Rahmensätze je nach überbautem Meer.

Zulassungsquoten im Hochschulzulassungsrecht: Nach dem Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen (vgl. z. B. GBl. Bad.-Württ. 1985, S. 226) sind Quoten von 1/4 für Hörerfälle, Sozialdienstleistende, ausländische Bewerber, Zweitstudienbewerber und Wartefälle vorgesehen (Art. 12). Diese Festlegungen werden ausdrücklich »Quoten« genannt. Art. 13 des Staatsvertrags spricht darüber hinaus von »Landesquoten« für die Zulassung von Bewerbern je nach Bundesland (1/4 nach Anteil eines Landes an der Bewerberzahl für den Studiengang, 1/4 nach Anteil des Landes an der Gesamtzahl der 18- bis 21jährigen Bevölkerung).

Für die Bewerber aus der (ehemaligen) DDR wird demnächst eine ausdrückliche sogenannte »DDR-Quote« eingeführt.

<sup>13</sup> Z. B. als erste: Richtlinien des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg 1984; Richtlinien des Senats der Freien Hansestadt Bremen 1984, in den Folgejahren sind in fast allen Bundes/Landesbehörden und in den Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts solche Förderpläne erlassen worden.

<sup>14</sup> Gleichstellungsgesetz Nordrhein-Westfalen 1988; Entwurf eines Gleichstellungsgesetzes der SPD-Fraktion des Deutschen Bundestages, BT Drucks. 10/3728; Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes der Fraktion »Die GRÜNEN«, Teil I, BT Drucks. 10/6137.

<sup>15</sup> Da sich im vorliegenden Fall der Gesetzgeber bereits für eine Quotierung entschieden hat, bedarf es keiner Erörterung, ob Quotierungen nicht nur zulässig, sondern geboten sind, wenn sich andere Mittel (d. h. die bisherigen »Frauenfördermaßnahmen«) als nicht geeignet oder ineffizient erwiesen haben (vgl. dazu D. Majer, Wie man die Gleichheit der Frauen im Berufsleben praktisch verwirklichen kann, in: Information für die Frau, 2/88, S. 3 ff., 8).

(Frauensförderpläne, Frauenbeauftragte, Berichts- und Begründungspflicht der Verwaltung bei frauenspezifischen Maßnahmen) sich weitgehend als wirkungslos erwiesen haben. Selbst Hamburg mit »langer« Erfahrung in »Frauensfördermaßnahmen« hat in den beiden letzten Jahren (1988–1990) eine Erhöhung des Frauenanteils im öffentlichen Dienst um nur 0,2% zu verzeichnen. In vielen Bereichen, zumal in den Leitungsebenen, gibt es nach wie vor die Null-Quote für Frauen (u. a. in Ministerialbürokratien, Medien, Kirchen, Verbänden, Hochschulen); z. T. geht der Anteil von Frauen zurück (Professorenebene im Hochschulbereich).

b) Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Quotierungsregeln als zulässiges Instrument der Gesetzgebung aus, steht diese unter dem Vorbehalt, daß diese nicht zugleich gegen andere Verfassungsnormen verstossen dürfen (Konkordanz der Verfassungsbestimmungen).

– Es ist zu prüfen, ob die prinzipielle bevorzugte Berücksichtigung von Frauen durch Quotierung gegen Art. 3 Abs. 1 GG (»Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich«) verstößt. (Art. 6 Berliner Verfassung stimmt inhaltlich mit Art. 3 Abs. 1 GG überein, Pfennig/Neumann, Die Berliner Verfassung, Komm., 2. A., 1987 Art. 6, Erl. 6, 10, 13). Die Frage ist zu verneinen, da Art. 3 Abs. 1 GG keine Kollisionsnorm, sondern subsidiär gegenüber den Spezialregelungen des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ist (BVerfGE 9, 124 (128); 21, 329 (343)).

– Weiter ist zu prüfen, ob eine Quotierung i. S. des § 8 Abs. 1 LADG a. F. gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG (»Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.«) verstößt.<sup>16</sup>

Art. 3 Abs. 3 GG zählt nach seiner Entstehungsgeschichte die Diskriminierungstatbestände des NS-Staates auf, die nunmehr verfassungsrechtlich untersagt sind (BVerfGE 2, 266 (286)). Hierzu gehörte neben der Verfolgung aus Gründen der Rasse und des Glaubens u. a. auch das Verbot für Frauen, bestimmte Berufe (insbesondere juristische Berufe, z. B. das Richteramt) oder sonstige Leitungsfunktionen auszuüben.

Es erscheint daher fragwürdig und entspricht weder der Entstehungsgeschichte noch dem Sinn des Art. 3 Abs. 3 GG, wenn in der juristischen Diskussion der Gleichberechtigungsgegner Art. 3 Abs. 3 GG in eine Schutzvorschrift zugunsten von männlichen Bewerbern umgedeutet wird, die sich durch Frauenquoten benachteiligt fühlen; die Vorschrift hatte die umgekehrte Bedeutung, daß Männer nicht mehr (wie im NS-Staat) allein wegen ihres Geschlechts bevorzugt behandelt werden dürfen.

Auch in sonstiger Hinsicht bietet die Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 3 GG keine Anhaltspunkte dafür, daß der Verfassungsgeber verfassungsrechtliche Schranken gegen die Förderung von Frauen zum Schutz männlicher Bewerber aufrichten wollte.

Die Diskussion im Parlamentarischen Rat zu Art. 3 GG (damals noch Art. 4) drehte sich ausschließlich um die Formulierung »Männer und Frauen sind gleichberechtigt«, nicht aber um die Diskriminierungsverbote, die aufgrund der Erfahrungen des NS-Staats *unstreitig* waren.

In der Entstehungsgeschichte dieses Gleichberechtigungsartikels ist im übrigen interessant, daß subjektiv, nach den Motiven der damaligen Abgeordneten, die

<sup>16</sup> Hinzutritt Art. 6 Abs. 2 Berliner Verfassung: »Die Frau ist auf allen Gebieten des staatlichen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens dem Manne gleichgestellt.« (vgl. Pfennig/Neumann, Die Berliner Verfassung, 2. Aufl., 1987, Erl. 13).

Gleichberechtigung im Herrenheimseer Entwurf und seinen Beratungen (in denen nur Männer vertreten waren) keine Rolle spielte. Sie wurde erst während der Debatten im parlamentarischen Rat erörtert, und zwar auf Drängen der weiblichen Abgeordneten, insbesondere Elisabeth Selbert (SPD) und Helene Wessel (CDU). Eine Aufnahme in das Grundgesetz war aber erst möglich, nachdem diese Abgeordneten mit unzähligen zustimmenden Briefen aus der Bevölkerung geradezu überschwemmt wurden. Die Gründe für die Aufnahme in das Grundgesetz waren hierbei nicht prinzipieller Art, wie dies nach den Erfahrungen in der Weimarer Republik und in der NS-Zeit nahe gelegen hätte, sondern praktischer Art, von den Erfahrungen des Krieges geprägt: Man müsse die Gleichberechtigung akzeptieren, weil Frauen im Krieg »gleich viel wie die Männer« gearbeitet hätten.<sup>17</sup>

Dementsprechend behandelt auch das Bundesverfassungsgericht Fragen der Gleichberechtigung ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 2 GG (BVerfGE 26, 265; 31, 1 (4); 52, 369 (373 ff.)), klammert diese Fragen also aus Art. 3 Abs. 3 GG aus; die zu Art. 3 Abs. 3 GG entschiedenen Fälle betreffen Differenzierungen nach Abstammung, Heimat, Herkunft (BVerfGE 9, 124 (128); 2, 266 (286); 5, 17 (22)), religiösen Bekenntnissen (BVerfGE 19, 1 (11)), Sprache (BVerfGE 64, 135 (157)), nicht nach Geschlecht. In der sog. Rentenalterentscheidung (BVerfGE 74, 163 (179)) hat das Bundesverfassungsgericht dies noch einmal bestätigt und ausgeführt, daß Art. 3 Abs. 2 GG dem in Art. 3 Abs. 3 GG geregelten Diskriminierungsverbot (gegenüber Frauen) entspricht.

Selbst wenn aber Art. 3 Abs. 3 GG – entgegen der hier vertretenen Auffassung – als echtes Diskriminierungsverbot (zugunsten der Männer) interpretiert werden sollte, wäre dadurch eine verfassungsrechtliche Schranke für Ausgleichsmaßnahmen zugunsten von Frauen nicht gegeben, wenn diese in Einklang mit Art. 3 Abs. 2, Art. 33 Abs. 2 GG stehen. Denn Art. 3 Abs. 3 GG verbietet nur die zweck- und zielgerichtete Benachteiligung (»wegen«), nicht aber Nachteile oder Vorteile, die nur die Folge einer anders intendierten Regelung ist (BVerfGE 75, 40 (75)).

Wenn somit Frauen»förder»maßnahmen, die verfassungskonform sind, zur (zwangsläufigen) Folge haben, daß je nach Einzelfall die Frau die begehrte Stellung erhält, ist dies keine (bezweckte) Benachteiligung des (unterlegenen) männlichen Bewerbers, die Ausgleichsansprüche rechtfertigen würde.

Auch im Bereich des sonstigen Leistungsrechts hat der Gesetzgeber durch soziale Ausgleichs- oder Fördermaßnahmen in Kauf genommen, daß andere Sachgebiete oder Personengruppen faktisch ungleich behandelt werden. So ist die bevorzugte

<sup>17</sup> *Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates 17. Sitzung (03.12.1948)*

Frau Dr. Selbert (SPD): »Die Frau, die während der Kriegsjahre auf den Trümmern gestanden hat und den Mann an der Arbeitsstelle ersetzt hat, hat heute einen moralischen Anspruch darauf, so wie der Mann bewertet zu werden.«

<sup>42. Sitzung (18.01.1949)</sup>

Dr. Strauß (CDU): »Gerade die vergangenen Jahre haben wohl jedem Mann einschließlich der Junggesellen vor Augen geführt, daß die Aufgaben der Frau fast sogar noch schwerer – auch physisch schwerer – sind als die des Mannes. Die meisten deutschen Frauen sind nun schon seit Jahren berufstätig, ebenso die Männer, aber sie haben zusätzlich zu den Aufgaben der Männer noch die Aufgaben des Haushalts und der Kindererziehung. Viele deutsche Männer haben erst in diesen Jahren erfahren, was Haushaltarbeit bedeutet, besonders wenn sie gezwungen waren, an dieser Haushaltarbeit mitzuwirken. Infolgedessen durfte es gar keinen Zweifel – abgesehen von einigen Hinterwäldlern – auch unter den Junggesellen darüber geben, daß wir die Gleichberechtigung der Frau in jeder Beziehung (...) anerkennen und verlangen.«

*Schriftlicher Bericht des Hauptausschusses für den Parlamentarischen Rat*

»Zur Begründung ist dabei ausgeführt worden, daß die Frau auf allen Rechtsgebieten die gleichen Rechte wie der Mann haben müsse; denn sie habe in den Kriegsjahren den Mann in der Arbeitsstelle ersetzt.«

Behandlung oder Förderung der Landwirtschaft keine Benachteiligung der gewerblichen Wirtschaft im Rechtssinne, die zu Ausgleichsansprüchen berechtigt.

Geht man davon aus, daß Ausgleichsmaßnahmen zugunsten von Frauen im Rahmen des Art. 3 GG allein nach Abs. 2 zu beurteilen sind, ist festzuhalten, daß auch die hier in Rede stehende Quotierung in § 8 Abs. 1 LADG dem Art. 3 Abs. 2 GG entspricht und die dem Gesetzgeber eröffneten Gestaltungsspielräume nicht überschreitet. § 8 Abs. 1 LADG soll wie auch § 8 Abs. 2 LADG die Verwaltung verpflichten, von der traditionellen *de-facto*-Bevorzugung männlicher Bewerber im öffentlichen Dienst, insbesondere in den höheren Funktionen, abzurücken und einen gerechten Ausgleich für Frauen durch ihre zeitweilige Bevorzugung bei Einstellung und Beförderung zu schaffen. Dies entspricht dem Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG zu positiver Gestaltung des Gleichberechtigungssatzes.<sup>18</sup>

c) Zu prüfen ist schließlich, ob § 8 Abs. 1 LADG einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG<sup>19</sup> darstellt. Art. 33 Abs. 2 GG lautet:

»Jeder Deutsche hat nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.«

Die Tatsache, daß aufgrund der Auswahlkriterien des § 8 Abs. 1 LADG mehr Frauen als bisher eingestellt werden (sollen), ist keine Benachteiligung der Männer im Sinne eines Verstoßes gegen das Prinzip des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG. Diese Verfahren sollen gerade den gleichen Zugang von Frauen zum öffentlichen Dienst sichern.

Allerdings dürfen diese Ausgleichsmaßnahmen nicht dazu führen, daß die Chancen der männlichen Bewerber in unverhältnismäßiger Weise gemindert werden; insfern ist Konkordanz der widerstreitenden Interessen herbeizuführen.<sup>20</sup> So wäre es nicht zulässig, wenn bis zur Erreichung der 50%-Quote keine männlichen Bewerber Berücksichtigung finden würden. Dem trägt § 8 Abs. 1 LADG jedoch Rechnung, indem er die bevorzugte Einstellung von Frauen nur »unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit« vorsieht; dies erlaubt eine Auslegung in dem Sinne, daß den Einstellungsbehörden ein weiter Spielraum in der Weise eröffnet wird, verschiedene Systeme der Berücksichtigung auch männlicher Bewerber zu entwickeln, was z. B. bis zur Durchführung des sog. Reißverschlußsystems (ein männlicher Bewerber, eine weibliche Bewerberin) bei Erfüllung der jeweiligen funktionsbedingten Qualifikationsvoraussetzungen (§ 8 Abs. 3 LADG) reichen könnte.<sup>21</sup>

Die prinzipielle Bevorzugung weiblicher Bewerber in § 8 Abs. 1 LADG ist also nicht, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechte männlicher Bewerber,

<sup>18</sup> Die Vorschrift will nicht an Traditionen festhalten, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen (BVerfGE 15, 337 (343)); sie ist also kein bloßer »Reflex« der Wirklichkeit (BVerfGE 57, 335 (345 f.)).

<sup>19</sup> Inhaltsgleich ist Art. 13 VVB: »Der Zugang zu allen öffentlichen Ämtern steht jedem ohne Unterschied der Herkunft, des Geschlechts, der Partei und des religiösen Bekenntnisses offen, wenn er die nötige Eignung besitzt.«

<sup>20</sup> OVG Münster, NJW 1989, S. 2560 f.; Benda, (Fn. 7), S. 222 ff.

<sup>21</sup> Eine Beeinträchtigung der Zugangschancen männlicher Bewerber zum öffentlichen Dienst ist – entgegen der Stellungnahme des WPD – auch nicht darin zu sehen, daß Art. 8 Abs. 1 LADG nicht *ausdrücklich* eine zeitliche Begrenzung der Einstellungspflicht der Verwaltung gegenüber Frauen enthält. Die in der Vorbemerkung genannte Stellungnahme des WPD vom 9. 10. 90 befürchtet »überlose Verpflichtungen« der Verwaltung, ja eine »Überrepräsentation von Frauen« (S. 3), ohne allerdings darzutun, warum eine solche verfassungswidrig sein soll. Bereits aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 LADG ergibt sich, daß die Pflicht der Verwaltung nur »so lange (besteht), bis der Anteil der Frauen *mindestens* 50% beträgt«. Nach diesem Zeitpunkt können andere Maßstäbe und Gewichtungen maßgeblich werden, weil dann auch Frauen gegen Frauen konkurrieren werden (z. B. direkte Notenvergleiche, andere Eignungs- oder Befähigungsprofile etc.). Auch das WPD-Gutachten erkennt im übrigen an, daß eine Förderungspflicht der Verwaltung – bis zur 50%-Quote zulässig ist (Mindestgrenze), folgt also im Ergebnis der vorliegenden, allein möglichen Auslegung.

## 2. Ist die 50%-Quote verfassungswidrig?

Weitere Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 1 LADG könnten jedoch bestehen, weil die Vorschrift eine Quote von 50% Frauen fordert, die bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst »mindestens« erreicht werden muß.

a) Die richtige Auswahl der Richtgrößen der Quoten, d. h. das Kriterium, an dem die Quote sich orientieren soll, ist in der Tat umstritten. Das Schrifttum geht z. T. von der Zahl der in der Ausbildung des jeweiligen Sachgebiets/Laufbahn befindlichen Frauen aus, der die Zahl der einzustellenden Frauen entsprechen müsse; zum Teil wird als Richtgröße auch der Anteil der Frauen in der jeweiligen Laufbahn- bzw. Funktionsgruppe genannt, die verfassungsrechtlich unbedenklich sei.<sup>22</sup> Im Hochschulbereich wird schließlich von studentischen Gruppen die Berücksichtigung von Frauen mit »gleichwertiger Qualifikation« im Verhältnis zur Zahl der Hochschulabsolventinnen gefordert.<sup>23</sup>

Andere Regelungen sehen Mindestquoten für beide Geschlechter<sup>24</sup> oder feste Größen anhand der vorhandenen Arbeitsplätze vor. Zu letzterem Bereich gehört § 8 Abs. 1 LADG, der die 50%-Quote für die Zahl der vorhandenen Arbeitsplätze der jeweiligen Funktionsgruppe festlegt.

Im vorliegenden Zusammenhang braucht nicht vertieft zu werden, welche Richtgröße für Quoten die beste oder zweckmäßigste wäre. Denn für die verfassungsrechtliche Prüfung ist es ausreichend, wenn die fragliche Regelung nicht willkürlich und sachlich vertretbar ist. Dies ist hier der Fall. Die 50%-Quote ist an der ungefähren natürlichen Bevölkerungsverteilung (von ca. 50% Männern und Frauen) orientiert und kann jedenfalls nicht als verfassungswidrig bezeichnet werden. Im Gegenteil sprechen zahlreiche Gründe für sie, weil sie das abstrakteste und allgemeinste Kriterium ist, gegen das am wenigsten Einwände erhoben werden können und das auch »Toleranzgrenzen« nach oben und unten (bis rd. 10%) zulassen würde. Die o. g. gesetzlichen Bestimmungen und Entwürfe gehen sämtlich nach sorgfältiger Prüfung durch Experten von dem 50%-Richtwert aus.<sup>25</sup> Schließlich ist dieser Richtwert auch noch unter dem Gesichtspunkt der Funktionszuweisung des öffentlichen Dienstes (Art. 33, Art. 20 Abs. 2 GG) sachlich vertretbar, weil er seine Aufgabe von der staatlichen Gemeinschaft erhält, die auch die Finanzmittel aufbringt und ungefähr zu gleichen Teilen aus Männern und Frauen besteht; auf die Wahlberechtigung bezogen, haben letztere sogar ein Übergewicht (ca. 54%), das zudem in der älteren Generation noch erheblich zunimmt.

<sup>22</sup> Eine solche »fließende« Quote kann – anders als das o. g. Gutachten meint – unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG) zweifelhaft sein. Denn damit würde der aktuelle Anteil von Frauen an Ausbildungs- und Studiengängen oder in den jeweiligen Laufbahn- und Berufsgruppen zu einem bestimmten Zeitpunkt festgeschrieben und damit von der wirtschaftlichen und politischen Entwicklung abhängig gemacht. Frauen würden in dem Maße gefördert, in dem ihre Ausbildung bzw. Berufstätigkeit politisch »Konjunktur« hat oder nicht. Vgl. Benda-Gutachten, a. a. O.

<sup>23</sup> Mitteilungen des Hochschulverbandes 4/90, S. 218.

<sup>24</sup> Im Bereich der politischen Parteien hat die Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Bund) die 40%-Mindestquote für beide Geschlechter für Mandatsträger und Parteiämter in ihre Statuten aufgenommen; diesem Prinzip sind die SPD-Bezirke (z. T. mit unterschiedlicher Quotenhöhe, 25%, 33 1/3% etc.) gefolgt. Sie folgen damit dem Vorbild der norwegischen Arbeiterpartei, die eine Mindestquote von 40% für beide Geschlechter für Partei- und politische Ämter festgelegt hat (zu Frauenquoten in politischen Parteien vgl. Lange, NJW 1988, S. 1174; Holmann, Fn. 7).

<sup>25</sup> Vgl. auch die Presseerklärung des Landespresso- und Informationsdienstes Nordrhein-Westfalen 901/10/90 zur Vorlage des OVG Münster vom 31. 10. 90 hinsichtlich des nordrhein-westfälischen Gleichstellungsgesetzes an das BVerfG.

b) Der Richtwert einer 50%-Quotierung in § 8 Abs. 1 LADG verstößt auch nicht gegen andere Verfassungsbestimmungen, insbesondere nicht gegen Art. 33 Abs. 2, 3 Abs. 3 GG. Auf die grundsätzlichen Ausführungen zu I. 1 a) hinsichtlich des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers zur Durchsetzung der Gleichheitsrechte wird Bezug genommen. Er erstreckt sich auch auf die (zeitweilige) Festlegung eines Richtwertes als Ausgleichsmaßnahme.<sup>26</sup>

*3. Verfassungsmäßigkeit des Begriffs »erforderliche Qualifikation« in § 8 Abs. 1 LADG a. F.*

a) Prüfungsmaßstab im vorliegenden Fall sind die Bestimmungen des Art. 33 Abs. 2 GG (und des inhaltsgleichen, aber subsidiären Art. 13 Berliner Verfassung<sup>27</sup>) über die Qualifikationskriterien für den Zugang zu öffentlichen Ämtern. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat »jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.«

Art. 8 Abs. 1 LADG a. F. kann hinsichtlich seines Wortlauts »erforderliche Qualifikation« verfassungskonform mit den o. g. Bestimmungen ausgelegt werden.

Art. 33 Abs. 2 GG enthält eine staatsorganisatorische und eine grundrechtliche Komponente: Er soll einerseits die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes sicherstellen (staatsorganisatorische Komponente), andererseits jedem Deutschen die gleiche Möglichkeit zum Eintritt in den Staatsdienst sichern (grundrechtliche Komponente). Er gilt nicht nur für Beamtenverhältnisse, sondern auch für Beschäftigungsverhältnisse der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst.<sup>28</sup>

Das Schrifttum enthält zwar viel Grundsätzliches, jedoch zur Konkretisierung und zur Gewichtung dieser Merkmale nur wenige Aussagen; auch das Bundesverfassungsgericht hat hierzu noch keine abschließende Aussage getroffen. Es hat nur einmal in einem Fall einer schwangeren Bewerberin für den öffentlichen Dienst ausgeführt, daß Art. 6 GG es verbiete, in der Schwangerschaft einen vorübergehenden Mangel der Eignung zu erblicken, der die Zurückstellung der Ernennung rechtfertigt (BVerfGE 44, 215), hat also im Ergebnis für den Bereich des öffentlichen Dienstes eine Diskriminierung wegen des Geschlechts für unzulässig erklärt.

Einigkeit besteht nur darüber, daß die Behörde hinsichtlich der *Inhaltsbestimmung* dieser Kriterien einen weiten Beurteilungsspielraum hat und daß diese Kriterien nicht nur für die Einstellung in den öffentlichen Dienst, sondern auch für Beförderung, Entlassung, Zusicherung gelten.<sup>29</sup> Einigkeit besteht ferner darüber, daß auch das *Auswahlverfahren* sachgerecht sein muß.<sup>30</sup> Die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die gerichtlicher Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich sind<sup>31</sup> und jeweils nur auf ein konkretes Amt/Laufbahn bezogen sind.

<sup>26</sup> Vgl. dazu die Anhörungen zum nordrhein-westfälischen Gleichstellungsgesetz sowie zu einem Gleichstellungsgesetz des Bundes (Entwurf der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag, BT Drucks. 10/3728).

<sup>27</sup> Gemäß Art. 13 Berliner Verfassung steht der Zugang zu allen öffentlichen Ämtern »jedem ohne Unterschied der Herkunft, des Geschlechts, der Partei und des religiösen Bekenntnisses offen, wenn er die nötige Eignung besitzt«; vgl. näher Pfennig/Neumann (Fn. 16) Art. 13 Erl. 1, 2, 5 unter Bezugnahme auf Benda/Maihofer u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, 1984, S. 1162.

<sup>28</sup> Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Kommentierung zu Art. 33 Abs. 2 GG Erl. 3 ff. Die Rechtsprechung entnimmt der Vorschrift darüber hinaus einen Anspruch der einzelnen Bewerber darauf, daß über ihre Einstellung in den öffentlichen Dienst nur nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung entschieden wird (Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung; vgl. BVerfGE 7, 398; Maunz/Dürig, ebd., Erl. 11).

Soweit der Staat sich in eigenen Betrieben privatwirtschaftlich betätigt, ist Art. 33 Abs. 2 nicht anzuwenden (Maunz/Dürig u. a., ebd., Bd. 2, Art. 33, Erl. 12, 13).

<sup>29</sup> Maunz/Dürig u. a., (Fn. 28) Erl. 16, 18, 19.

<sup>30</sup> Maunz/Dürig, (Fn. 28), Erl. 20.

<sup>31</sup> BVerfGE 15, 39 ff.; 11, 139 ff.

So wird z. B. unter *Eignung* die »ganze Persönlichkeit« des Bewerbers verstanden, über die rein sachlichen Gesichtspunkte hinaus, z. B. charakterliche Eigenschaften, Kooperationsbereitschaft etc.; die Eignung hänge allerdings oft von subjektiven Beurteilungen ab und könne »am wenigsten« durch Zeugnisse erfaßt werden.<sup>32</sup>

Als Befähigung werden u. a. das »handwerkliche Rüstzeug« in Form von Ausbildung, Noten, Prüfungsleistungen genannt, während die »fachliche Leistung« z. T. als »praktische Bewährung« verstanden, zum Teil auch mit der Beurteilung/Note gleichgesetzt wird.<sup>33</sup> Die Übergänge von »Befähigung« und »Leistung« sind daher fließend. Vielfach werden die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG als »Qualifikation« bezeichnet, wobei dann diese auf die Leistung = Note/Beurteilung verengt wird.

Die Diskussion um die »Frauensförderung« wird fast ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der »fachlichen Leistung« geführt, auch von den Befürwortern gesetzlicher Regelungen zur Frauensförderung. Dabei wird verkannt, daß fachliche Leistung nur *ein Teil* der in Art. 33 Abs. 2 GG vorgesehenen Qualifikationsmerkmale – neben denen der Leistung und Befähigung – ist.

Eine Regel dafür, *nach welchen Grundsätzen* die maßgeblichen Auswahlkriterien festzustellen sind, stellt die Verfassung nicht auf. Es fehlt an verfassungsrechtlich verbindlichen Vorgaben, auch wie die *Gewichtung* dieser Merkmale vorzunehmen ist. Sie fehlen auch fast völlig in der juristischen Literatur.<sup>34</sup> Daraus folgt, daß, ähnlich wie bei der Ausgestaltung des Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber bei der Bestimmung und Gewichtung dieser Merkmale ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht. Man könnte einerseits von ihrer prinzipiellen Gleichrangigkeit ausgehen.<sup>35</sup> Denkbar ist aber auch eine *unterschiedliche Gewichtung*, solange sie sich nicht als offenkundig sachwidrig erweist. So gilt z. B. im öffentlichen Dienst bei Einstellungen das (alleinige) Abstellen auf Prüfungsergebnisse sowie für Beförderungen oder Besoldungssteigerungen das Abstellen auf das Dienstalter als sachgerecht.<sup>36</sup> Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, daß die Praxis auf das Dienstalter, also eine unveränderbare *starre* Größe, und eine daraus ableitbare Pauschalvermutung als Hilfskriterium zurückgreifen muß, weil die »fachliche Leistung« nicht ausreichend definiert ist bzw. definiert werden kann. Der Begriff »Eignung« wird häufig auf die bloße gesundheitliche Eignung, die als Abwesenheit von Krankheit verstanden wird (Vorlage eines amtärztlichen Zeugnisses) reduziert. Zu dem Begriff »Befähigung« werden häufig die für die höchste Position der jeweiligen Laufbahn erforderlichen Eigenschaften gerechnet, die entweder nicht oder in Verwaltungsrichtlinien nur vage umschrieben (z. B. »Anpassung«, »Durchsetzungsfähigkeit«, sog. Führungseigenschaften etc.) sind und deren Ausfüllung oft der subjektiven Einschätzung der Beurteiler (insbesondere bei Beurteilungen durch Einzelpersonen) offensteht. Festzuhalten ist danach, daß die Praxis die Inhaltsbestimmung dieser Merkmale nur in unzureichender Weise vorgenommen hat; dies gilt auch für die *Gewichtung*. Sie schöpft den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht aus. Festzuhalten bleibt weiter, daß verfassungsrechtlich gesehen den Einstellungsbehörden bei der Ausfüllung der Qualifikationsmerkmale ein weiter Gestaltungs- oder Ermessensspielraum zusteht, der auch eine unterschiedliche *Gewichtung* erlaubt, solange nur die Qualifikationsmerkmale Befähigung, Eignung, fachliche Leistung *insgesamt* Gleichwertig-

<sup>32</sup> Maunz/Dürig, (Fn. 28), Erl. 192.

<sup>33</sup> Maunz/Dürig, (Fn. 28), Erl. 19, 192.

<sup>34</sup> Vgl. z. B. P. Badura, Staatsrecht, München 1986, S. 103.

<sup>35</sup> So Maunz/Dürig, (Fn. 28), Erl. 20.

<sup>36</sup> Weil, so die Argumente der Praxis, aus Erfahrung vernüftet werden könne, daß eine langjährige Taugkeit, das Vertrautsein mit der Arbeit, zu einer besseren Leistung führe, vgl. Maunz/Dürig, (Fn. 28).

keit ergeben, die allen Bewerbern Zugangschancen sichern.<sup>37</sup> So ist z. B. ein Abgehen vom ausschließlich fachlichen Leistungsvergleich zulässig, wenn die Gesamtwertung im Gleichgewicht ist. Als sachgemäß gilt somit auch eine Stellenvergabe aus sozialstaatlichen Gründen, bei der der Leistungsgesichtspunkt eine geringere Rolle spielt.<sup>38</sup> Wendet man die o. g. Grundsätze auf § 8 Abs. 2 LADG a. F. an, ergibt sich folgendes:

– Maßgeblich für die Auslegung des Begriffs » erforderliche Qualifikation « ist der objektive Wille des Gesetzgebers nach Wortlaut und Sinn (vgl. BVerfGE 8, 274 (307)), wobei auch die Entstehungsgeschichte herangezogen werden kann. Betrachtet man die Vorschrift nach diesen Maßstäben, wird deutlich, daß der Gesetzgeber hier eine andere Gewichtung gegenüber der bisherigen Praxis in der Weise vornehmen wollte, daß im Falle weiblicher Bewerber, die eine schlechtere Note aufweisen (bei gleicher oder besserer Note weiblicher Bewerber stellt sich das Problem ohnehin nicht) als männliche Bewerber, auf den direkten Notenvergleich als ausschließliches Qualifikationsmerkmal verzichtet wird und die etwaige schlechtere Note durch die anderen Qualifikationsmerkmale Eignung und Befähigung kompensiert wird oder werden kann. Diese Merkmale müßten im Sinne der o. g. verfassungskonformen Auslegung vom Senat durch Verwaltungsrichtlinien nach Inhalt und Umfang bestimmt werden (Art. 47 Berliner Verfassung); zulässig wären auch typisierende Fallgruppen.

Daß solche kompensatorischen Gewichtungen gegenüber der *fachlichen Leistung*, die bisher fast ausschließlicher Prüfungsmaßstab bei Einstellungen war, gerade *Frauen* zugute kommt, ist sachgerecht und nicht verfassungswidrig. Diese »Bevorzugung« ist durch die traditionellen Formen der sozialen »Lebensläufe« der Geschlechter bedingt und nicht *immanent* frauenspezifisch. Der Gesetzgeber knüpfte daher hier eigentlich nicht unmittelbar an das *Merktmal* »Frauen« an, sondern begünstigte sie nur deswegen, weil er aufgrund der sozialen Gesamtsituation vermuten konnte, daß Frauen in dem o. g. »Konkurrenzfall« die nicht prüfungsnoten-geprägten Kriterien Eignung, Befähigung derzeit eher erfüllen (können) als männliche Bewerber, jedenfalls im Regelfall.

Dies ergibt sich aus den »typischen« Werdegängen weiblicher Bewerber, die meist eine Familienphase inkl. Kindererziehung aufweisen. Konkurrieren z. B. ein Mann und eine Frau um eine Stelle, wobei der Mann die Examensnote »gut«, die Frau »befriedigend« hat, zusätzlich aber Fähigkeiten und Eigenschaften (Tätigkeiten im familiären/staatlichen/sozialen/gesellschaftlichen Bereich) aufweist, die für die jeweilige Laufbahn- oder Vergütungsgruppe *bedeutsam* sind, müßte die Frau die Stelle erhalten, weil sie den Nachteil der schlechteren Note durch die Merkmale Eignung/Befähigung, hier im Sinne von in der Praxis »erprobter« Integrations-, Anpassungs- und Kooperationsfähigkeit kompensieren kann, sofern sie für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst notwendig sind. Es ist daher nicht so, daß Frauen mit schlechterer Note (als männliche Bewerber) bevorzugt würden; dies geschieht nur dann, wenn sie über die genannten *anderen* Merkmale dieses »Manko« kompensieren können und eine Gesamtwürdigung ergibt, daß sie in der Gesamtsumme (Eignung, Leistung, Befähigung = Qualifikation) gleich oder besser »abschneiden« als der männliche »Konkurrent«. Qualifikation bedeutet somit die *Summe* der für die Aufnahme in den öffentlichen Dienst erforderlichen Merkmale und nicht, wie das o. g. Gutachten von M. Sachs meint, nur die fachliche Leistung (= Note/

<sup>37</sup> Vgl. Benda (Fn. 7), S. 223.

<sup>38</sup> Z. B. Einstellung im Sinne der Wiedergutmachung, Unterbringung von Schwerbehinderten etc.; vgl. Maunz/Dürig u. a. (Fn. 28), Erl. 22; Plog-Wiedow, Kommentar zum BBG, Rdnr. 13 ff. zu § 9 f.

Beurteilung). Die Regelung des § 8 Abs. 1 LADG a. F. bedeutet somit keinen Qualifikationsverzicht, sondern nur, daß die Schwellenhöhe der *fachlichen* Qualifikation (Note) aufgrund sozialspezifischer Nachteile, die sich gerade auf Frauen nachteilig auswirken (z. B. Kindererziehung), nicht in jedem Fall die gleiche wie die männlicher Bewerber sein muß. Diese unterschiedliche Höhe ist nicht leistungswidrig, weil, wie ausgeführt, die Gesamtwertung der Merkmale des Art. 33 Abs. 2 GG entscheidet und sie gerade dazu dient, gleichheitsgemäße Verhältnisse (im Sinne des Art. 3 Abs. 2 GG) durch eine kompensatorische Gewichtung der Merkmale »Eignung« und »Befähigung« herzustellen. Mit anderen Worten: § 8 Abs. 1 LADG a. F. eröffnet die Berücksichtigung von Fähigkeiten und Eignungsmerkmalen (praktischer/sozialer/integrativer etc. Art), die auch im öffentlichen Dienst sowohl im internen Betrieb wie im Verhältnis zum Publikum von Bedeutung sind und diesem bei sachgerechter Handhabung nur förderlich sein können. Verfassungsrechtlich handelt es sich um eine andere *Gewichtung* der Qualifikationsmerkmale des Art. 33 Abs. 2 GG, die gegenüber der bisher recht starren Fixierung der Praxis auf die fachliche Leistung (Note, Bewährung) eine Differenzierung neuer und notwendiger Art beinhaltet. Die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen erfolgt daher nicht ohne individuelle Qualifikation, nur sind die Gewichtungen jetzt anders (evtl. aufgeteilt nach Fachgruppen) verteilt. In der Gesamtwertung muß sich jedenfalls eine Gleichwertigkeit oder Höherwertigkeit mit männlichen Bewerbern ergeben (vgl. Benda, a. a. O., S. 223). Art. 33 Abs. 2 GG wäre somit durch § 8 Abs. 1 LADG a. F. nicht verletzt worden.

Modifizierungen des Leistungsprinzips hat der Gesetzgeber, wie ausgeführt, auch in anderen Fällen festgelegt<sup>39</sup>, so daß § 8 Abs. 1 LADG a. F. nichts *prinzipiell* Neues enthält. Diese Durchbrechungen des Leistungsprinzips werden mit dem Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt; gegenüber den bevorzugten Gruppen bestehe eine besondere Fürsorgepflicht des Staates.<sup>40</sup> Diese Grundsätze gehen auf den Gedanken zurück, gewisse Gruppen, die durch nicht in ihrer Person liegende Umstände schlechtere Startchancen im Erwerbsleben haben, in das Erwerbsleben besser einzugliedern. Dieser Gedanke liegt auch der vorliegenden Regelung zugrunde: Frauen, falls sie bei der Bewerbung um die Einstellung eine schlechtere Note als männliche Bewerber aufwiesen, sollen gleichwohl bevorzugt berücksichtigt werden, um ihre familiär und sozial bedingten regeltypischen Erschwernisse im unmittelbaren Notenvergleich auszugleichen, falls sie die genannten Kriterien aufweisen können.

Davon, daß diese Erschwernisse spezifisch für die »Regelkarriere« von Frauen bestehen (z. B. Doppelbelastung Haushalt/Familie/Beruf), jedenfalls nach der bisher noch bestehenden Arbeitsteilung in Staat/Wirtschaft/Gesellschaft mit weitgehend traditionellen Leitbildern und Wertvorstellungen, ist als Tatsache auszugehen, wie sie durch die Statistik und zahlreiche empirische Untersuchungen erhärtet ist.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> So etwa hinsichtlich der bevorzugten Einstellung von Heimkehrern (§ 92 Heimkehrergesetz), Wiedergutmachungsberechtigten (§ 92 BWGöD), Wiederverwendungsberechtigten (§ 71e–k G 131), Schwerbeschädigten (§ 35 Abs. 1 SchwBGB), Soldaten und Angehörigen des Bundesgrenzschutzes auf Zeit (§§ 9, 10 Soldatengesetz, §§ 15, 16 Bundespolizei-BG, § 11 ArbPLSchG).

<sup>40</sup> Matthey, in: I. v. Münch, Grundgesetzkommentar, 2. Aufl., Bd. 2, Erl. 24 zu Art. 33.

<sup>41</sup> Dies gilt auch für den öffentlichen Dienst und dort insbesondere für die höheren Positionen; trotz aller Frauenfördermaßnahmen (Frauenbeauftragte, Frauenförderpläne) ist der Anteil der Frauen nicht signifikant gestiegen (auch nicht in den Ländern mit langjährigen Frauenfördermaßnahmen, wie Hamburg, das in den letzten zwei Jahren 1988–1990 nur einen Zuwachs von 0,2% zu verzeichnen hatte), z. T. sogar rückläufig (vgl. die Übersicht in: Deutscher Juristinnenbund, Sonderband zur Arbeitsstagung 1989, Düsseldorf, 1990, S. 119–167, alle Berufsfelder; Benda (Fn. 7), S. 9 ff.). In vielen Bereichen (insbesondere Hochschulen, Verbände, Ministerialverwaltung) bestehen Null-Quoten. Auch in der ehemaligen DDR ist die Repräsentation von Frauen in höheren Positionen nicht, genauer: noch niedriger als in der ehemaligen Bundesrepublik. Folgende Übersicht hinsichtlich der Hochschulen mag das verdeutlichen: Frauenanteile an den Universitäten der...  
Forts. S. 164

Von einer Änderung kann vorläufig nicht ausgegangen werden. Die Statistik zeigt vielmehr, daß die o. g. Belastungen für Frauen eher zunehmen werden, da der Zunahme der Erwerbstätigkeit von Frauen nicht eine gleiche Zunahme der Heim-/Hausarbeit von Männern gegenübersteht.

Auch die Art und Weise des *Zustandekommens* der jeweiligen Leistungsanforderungen in Ausbildungs- und Prüfungsordnungen, die für den Eintritt in den öffentlichen Dienst maßgeblich sind, spielen für eine sozialstaatlich motivierte Berücksichtigung von Frauen eine Rolle. Denn diese Anforderungen sind von der abstrakt-bürokratisch geprägten Arbeits- und Berufswelt geprägt, die spezifische Lern- und Wissenssysteme, -begriffe und -inhalte vermitteln, die *andere* Fähigkeiten und Kenntnisse, die die berufliche Entwicklung von Frauen prägen, nicht oder kaum berücksichtigen. Bei stärkerer Konkurrenz von Frauen besteht die Gefahr, daß die traditionell männlich geprägten Leistungsanforderungen zu Lasten der Frauen verschoben (z. B. von vornherein schlechtere Noten) werden, wie zahlreiche Beispiele zeigen.<sup>41a</sup>

Die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen gem. § 8 Abs. 1 LADG a. F. stellt auch keinen Verstoß gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit als Teil des Rechtsstaatsprinzips dar. Sie ist hinsichtlich ihres *Wirkungsbereiches* begrenzt, weil sie nur die Fälle betrifft, in denen weibliche Bewerber im *direkten Notenvergleich* mit männlichen Bewerbern *schlechter* abschneiden. Da nach den bisherigen Erfahrungen (so z. B. bei Einstellungen in den Justizdienst) Frauen oft bessere Noten als männliche Bewerber haben, werden sie bereits nach diesem Kriterium berücksichtigt werden müssen; § 8 Abs. 1 LADG a. F. war insoweit nur Kollisionsnorm.

In dem eben beschriebenen eingeschränkten Wirkungs- oder Geltungsbereich war § 8 Abs. 1 LADG a. F. auch nicht unverhältnismäßig in qualitativer Hinsicht. Er ist viel »weniger« als die o. g. Ausgleichsmaßnahmen für bestimmte benachteiligte Gruppen (Soldaten auf Zeit u. a.)<sup>41b</sup>, die »trotz« etwaiger schlechterer Leistungen einzustellen sind. Hier geht es aber nicht darum, daß jede Frau, die sich um Einstellung in den öffentlichen Dienst bewirbt, ohne Rücksicht auf die Notenhöhe (fachliche Leistung) eingestellt werden müßte, wenn nur die nach den Prüfungsordnungen vorgeschriebene Mindestnote erreicht ist, wie die Gegner von Gleichberechtigungsregeln befürchten. Sondern es geht, wie ausgeführt, darum, daß Frauen erst dann eingestellt werden, wenn sie dieses »Manko« durch die *anderen Qualifikationsmerkmale* Eignung und Befähigung ausgleichen können. Es geht hier also nur darum, daß § 8 Abs. 1 LADG die Merkmale Eignung, Befähigung und fachliche Leistung *anders*, d. h. *gleichmäßiger* als die bisherige Praxis gewichtet (so, wie dies auch der Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG nahelegt), die oft nur auf die Note/Beurteilung starrt. Dies kommt vor allem nach den derzeitigen Verhältnissen (s. o.) weiblichen Bewerbern zugute. Die Vorschrift des § 8 Abs. 1 LADG a. F. ist daher streng genommen gar keine Bevorzugung weiblicher Bewerber »wegen des Ge-

Forts. v. S. 163

... Bundesrepublik		... DDR	
Professoren	5%	4,3%	Professoren
Dozenten	11%	10,9%	Dozenten
Assistenten	14%	16,6%	Oberassistenten
Wissenschaftl. Mitarbeiter	20%	rd. 37,5%	Assistenten
Studenten	41%	51%	Studenten
Abschlüsse:		Abschlüsse:	
26%	9%	37,5%	14,5%
Promotionen	Habilitationen	Promotionen	Habilitationen

(Quelle: Spiegel 8/1990, S. 150)

<sup>41a</sup> Vgl. Pfarr-Fuchsloch, a. a. O., m. w. N.

<sup>41b</sup> S. o. Anm. 39.

schlechts«, sondern lediglich eine andere, gleichmäßiger Gewichtung der Merkmale Eignung, Leistung, Befähigung, die sich *zur Zeit* vorwiegend zugunsten weiblicher Bewerber auswirkt. Die Vorschrift trägt damit, ähnlich wie die Rentenregelung für Frauen in § 25 Abs. 3 AVG, der sozialen Wirklichkeit Rechnung, einer Wirklichkeit, die bisher *überwiegend* und *vor allem* Frauen betrifft (BVerfGE 74, 163 (183)). Sie kann sich aber auch bei einer Änderung dieser Verhältnisse zugunsten von Männern auswirken.

Der Berliner Gesetzgeber hat diesen Überlegungen sinnfällig dadurch Rechnung getragen, daß er in der Schlußabstimmung des LADG am 29. 11. 1990 in § 8 Abs. 3 einen zweiten Satz eingefügt hat, nach dem Familienarbeit, soziales Engagement oder ehrenamtliche Tätigkeit Bestandteile der Qualifikation = Eignung, fachliche Leistung, Befähigung i. S. der Absätze 1 und 2 sind. Der »verlorene« bzw. »aufgegebene« Begriff der »erforderlichen« Qualifikation ist somit durch diesen Zusatz in etwa ausgeglichen, gewissermaßen verdeutlicht worden.

b) Es fragt sich weiter, ob der Begriff »erforderliche Eignung« in § 8 Abs. 1 LADG a. F. bei dessen Vorliegen Frauen bevorzugt zu berücksichtigen sind, männliche Bewerber in ihrem Recht aus Art. 3 Abs. 1 und 3, 33 Abs. 2 GG verletzt.

– Bereits oben wurde ausgeschürt, daß alle, d. h. auch männliche Bewerber, ein gleiches Recht auf Zugang, d. h. auf schlerfreie Ermessensausübung bei Durchführung der Auswahlverfahren haben. Dieses Recht darf auch bei sozialstaatlich gebotenen Ausgleichsmaßnahmen nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Dies ist jedoch hier nicht der Fall. § 8 Abs. 1 LADG gebietet nämlich nicht, daß *immer* nur Frauen (bei Vorliegen der »erforderlichen Qualifikation«) in ununterbrochener Folge zur Erreichung der 50%-Grenze eingestellt werden müssen, noch enthält die Formulierung einen *Zeitraum*, in dem die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen zu erfolgen hat. Daß auch männliche Bewerber Berücksichtigung finden können/müssen, wird zudem durch die Formulierung »unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit« gewährleistet. Die Vorschrift enthält somit genügend Spielraum, um auch die Bewerbungschancen männlicher Bewerber zu wahren. Es wird Sache des Senats sein, durch Erlass entsprechender Richtlinien (gemäß Art. 47 Abs. 2 Berliner Verfassung) die Einzelheiten zu regeln.

– Die Vorschrift stellt auch keine (gezielte) Diskriminierung männlicher Bewerber »wegen ihres Geschlechts« im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG dar. Gleichberechtigungsfragen werden, wie ausgeführt, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausschließlich am Maßstab des Art. 3 Abs. 2 GG gemessen, der insoweit *lex specialis* ist. Daß § 8 Abs. 1 LADG a. F. mit zulässigen Mitteln gerade die Gleichberechtigung herstellen will, wurde bereits ausgeführt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die von § 8 Abs. 1 LADG a. F. bezeichnete differenzierende Gewichtung der Qualifikationsmerkmale Eignung, Leistung, Befähigung zugunsten von Frauen keine erheblichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift begründeten und daß diese verfassungskonform ausgelegt werden konnte (vgl. BVerfGE 8, 210 (221); 46, 166 (184)). Es war hier nicht zu prüfen, ob diese Entscheidung des Gesetzgebers bzw. diese Auslegung die allein richtige oder zweckmäßige ist. Maßgeblich war allein, daß sich die Regelung im Rahmen des durch Art. 33 Abs. 2 GG dem Gesetzgeber bzw. den Einstellungsbehörden eröffneten Spielraums hielt und nicht willkürlich war, weil sich jedenfalls sachgerechte Gründe für sie finden ließen (Vermutung für die verfassungskonforme Auslegung).<sup>43</sup>

43 Vgl. BVerfGE 2, 266 (282) und st. Rspr.; vgl. BVerfGE 33, 78 (83, 87).

## II. Verfassungsmäßigkeit von § 8 Abs. 2 LADG?

### 1. Ist die Quotierung im Aufstiegs- und Beförderungswesen zulässig?

Zur Zulässigkeit einer *prinzipiellen* Bevorzugung von Frauen bei Beförderungen, wenn sie »gleichwertige Qualifikationen« gegenüber männlichen Bewerbern haben (Quotierung), kann auf die bisherigen Ausführungen (Ziff. I 1) Bezug genommen werden. Die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG gelten für den gesamten Bereich des öffentlichen Dienstes, auch für Aufstiegs- und Beförderungsverfahren. Hinsichtlich der Richtwerte für die vorgesehene Quotierung (50%) wird auf die Ausführungen zu Ziff. I 2 Bezug genommen, die entsprechend auch für Aufstiegs- und Beförderungsverfahren gelten.

### 2. Ist die Bevorzugung weiblicher Bewerber bei »gleichwertiger« Qualifikation verfassungsgemäß?

#### a) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers?

Wie der Begriff »erforderliche Qualifikation« im Sinne von § 8 Abs. 1 LADG a.F. verfassungskonform ausgelegt werden kann, kann auch der Begriff »gleichwertige« Qualifikation im Falle von Beförderungen von Frauen verfassungskonform, d. h. in Einklang mit der Verfassung ausgefüllt werden<sup>44</sup>, wobei auch die Entstehungsgeschichte mit herangezogen werden kann.

Ein Vergleich mit § 8 Abs. 1 LADG a.F. ergibt zunächst, daß dort die »erforderliche Qualifikation« durch den Klammerzusatz »(Eignung, Befähigung, fachliche Leistung)« definiert ist, während § 8 Abs. 2 LADG nur von »gleichwertiger Qualifikation« ohne Zusatz spricht. Hieraus sowie aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, Beförderungsverfahren zu regeln, ergibt sich bei der hier gebotenen objektiven Auslegung, daß der Begriff »gleichwertige« Qualifikation enger als in Absatz 1 zu fassen ist und sich vornehmlich auf die *fachliche Leistung* bezieht. Er kann insofern als in etwa gleichbedeutend mit dem Begriff »vergleichbare« Qualifikation angeschenen werden, der ebenfalls die fachliche Seite eines Bewerbers betrifft. Diese Gewichtung ist auch sachgerecht, weil im Fall von Beförderungen ein längerer Zeitraum für die fachliche Bewährung zur Verfügung steht, die in dienstlichen Beurteilungen ihren Niederschlag finden, während bei den Einstellungen diese Leistungen nur in Form der Zeugnis-/Prüfungsnoten vorliegen.

Der Begriff »gleichwertige« Qualifikation erlaubt darüber hinaus auch die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte, die für das Beförderungsamt förderlich oder notwendig sind (z. B. Bewährung in der Weiter- oder Fortbildung, ehrenamtliche Tätigkeiten mit sozialen Verantwortungsbereichen u.a.), was in entsprechenden Verwaltungsvorschriften zu konkretisieren wäre (Art. 47 Abs. 2 Berliner Verfassung). Dies ist sachlich vertretbar und hält sich damit im Rahmen des dem Gesetzgeber bei der Verwirklichung der Gleichberechtigung zustehenden Gestaltungsspielraums. Solange die Maßnahme nicht willkürlich ist und sich, wie ausgeführt, sachliche Gründe für sie finden lassen, ist gegen sie unter *verfassungsrechtlichen* Gesichtspunkten nichts einzuwenden (s. o. Ziff. I. 1a). Auch in anderen Rechtsvorschriften verwendet der Gesetzgeber die Begriffe »gleichwertige« Leistung (vgl. z. B. § 44 Abs. 2 Hochschulrahmengesetz: Berufung als Professor u. a. dann, wenn »in der Regel« eine Habilitation oder »gleichwertige« Leistungen vorzuweisen sind), die nicht willkürlich und somit verfassungskonform sind.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 2, 266 (282) und st. Rspr., vgl. BVerfGE 33, 78 (83, 87).

*b) Verstoß gegen andere Verfassungsnormen?*

Die bevorzugte Beförderung von Frauen im Falle »gleichwertiger« Qualifikation verstößt auch nicht gegen Bewerbungschancen männlicher Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG. Es sind prinzipiell dieselben Erwägungen maßgebend, die bereits unter Ziff. I. 1c ausgeführt wurden und auf die insoweit Bezug genommen wird. Insbesondere werden die Chancen männlicher Bewerber nicht in unvertretbarer Weise eingeschränkt, da § 8 Abs. 2 LADG weder besagt, daß nur Frauen befördert werden dürfen noch einen Zeitraum für die Erreichung der 50%-Quote nennt. Vielmehr können auch Beförderungen gem. § 8 Abs. 2 LADG wirksam jeweils nur »unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit« vorgenommen werden, was einen ausreichenden Spielraum für die Berücksichtigung auch männlicher Bewerber (bis hin zum »Reißverschluß«-System) eröffnet. Auch hier ist festzuhalten, daß der Raum für die Anwendung des § 8 Abs. 2 LADG ohnehin begrenzt ist, weil er nur die Fälle »gleichwertiger« Leistungen/Qualifikation betrifft. Haben Frauen bessere Qualifikationen als Männer, sind sie bereits nach geltendem Laufbahnrecht zu befördern; im Falle nicht »gleichwertiger«, d. h. schlechterer Qualifikation findet § 8 Abs. 2 LADG ebenfalls keine Anwendung.

*c) Vergleich mit Art. I Nr. 2 Frauenförderungsgesetz Nordrhein-Westfalen*

Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 LADG bietet zu verfassungsrechtlichen Zweifeln auch nicht im Hinblick auf das derzeit anhängige Normenkontrollverfahren (Art. 100 GG) beim Bundesverfassungsgericht<sup>45</sup> im Hinblick auf § 25 Abs. 5 LBG NRW i. d. F. des Art. I Nr. 2 Frauenförderungsgesetz (Nordrhein-Westfalen) 1988 Anlaß. Nach dieser Vorschrift sind Frauen bei »gleicher Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung bevorzugt zu befördern, soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsaamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.«

Aus der Tatsache, daß diese Vorschrift zur Überprüfung an das Bundesverfassungsgericht vorgelegt worden ist, kann für die vorliegenden Rechtsfragen nichts hergeleitet werden. Sie bleibt bis zur Entscheidung in Nordrhein-Westfalen geltendes Recht; sie ist im übrigen für die vorliegende Berliner Vorschrift nicht unmittelbar relevant, da sie sich schon im Wortlaut (»gleichwertige Qualifikation) von der zur Prüfung anstehenden Norm (»gleiche« fachliche Leistung, Eignung, Befähigung) signifikant unterscheidet.

<sup>45</sup> Das OVG Münster hat im Verfahren einer von einem männlichen Bewerber beantragten einstweiligen Anordnung gegen die Beförderung einer weiblichen Konkurrentin Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift geäußert und die Entscheidung über die einstweilige Anordnung bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgesetzt (Beschluß des OVG Münster vom 23. Oktober 1990 – 12 B 2298/90 – 2 L 423 Arnsberg). S. auch oben Fn. 3.