

ÖffR Fallbearbeitung

Jan Ebeling*

Die lästige »Frauen«quote

Der Beitrag behandelt die in der universitären Fallbearbeitung selten vorkommenden besonderen Gleichheitsgrundrechte, konkret die Verfassungsmäßigkeit einer Quotenregelung für die Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst nach dem geltenden nds. Gleichbehandlungsgesetz. Prozessualer Anlass ist eine konkrete Normenkontrolle, womit es sich um eine unübliche Kombination handelt.

SACHVERHALT:

Nach der Sommerpause des Jahres 2023 erkennen die Regierungsfractionen des niedersächsischen Landtags, dass der Anteil der Frauen im öffentlichen Dienst in Führungspositionen äußerst gering ist, und beschließen als eine von mehreren Maßnahmen zur Förderung der Gleichberechtigung der Geschlechter das Niedersächsische Gleichberechtigungsgesetz (NGG). Der Entwurf wird am 1.9. beschlossen und tritt zum 15.9. in Kraft. Dieser bestimmt für Stellenbesetzungen:

§ 1 Zielsetzung

(1) Ziel dieses Gesetzes ist es,

1. für Frauen und Männer in der öffentlichen Verwaltung die Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit zu fördern und zu erleichtern sowie

2. Frauen und Männern eine gleiche Stellung in der öffentlichen Verwaltung zu verschaffen.

§ 13 Auswahlkriterien

(5) ¹In einem Bereich, in dem ein Geschlecht unterrepräsentiert ist, darf zur Erreichung des in § 1 Abs. 1 Nr. 2 genannten Ziels bei der Einstellung, Beförderung und Übertragung höherwertiger Tätigkeiten eine Person des unterrepräsentierten Geschlechts bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gegenüber einer Person des anderen Geschlechts bevorzugt werden.² Eine Bevorzugung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn bei der Person des anderen Geschlechts schwerwiegende persönliche Gründe vorliegen, hinter denen das in Satz 1 genannte Ziel zurücktreten

muss und die durch persönliche Gründe, die bei der Person des unterrepräsentierten Geschlechts vorliegen, nicht aufgewogen werden.

Der A ist langjähriger Finanzbeamter und kann auf eine erfolgreiche Karriere zurückblicken. Seit einiger Zeit ist er sogar von der profanen Arbeit der Finanzämter entbunden und an das Finanzministerium abgeordnet. Dort ist zum 1.10.2024 eine Stelle als Referatsleitung ausgeschrieben, die einer höheren Besoldungsstufe entspricht und für die der A fachlich geeignet ist. Seine dienstlichen Leistungsbeurteilungen sind stets vorzüglich, weshalb sich A zunächst sehr sicher wägt, die begehrte Stelle zu erhalten. Neben ihm bewirbt sich noch die Kollegin B auf die Stelle. A und B haben ihre Ausbildung zusammen absolviert, dieselbe Abschlussnote erreicht und dieselbe Laufbahn gewählt; die Leistungsbewertungen der B sind genauso vorzüglich wie die des A.

Als A von dem Gesetzesbeschluss erfährt, fürchtet er um seine ersehnte Beförderung: Er selbst hat drei Kinder, wobei die B kinderlos ist, und nach der alten Beförderungspraxis galt die Anzahl der Kinder als sozialer Grund, der eine bevorzugte Beförderung auslöste. Dies ist nach dem Willen des Gesetzgebers nun ausdrücklich nicht mehr der Fall. Nach der neuen gesetzlichen Regelung des NGG würde nun die B befördert werden. Die für die Stellenbesetzung verantwortliche Staatssekretärin hat zudem bereits durchblicken lassen, dass die Anzahl der Kinder angesichts der klaren gesetzlichen Regelung nun kein überwiegender Grund mehr für eine Beförderung sein könne und sie das NGG, auf das sie sich für ihre Entscheidung beruft, für rechtspolitisch äußerst gelungen halte.

Als der A die Mitteilung über seine Ablehnung erhält, wehrt er sich vor dem Verwaltungsgericht. Er erreicht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, dass die Stelle vorerst nicht besetzt wird. Seine gleichzeitig erhobene Klage auf Besetzung der Referatsleitung mit seiner Person wird im Oktober verhandelt.

Dort bringt der A vor, er sehe nicht ein, dass er jahrelang für den Staat gearbeitet und sich mit der Erziehung von drei Kindern sogar noch mehr für die Gemeinschaft eingebracht habe, nur um jetzt den Kürzeren zu ziehen. Es sei schön und gut, dass etwas getan werde, um Frauen zu unterstützen. Ihm selbst sei bereits aufgefallen, dass ihm bei der Arbeit mit jeder Beförderung immer weniger Frauen begegneten. Aber diese strikte gesetzliche Regelung benachteilige ja nur Männer, die eben häufiger für solche Beförderungsämter zur Verfügung stünden. Viele Frauen entschieden sich ja bewusst gegen eine Karriere. Es sei ungerecht, dass ihm das nun als Nachteil erwachse.

* Der Autor ist Wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie von Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten an der Georg-August-Universität Göttingen. Die vorliegende Fallbearbeitung basiert auf einem fiktiven Übungsfall, der für die vorlesungsbegleitenden Begleitkollegen der hiesigen Juristischen Fakultät im Rechtsgebiet Staatsrecht II (Grundrechte) konzipiert wurde. Zur Veröffentlichung wurde er prozessual neu eingekleidet und inhaltlich ergänzt.

Dennoch sieht es zunächst schlecht für A aus, der vorsitzende Richter R hält die Rechtslage für ziemlich klar, insbesondere sei die Ausnahme des § 13 Abs. 5 Satz 2 NGG keinesfalls erfüllt. Wenn der A vorbringe, Frauen entschieden sich gegen eine Karriere, dann müsse ihm auch vorgehalten werden, er habe sich für seine Kinder entschieden. Das könne er nun nicht als schwerwiegenden persönlichen Grund vorbringen. R sei an die Entscheidung des Gesetzgebers gebunden und könne da auch nichts machen.

Zur Überraschung aller Beteiligten kann der A die Mitglieder der Kammer aber von der Verfassungswidrigkeit des NGG überzeugen: Das Grundgesetz verbiete eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, gerade auch in Bezug auf Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen im öffentlichen Dienst. Die vorliegenden Verstöße gegen Art. 3 und 33 GG seien offenbar und ließen dem Gericht keine Auslegungsspielräume offen.

Infolgedessen setzt die Kammer das Verfahren aus und legt die Sache dem BVerfG im Wege eines Normkontrollantrags nach Art. 100 I GG vor.

Hat der Antrag des Verwaltungsgerichts Aussicht auf Erfolg?

BEARBEITUNGSVERMERK:

Es sind keine Freiheitsgrundrechte zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass das NGG für die Stellenbesetzung maßgeblich ist.

GLIEDERUNG

- A. Zulässigkeit
 - I. Vorlageberechtigung
 - II. Tauglicher Vorlagegegenstand
 - III. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit
 - IV. Entscheidungserheblichkeit
 - V. Form
 - VI. Zwischenergebnis Zulässigkeit
- B. Begründetheit
 - I. Formelle Verfassungswidrigkeit
 - II. Materielle Verfassungswidrigkeit
 - 1. Verletzung von Art. 33 II GG
 - a) Keine Zugangsgleichheit zu öffentlichem Amt
 - aa) Persönliche Voraussetzung: Deutsche
 - bb) Öffentliches Amt
 - cc) Kein gleicher Zugang nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Ungleichbehandlung)
 - (1) Leistungspat
 - (2) Entscheid
 - dd) Zwischenergebnis
 - b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
 - c) Zwischenergebnis
 - 2. Verletzung von Art. 3 III Var. 1 GG
 - a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung
 - aa) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen
 - (1) Wesentlich Gleiches
 - (2) Ungleichbehandlung
 - (3) Zwischenergebnis
 - bb) Anknüpfung an ein verbotenes Kriterium
 - cc) Rechtliche Relevanz
 - b) Rechtfertigung
 - aa) Zwingende biologische Unterschiede
 - bb) Kollidierendes Verfassungsrecht
 - (1) Art. 3 II 2 GG
 - (2) Verhältnismäßigkeit
 - (a) Legitimes Ziel
 - (b) Geeignetheit
 - (c) Erforderlichkeit
 - (d) Angemessenheit
 - (e) Zwischenergebnis
 - cc) Zwischenergebnis
 - c) Ergebnis
 - 3. Verletzung von Art. 3 I GG
 - a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung
 - b) Zwischenergebnis
 - 4. Zwischenergebnis
 - III. Zwischenergebnis Begründetheit
- C. Gesamtergebnis

GUTACHTEN

Der Antrag des Verwaltungsgerichts auf Normenkontrolle gem. Art. 100 I GG und §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit

Zunächst müsste der Antrag zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn alle nachfolgenden Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Vorlageberechtigung

Die Kammer des Verwaltungsgerichts müsste zur Vorlage berechtigt sein. Zur Vorlage berechtigt ist jedes Gericht, das zur Entscheidung in der jeweiligen Sache berufen ist und für dessen Entscheidung es auf die Gültigkeit der gerügten Norm ankommt.¹ Bei der Kammer des Verwaltungsgerichts handelt es sich um das zuständige, erkennende Gericht i.S.d. Art. 100 I 1 GG. Mithin ist sie vorlageberechtigt.

II. Tauglicher Vorlagegegenstand

Weiter müsste es sich bei den §§ 1, 13 NGG² um einen tauglichen Vorlagegegenstand handeln. Gem. Art. 100 I GG kann vorlagefähiger Antragsgegenstand nur ein nachkonstitutionelles Gesetz³ sein, wobei damit ein formelles, d.h. parlamentarisches Gesetz gemeint ist.⁴ Es kann sich dabei gem. Art. 100 I 2 GG auch um Landesrecht handeln. Vorliegend rügt die Kammer die Vereinbarkeit des NGG, eines parlamentarischen Landesgesetzes, mit dem Grundgesetz. Dieses ist zum 15.9.23 und damit zum Zeitpunkt der Verhandlung (»im Oktober«) bereits in Kraft getreten. Demnach liegt ein tauglicher Vorlagegegenstand vor.

III. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Außerdem müsste die Kammer von der Verfassungswidrigkeit überzeugt sein, d.h. sie muss die Norm selbst prüfen, zu

¹ Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer, Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht, 34. Auflage (2022), § 18 S. 271 Rn. 61. Letztlich ist jedes Gericht in jeder Instanz vorlageberechtigt, ausgenommen sind nur private Schiedsgerichte und Rechnungshöfe, vgl. Fleury, Verfassungsprozessrecht, 10. Auflage (2015) S. 35 Rn. 169. Unproblematisch handelt es sich bei der Kammer des VG um ein Gericht, d.h. einen staatlichen Spruchkörper, der gesetzlich mit den Aufgaben der Rechtsprechung betraut, sachlich unabhängig und als Gericht bezeichnet ist, siehe zur Definition Dreier/Wieland, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 3. Auflage (2018), Art. 100 Rn. 14.

² Streitgegenständlich sind lediglich die §§ 1, 13 NGG, sodass sich die Prüfung auch nur auf diese beschränkt. Folgend wird synonym vom NGG (als Ganzem) gesprochen. In der Klausursituation kann dies kommentarlos so erfolgen.

³ Regelmäßig unausgesprochen bleibt, dass das Gesetz wenigstens »existent« sein muss, Fleury (Fn. 1), S. 36 Rn. 176, was sich typischerweise am Inkrafttreten zeigt, kommt es für die Entscheidungserheblichkeit (s.u.) doch auf eine Divergenz zwischen Gültigkeit und Ungültigkeit der Norm an. Siehe zu den Ausnahmen: Fleury (Fn. 1), S. 22 Rn. 96 ff.

⁴ Dreier/Wieland (Fn. 1), Art. 100 Rn. 17.

dem Ergebnis kommen, dass die Norm verfassungswidrig ist und auch nicht verfassungskonform ausgelegt werden kann. Zweifel an der Verfassungswidrigkeit genügen nicht.⁵ Ausweislich des Sachverhalts konnte A die Kammer von der Verfassungswidrigkeit der §§ 1, 13 NGG überzeugen, sie hält die Verstöße sogar für offenbar. Insbesondere ist sie der Ansicht, ihr verbleibe kein Auslegungsspielraum, sodass auch die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung ausgeschlossen ist. Demnach ist die Kammer des Verwaltungsgerichts i.S.d. Art. 100 I 1 GG von der Verfassungswidrigkeit der gerügten Normen überzeugt.

IV. Entscheidungserheblichkeit

Darüber hinaus müsste es gem. Art. 100 I 1 GG auf die Gültigkeit der §§ 1, 13 NGG für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommen, sie müssten entscheidungserheblich sein. Das ist dann der Fall, wenn das Verwaltungsgericht im Falle der Ungültigkeit der Normen zu einem anderen Ergebnis kommt als im Falle ihrer Gültigkeit. Die Normenkontrolle muss letztlich für die Entscheidung des anhängigen Verfahrens unerlässlich sein.⁶ Im vorliegenden Fall liegt es genau so: Wenn sich die §§ 1, 13 NGG als verfassungswidrig herausstellen, entfällt die Rechtsgrundlage, aufgrund derer die zuständige Staatssekretärin S die bevorzugte Besetzung der Referatsleitung mit B vornimmt. Strenggenommen musste S die Stelle nicht unter Berufung auf § 13 V 1 NGG mit B besetzen, da das Leistungsniveau von A und B laut Sachverhalt vergleichbar ist. In diesem Fall hätte die Ungültigkeit des NGG nicht zu einer anderen Entscheidung des Verwaltungsgerichts geführt, weil es nicht auf das Gesetz ankäme. Gleichwohl hat sich die S ausdrücklich auf das NGG berufen, sodass die gerichtliche Überprüfung der bevorzugten Auswahl der B von der Verfassungsmäßigkeit der gerügten Normen abhängt. Folglich ist die Gültigkeit der gerügten Normen gem. Art. 100 I 1 GG entscheidungserheblich.

V. Form

Von der Einhaltung der Formvorschriften des § 80 II BVerfGG ist auszugehen, insbesondere hat die Kammer das Verfahren laut Sachverhalt ausgesetzt.

Ergänzender Hinweis: Die konkrete Normenkontrolle kennt kein Fristerfordernis und keine Verfahrenskonkurrenzen.

VI. Zwischenergebnis Zulässigkeit

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor, der Normkontrollantrag der Kammer des Verwaltungsgerichts gem. Art. 100 I 1, 2 Alt. 1 GG und §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG ist nach alledem zulässig.

⁵ Fleury (Fn. 1), S. 37 Rn. 181.

⁶ Jarass/Pieroth/Kment, GG, 17. Auflage (2022), Art. 100 Rn. 16.

B. Begründetheit

Der Normkontrollantrag ist begründet, sofern die als verfassungswidrig gerügten §§ 1, 13 NGG tatsächlich mit Normen des Grundgesetzes⁷ unvereinbar sind, Art. 100 I 1, 2 Alt. 1 GG. Das ist der Fall, wenn die §§ 1, 13 NGG formell oder materiell verfassungswidrig sind.

I. Formelle Verfassungswidrigkeit

Das NGG könnte formell verfassungswidrig sein. Um formell mit der Verfassung vereinbar zu sein, müssten die Vorschriften über die Zuständigkeit, das Verfahren und die Form des Gesetzgebungsverfahrens des GG eingehalten worden sein. Mangels eines ausschließlichen, konkurrierenden oder ungeschriebenen Kompetenztitels des Bundes war das Land Niedersachsen für die Gesetzgebung betreffend das NGG zuständig (vgl. Art. 70 GG). Die Vorschriften bzgl. des Verfahrens und der Form von Landesgesetzen sind nicht Regelungsgegenstand des GG, sondern der nds. Verfassung,⁸ die Überprüfung ihrer Einhaltung obliegt nicht dem BVerfG.⁹ Von der Einhaltung der übrigen formellen Anforderungen des GG ist mangels entgegenstehender Angaben auszugehen.¹⁰ Demnach ist das NGG formell verfassungskonform.

II. Materielle Verfassungswidrigkeit

Das NGG müsste auch materiell verfassungskonform sein. Dazu dürfte es nicht gegen inhaltliche Vorschriften des GG verstoßen. In Betracht kommen Verstöße gegen die Art. 33 II, 3 III Var. 1 und 3 I GG.

Hinweis: Selbstverständlich können die Grundrechte auch außerhalb einer Verfassungsbeschwerde Prüfungsmaßstab sein. Gleichwohl ist hier Vorsicht geboten: Es wäre falsch, die Verletzung der Grundrechte des A zu prüfen, da das NGG auf seine *generelle* Vereinbarkeit mit dem GG hin untersucht wird.

1. Verletzung von Art. 33 II GG

Die §§ 1, 13 NGG könnten gegen Art. 33 II GG, das Grundrecht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern, verstoßen. Das ist der Fall, wenn sie einer Personengruppe die Zugangsgleichheit zu einem öffentlichen Amt nach den Kriterien der Eignung, Befähigung sowie fachlichen Leistung verwehren

und dieser ungleiche Zugang nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

a) Keine Zugangsgleichheit zu öffentlichem Amt

aa) Persönliche Voraussetzung: Deutsche

Zunächst ist fraglich, ob die persönliche Voraussetzung, deutsch zu sein, bei den von den Regelungen Betroffenen vorliegt.¹¹ Das Merkmal, »Deutsche[r]« i.S.d. Art. 33 II GG zu sein, wird anhand des Art. 116 GG bestimmt. Es ist davon auszugehen, dass jedenfalls auch deutsche Staatsbürger:innen von den §§ 1, 13 NGG adressiert sind und überwiegend von der Regelung betroffen sein werden. Demnach liegt die persönliche Voraussetzung jedenfalls in Bezug auf diesen Personenkreis vor.

bb) Öffentliches Amt

Weiter müsste es sich bei den in §§ 1, 13 V 1 NGG genannten Stellen (»Einstellung, Beförderung und Übertragung höherwertiger Tätigkeiten« in der »öffentlichen Verwaltung«) um öffentliche Ämter i.S.d. Art. 33 II GG handeln. Mit *Öffentlichem Amt* sind dabei alle beruflichen sowie ehrenamtlichen haupt- und nebenamtlichen Funktionen staatlicher Organe gemeint.¹² Der Anwendungskreis des NGG erstreckt sich auf die gesamte öffentliche (Landes-)Verwaltung, hiervon sind jedenfalls auch die staatlichen Organe, wie Ministerien und Landesbehörden, erfasst. Demnach handelt es sich bei den in § 13 V 1 NGG genannten Stellen in der öffentlichen Verwaltung auch um öffentliche Ämter.

cc) Kein gleicher Zugang nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Ungleichbehandlung)

Darüber hinaus müsste eine Ungleichbehandlung dergestalt vorliegen, dass den Regelungsadressat:innen des NGG der gleiche Zugang zu den öffentlichen Ämtern nach den Kriterien der *Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung* verwehrt wird.

Die Kriterien der Befähigung, fachlichen Leistung und Eignung stellen eine Entscheidung der Verfassung für das Prinzip der Bestenauslese dar. *Befähigung* meint dabei Fähigkeiten wie Wissen, Ausbildung und Erfahrung, die für die jeweilige Tätigkeit erforderlich sind, wobei die *fachliche Leistung* dabei die praktische Bewährung der Befähigung

⁷ Prüfungsmaßstab ist hierbei das *gesamte* Grundgesetz, vgl. Jarass/Pieroth/*Kment* (Fn. 6), Art. 100 Rn. 31 und Lechner/*Zuck*, BVerfGG, 8. Auflage (2019), § 80 Rn. 41 f.; BeckOK GG/*Morgenthaler*, 15.5.2023, Art. 100 Rn. 15.

⁸ Das Gesetzgebungsverfahren ist in den Art. 41 ff. NV geregelt.

⁹ Genauer: Dem BVerfG obliegt die Prüfung der Vereinbarkeit von Landesrecht (im Sinne formeller Gesetze) mit dem GG (und ggf. der Vereinbarkeit mit sonstigem Bundesrecht), nicht aber die Vereinbarkeit mit Normen des Landesverfassungsrechts, hier also den Art. 41 ff. NV. Vgl. Jarass/Pieroth/*Kment* (Fn. 6), Art. 93 Rn. 100 und Dreier/*Wieland* (Fn. 1), Art. 100 Rn. 35.

¹⁰ Es sei beispielsweise das Zitiergebot gem. Art. 19 I 2 GG genannt.

¹¹ Falsch wäre es an dieser Stelle, dieses Tatbestandsmerkmal anhand der Person des A zu prüfen, da die Verfassungsmäßigkeit des NGG abstrakt geprüft wird. In diesem Zusammenhang wird deutlich, weshalb der Ausdruck »konkrete Normenkontrolle« missdeutig sein kann. Präziser wäre es, von einer »abstrakten Normenkontrolle, die anlässlich eines konkreten Falls durchgeführt wird« zu sprechen.

¹² Jarass/Pieroth/*Jarass* (Fn. 6), Art. 33 Rn. 12 und Hömig/Wolff/*Domgörgen*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage (2022), Art. 33 Rn. 3. Die Autoren nehmen eine weite Auslegung des Begriffs vor und beziehen auch die Gemeinden, sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts mit ein. Es kommt also maßgeblich auf die öffentlich-rechtliche Funktion, nicht auf die Staatlichkeit des ausübenden Organs an.

in der Vergangenheit ist, die eine Leistungserwartung für die Zukunft rechtfertigt. Die *Eignung* wiederum meint alle sonstigen geistigen, körperlichen, psychischen und charakterlichen Eigenschaften, die für ein spezifisches Amt von Bedeutung sind.¹³

(1) Leistungspatt

Zwar enthält der Art. 33 II GG die positiv genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung, die zwingend beachtet werden müssen. Daraus folgt insbesondere auch, dass die alternative Anwendung anderer Kriterien nicht erlaubt ist. Gleichwohl fehlt eine Aussage für den Fall, dass die genannten Kriterien auf alle Bewerber:innen gleichermaßen zutreffen (sog. Leistungspatt). In diesem Fall dürfen nach allgemeiner Ansicht ergänzend weitere Kriterien hinzugezogen werden.¹⁴ Das weitere, von § 13 V 1 NGG aufgestellte Kriterium des in einem Bereich unterrepräsentierten Geschlechts ist allerdings umstritten.¹⁵ Das BVerfG hat diese Frage noch nicht abschließend entschieden. Man kann diesbezüglich eine Lösung über den Schutzbereich oder die Rechtfertigung konstruieren:

Bei einer Lösung über den *Schutzbereich* wird der grundrechtlich geschützte Gewährleistungsinhalt (Zugang zu öffentlichen Ämtern nach dem Prinzip der Bestenauslese) durch das angegriffene NGG letztlich nicht betroffen: Es wird allein eine das - im jeweiligen Bereich - unterrepräsentierte Geschlecht bevorzugende Regelung für den schmalen Bereich der gleichen Qualifikation der Bewerber:innen geschaffen. In einer Situation der gleichen Qualifikation der Bewerber:innen müsse die personalverantwortliche Person stets auf andere Kriterien zurückgreifen, sodass es sich nicht einmal um ein grundsätzliches Novum handle. Das Geschlecht der Bewerber:in könne und müsse ggf. als Hilfskriterium herangezogen werden. An die Hilfskriterien werden die Anforderungen formuliert, dass die Einstellung kein Automatismus sein dürfe und Umstände des Einzelfalls mit in die Entscheidung einfließen könnten (Vorhandensein einer sog. Härtefallklausel).¹⁶ Diesen Anforderungen genügt der § 13 V NGG: Es handelt sich um eine Ermessensvorschrift, die durch den Ausnahmetatbestand der überwiegenden, schwerwiegenden persönlichen Gründe ergänzt wird. Nach dieser Ansicht läge bereits keine Ungleichbehandlung vor.

¹³ Jarass/Pieroth/*Jarass* (Fn. 6), Art. 33 Rn. 17.

¹⁴ Dürig/Herzog/Scholz/*Badura*, Grundgesetz Kommentar, Bd. IV, 100. EL (2023), Art. 33 GG Rn. 26; von Münch/Kunig/*Bickenbach*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Auflage (2021), Art. 33 Rn. 76 sowie in Bezug auf reine Frauenquoten: Jarass/Pieroth/*Jarass* (Fn. 6), Art. 33 Rn. 28.

¹⁵ Dreier/*Brosius-Gersdorf*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Auflage (2015), Art. 33 Rn. 117.

¹⁶ Diese Anforderungen entsprechen letztlich der ständigen Rechtsprechung des EuGH, der diese Kriterien in vergleichbaren Fällen bei der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 2 I u. IV Richtlinie 76/207/EWG d. Rates v. 09.02.1976 aufgestellt hat (vgl. EuGH NJW 1997, 3429 ff. u. EuGH NJW 2000, 1549 ff.). Die nationalen Gerichte haben sich dem weitgehend angeschlossen, *Epping*, Grundrechte, 9. Auflage (2021), S. 451 Rn. 852 m.w.N.

Für eine Lösung über die *Rechtfertigung* geht man zunächst für den Tatbestand davon aus, dass eine Ungleichbehandlung vorliegt. Wenn der Art. 33 II GG festlegt, dass ausschließlich die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung angewendet werden dürfen, dann ist eine bzw. jede Anwendung von Hilfskriterien schlicht ein Verstoß gegen diese Norm und damit in der Folge eine Ungleichbehandlung. Für die Rechtfertigung muss zunächst berücksichtigt werden, dass der Grundsatz der Bestenauslese unbeschränkt gilt, d.h. nach allgemeiner Grundrechtsdogmatik schrankenlos gewährleistet wird und dementsprechend nur Hilfskriterien von Verfassungsrang rechtfertigende Wirkung entfalten können, ansonsten müsse per Los entschieden werden.¹⁷ Vorliegend kommt als Rechtfertigungsgrund Art. 3 II 2 GG in Betracht, der allerdings nur relative Quotenregelungen (bei gleicher Qualifikation dürfen Frauen bzw. das unterrepräsentierte Geschlecht bevorzugt werden) rechtfertigt, keine absoluten Quoten (Dienststellen müssen - u.U. bis zu einem bestimmten Zeitpunkt - ein bestimmtes Quorum bei der Stellenbesetzung durch Frauen bzw. das unterrepräsentierte Geschlecht erfüllen).¹⁸ Vorliegend handelt es sich gleichwohl um eine relative Quotenregelung. Auch eine Lösung über die Rechtfertigung nimmt die o.g. Anforderungen an die Hilfskriterien auf,¹⁹ die - wie bereits festgestellt - erfüllt sind. Nach dieser Ansicht läge folglich eine Ungleichbehandlung vor, die allerdings durch Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt wird.

(2) Entscheid

Die beiden Ansichten wenden im Wesentlichen dieselben Kriterien an und gelangen beide zu dem Ergebnis, dass keine Verletzung des Art. 33 II GG vorliegt. Dennoch ist ein Entscheid erforderlich, da ggf. noch die Rechtfertigung geprüft werden muss.

Letztlich überzeugt die Rechtfertigungslösung, da sie näher an Wortlaut und Systematik des Art. 33 II GG liegt: Die öffentlichen Ämter werden nur nach Leistungskriterien vergeben und jede Anwendung anderer als leistungsbezogener Kriterien ist prinzipiell rechtfertigungsbedürftig.²⁰

dd) Zwischenergebnis

Die Anwendung des Kriteriums des unterrepräsentierten Geschlechts in § 13 V NGG stellt eine Ungleichbehandlung in Form des ungleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 II GG dar.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung durch § 13 V NGG, der als Hilfskriterium das unterrepräsentierte Geschlecht in die Personalentscheidung einbezieht, wird durch Art. 3 II 2 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt, der dem Gesetzgeber

¹⁷ Dreier/*Brosius-Gersdorf*, (Fn. 15), Art. 33 Rn. 118.

¹⁸ Dreier/*Brosius-Gersdorf*, (Fn. 15), Art. 33 Rn. 119.

¹⁹ Ebd.

²⁰ Vgl. BeckOK GG/*Hense*, 15.8.2023, GG Art. 33 Rn. 16.

die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter aufträgt, sodass dieser zu ebendieser Durchsetzung verfassungslegitim ungleich behandeln darf. Insbesondere genügt § 13 V GG den weiteren Ausgestaltungsanforderungen (lediglich relative Quote, Ermessensvorschrift, Härtefallklausel, vgl. oben).

c) Zwischenergebnis

Es liegt keine Verletzung des Art. 33 II GG vor.

2. Verletzung von Art. 3 III Var. 1 GG

Allerdings könnten die §§ 1, 13 NGG gegen Art. 3 III Var. 1 GG verstoßen. Voraussetzung dafür ist, dass es sich bei den Regelungen des NGG um eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung handelt, die an ein von Art. 3 III GG verbotenes Kriterium anknüpft und die nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

aa) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Zunächst muss eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegen.

(1) Wesentlich Gleiches

Dabei meint der Begriff des »wesentlich Gleichen« nicht die vollständige Identität der beiden Lebenssachverhalte, sondern die Vergleichbarkeit aufgrund wertender Betrachtung. Dafür wird ein Vergleichspaar gebildet unter Herausarbeitung des nächsthöheren Oberbegriffs.²¹ Der (möglicherweise mehrstellige) Oberbegriff ist der Begriff, der beide Fälle einfängt, aber nach Möglichkeit auch nur diese, d.h. der möglichst eng gewählt ist. Das Differenzierungsmerkmal ist dasjenige Merkmal, das den Unterschied der beiden Fälle ausmacht.²²

Die relevanten Eigenschaften der regelungsbetroffenen Personen – Angestellte und Beamt:innen des öffentlichen Dienstes – können in Bezug auf die geregelten Modalitäten – Einstellung, Beförderung und Übertragung höherwertiger Tätigkeiten – durch den gemeinsamen Oberbegriff der *Stellenbesetzung in der öffentlichen Verwaltung* beschrieben werden. Das die jeweiligen Sachverhalte unterscheidende Kriterium

²¹ Vgl. für die – gewissermaßen metaphysischen – Voraussetzungen dieser Begriffsbildungstechnik vertiefend *Schnapp*, Logik für Juristen, 7. Auflage (2016), S. 30 ff. und für eine Kritik daran *Morscher*, Die wissenschaftliche Definition (2017), S. 209 ff., insb. S. 211.

²² *Epping* (Fn. 16), S. 419 ff. Rn. 776 ff., insb. 782 f., der (nicht nur diktisch) hervorragend darstellt; *Epping/Hillgruber/Kischel*, Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage (2020), Art. 3 Rn. 28 ff., insbesondere 45 f., obgleich dort – gewissermaßen als Kernkriterien – die Persönlichkeitsmerkmale/Nähe zu Art. 3 III GG, gleichzeitige Betroffenheit von Freiheitsgrundrechten und die Verfügbarkeit besonders herausgestellt werden; von *Münch/Kunig/Boysen* (Fn. 14), Art. 3 Rn. 62 f., *Jarass/Pieroth/Jarass* (Fn. 6), Art. 3 Rn. 10 ff.

in § 13 V 1 NGG ist lediglich das (unterrepräsentierte) *Geschlecht*. In der binären Logik des § 1 I Nr. 1 NGG können dies die Geschlechter Mann und Frau sein. Das Geschlecht macht für die berufliche Eignung aber grundsätzlich keinen Unterschied, sodass mit der Bildung eines gemeinsamen, sinnvollen Oberbegriffs der *Stellenbesetzung in der öffentlichen Verwaltung* zunächst etwas wesentlich Gleiches vorliegt.

Vertiefender Hinweis: Den Begriff des Differenzierungsmerkmals präzise zu definieren und zu subsumieren, ist sowohl für die Prüfung essenziell, ob an ein von Art. 3 III GG verbotenes Kriterium angeknüpft wird, als auch für die Fragen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

(2) Ungleichbehandlung

Weiter müsste eine Ungleichbehandlung vorliegen. Das ist der Fall, wenn an die beiden Lebenssachverhalte unterschiedliche Folgen geknüpft werden.²³ Im Falle der Unterrepräsentation in einem Bereich darf das unterrepräsentierte Geschlecht gem. § 13 V 1 NGG bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt eingestellt, befördert oder mit höherwertigen Aufgaben betraut werden. Dabei handelt es sich um eine unterschiedliche, für das jeweils unterrepräsentierte Geschlecht nachteilige Rechtsfolge, also im Ergebnis um eine Ungleichbehandlung.

(3) Zwischenergebnis

Dementsprechend liegt insgesamt eine Ungleichbehandlung von ansonsten wesentlich Gleichem vor.

bb) Anknüpfung an ein verbotenes Kriterium

Das NGG müsste zudem an ein durch Art. 3 III GG verbotenes Kriterium anknüpfen. Hier knüpft der Gesetzeswortlaut direkt an das Geschlecht an. Sofern eine Person zum überrepräsentierten Geschlecht gehört, kann diese nachrangig befördert werden, vgl. oben. Es handelt sich dabei um ein von Art. 3 III GG verbotenes Kriterium.

Ergänzender Hinweis: Dabei sind nicht nur direkte ausdrückliche, sondern auch indirekte, d.h. verdeckte (auch "mittelbar" genannte) Ungleichbehandlungen erfasst. Bei diesen knüpft der Gesetzgeber an andere, als die in Art. 3 III GG genannten, Kriterien an. Infolge der gesellschaftlichen Bedingungen treffen diese aber nur oder überwiegend Träger:innen eines Merkmals des Art. 3 III GG.²⁴

²³ von *Münch/Kunig/Boysen* (Fn. 14), Art. 3 Rn. 62 f. Bemerkenswert, aber im vorliegenden Fall nicht relevant, weil eine Benachteiligung evident vorliegt, ist, dass teilweise eine Benachteiligung gefordert wird. Andere lassen jede Ungleichbehandlung genügen, vgl. *Epping/Hillgruber/Kischel* (Fn. 22), Art. 3 Rn. 19 m.w.N.

²⁴ *Dreier/von Achenbach*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Auflage (2023), Art. 3 II, III, Rn. 41, 39 ff.

cc) *Rechtliche Relevanz*

Die Ungleichbehandlung geht vom selben Hoheitsträger aus, sie ist damit rechtlich relevant.²⁵

b) *Rechtfertigung*

Gleichwohl könnte die Differenzierung zwischen den Geschlechtern verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Es sind nur solche Differenzierungen zulässig, die der Lösung von Problemen dienen, die ihrer Natur nach nur bei einem Geschlecht auftreten oder die durch kollidierendes Verfassungsrecht rechtfertigbar sind.²⁶

aa) *Zwingende biologische Unterschiede*

Es könnte ausnahmsweise an zwingende biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern angeknüpft werden.²⁷ Entsprechende biologische Unterschiede, die eine Bevorzugung i.S.d. § 13 NGG rechtfertigen, sind gleichwohl nicht ersichtlich.

bb) *Kollidierendes Verfassungsrecht*

(1) Art. 3 II 2 GG

Es kommt aber eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht. Vorliegend könnte Art. 3 II 2 GG rechtfertigend anwendbar sein. Dieser geht über das Ungleichbehandlungsverbot des Art. 3 III GG hinaus und normiert ein Gleichbehandlungsgebot sowie den Auftrag, die Gleichberechtigung der Geschlechter tatsächlich zu fördern.²⁸ Aus Art. 3 II 2 GG ergibt sich die Aufgabe des Gesetzgebers, die Lebensverhältnisse von Männern und Frauen²⁹ anzugleichen. Frauen müssen die gleichen Erwerbschancen wie Männer haben. Überkommene Rollenverteilungen dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.³⁰

Es lässt sich tatsächlich beobachten, dass Frauen trotz rechtlicher Chancengleichheit in leitenden Positionen unterrepräsentiert sind.³¹ Daraus kann geschlossen werden,

dass Frauen im Berufsleben vielfach verdeckten Diskriminierungen ausgesetzt sind und daher – gerade bei der Bewerbung um höher qualifizierte Stellen – erheblichen Nachteilen ausgesetzt sind.

Diese Nachteile dürfen verfassungslegitim durch den Gesetzgeber ausgeglichen werden. Die Entscheidungsquote kann demnach grundsätzlich durch den Verfassungsauftrag aus Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt werden.

(2) *Verhältnismäßigkeit*

Sie müsste gleichwohl auch verhältnismäßig sein. Das ist sie, wenn die Quotenregelung ein legitimes Ziel verfolgt, zu dessen Erreichung sie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(a) *Legitimes Ziel*

Das Ziel des NGG ist laut § 1 I NGG die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern sowie die gleiche Stellung von Frauen und Männern in der öffentlichen Verwaltung zu erreichen. Das ist insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 3 II 2 GG ein legitimer Zweck.

(b) *Geeignetheit*

Die Regelung ist zur Erreichung des Zwecks auch geeignet.

(c) *Erforderlichkeit*

Sie müsste auch erforderlich sein. Erforderlich meint, dass keine mildereren Mittel gleicher Eignung gegeben sind. Eine alternative Maßnahme stellt die Erforderlichkeit nur dann in Frage, wenn sie evident in jeder Hinsicht sachlich gleichwertig ist (sog. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers).³² Andere Maßnahmen, wie z.B. die Einrichtung familienfreundlicher Arbeitsplätze o.Ä., sind denkbar, aber nicht gleich effektiv. Eine evident gleich geeignete Maßnahme ist nicht ersichtlich. Dementsprechend ist die Erforderlichkeit gegeben.

(d) *Angemessenheit*

Das NGG müsste zudem angemessen sein. Eine staatliche Maßnahme ist unangemessen, wenn der angestrebte Zweck und das verwendete Mittel außer Verhältnis zueinander stehen. In Bezug auf die Grundrechte aus Art. 3 GG erfolgt

²⁵ Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 6), Art. 3 Rn. 13.

²⁶ Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 6), Art. 3 Rn. 117.

²⁷ Das prägnanteste Beispiel ist die Gebärfähigkeit.

²⁸ Dreier/von Achenbach, (Fn. 24), Art. 3 II, III, Rn. 59.

²⁹ In der herrschenden Kommentarliteratur wird die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des PStG bzgl. Eintragungen im Geburtenregister (BVerfGE 147, 1) dahingehend ausgelegt, dass sich nur das Ungleichbehandlungsverbot des Art. 3 III GG auf das sog. dritte Geschlecht bezieht, nicht aber das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 II GG, siehe paradigmatisch: Epping/Hillgruber/Kischel (Fn. 22), Art. 3 Rn. 183, 219b und Dreier/von Achenbach (Fn. 24), Art. 3 II, III, Rn. 50 ff. Entgegen der herrschenden Meinung lässt sich der Entscheidung an den entsprechenden Stellen, BVerfGE 147, 1 (24, 28 f.), aber nicht entnehmen, dass das BVerfG einer Einbeziehung des dritten Geschlechts in Art. 3 II GG grundsätzlich entgegensteht. Gleichwohl kommt es hierauf in der vorliegenden Fallkonstellation nicht an.

³⁰ BVerfGE 85, 191 (206 f.) (Nachtarbeitsverbot für Frauen).

³¹ Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation

von Frauen und Männern, BT-Drucksache 14/8952, S. 2-4; sowie: Bericht der Landesregierung über die Durchführung des niedersächsischen Gleichberechtigungsgesetzes (NGG) für den Zeitraum vom 01.01.2013 bis 31.12.2017, Nds. LT-Drucksache 18/3741, S. 22 ff., 29 ff.

³² Dreier/Schulze-Fielitz, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Auflage (2015), Art. 20 Rn. 192, 191. Der Gesetzgeber dürfe typisieren, Konzepte erproben und die Eignung neuer Organisationsformen prüfen.

Der verfassungsrechtliche Grund dafür ist letztlich der Grundsatz der Gewaltenteilung aus Art. 20 II GG: Hiernach zeigt sich die zurückhaltende Prüfung der Verhältnismäßigkeit als Zurückhaltung der Judikative gegenüber dem Kompetenzbereich der Legislative.

die Prüfung der Angemessenheit anhand eines *stufenlosen* Prüfungsmaßstabs, der zunächst gebildet werden muss.

Beachte: Lange wurde die Prüfung der Verhältnismäßigkeit und insbesondere der Angemessenheit anhand der folgenden Differenzierung vorgenommen: Die sog. *Willkürformel* fand bei einer sachbezogenen Differenzierung außerhalb des grundrechtssensiblen Bereichs statt. Es musste lediglich willkürliches staatliches Handeln ausgeschlossen werden, was immer der Fall war, wenn es plausible, sachliche Gründe für die Differenzierung gab. Demgegenüber stand die sog. *neue Formel*, die bei personenbezogenen Differenzierungen im grundrechtssensiblen Bereich anwendbar war. Gemäß der neuen Formel war umfassend die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Teilweise findet sich diese Zweiteilung noch in der Fallbearbeitung. Es entspricht aber der nunmehr herrschenden Dogmatik des BVerfG, stets die Verhältnismäßigkeit zu prüfen, wobei der Prüfungsmaßstab bzw. die Prüfungsdichte anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu bilden ist.³³

Der Prüfungsmaßstab kann bei einem Eingriff mit geringer Intensität auf eine reine Willkürkontrolle beschränkt sein, bei einem Eingriff mit hoher Intensität aber auch eine umfassende Angemessenheitsprüfung nötig erscheinen lassen.

Für eine *geringere Intensität* der Ungleichbehandlung können sprechen: bloß sach- bzw. verhaltensbezogene Ungleichbehandlung; Differenzierungsmerkmal ist für Betroffene verfügbar, d.h. Betroffene können der Differenzierung ausweichen; Gewährung von freiwilligen staatlichen Leistungen; Regelung von Massenentscheidungen; Regelung komplexer Lebenssachverhalte oder Prognoseentscheidung.

Für eine *gesteigerte Intensität* der Ungleichbehandlung können sprechen: personenbezogene Ungleichbehandlung; sachbezogene Differenzierung bewirkt unmittelbar Ungleichbehandlung von Personengruppen; Differenzierungsmerkmal ist für Betroffene nicht verfügbar, Betroffene können der Differenzierung nicht ausweichen; das Differenzierungsmerkmal steht den Merkmalen in Art. 3 III GG nahe oder entspricht diesen; negative Auswirkungen auf den Gebrauch von Freiheitsrechten oder Missachtung des Gebots der Folgerichtigkeit.³⁴

Mit der Anknüpfung an das Geschlecht handelt es sich bereits um ein verbotenes Merkmal des Art. 3 III GG, das zudem personenbezogen ist und von den Betroffenen nicht beeinflusst werden kann. Außerdem ist die Geschlechtsidentität nicht oder höchstens sehr eingeschränkt verfügbar.

³³ Hömig/Wolff/Wolff (Fn. 12), Art. 3 Rn. 6, mit exemplarisch gebildeten sachgebietsbezogenen Prüfungsmaßstäben in Rn. 10, Epping/Hillgruber/Kischel (Fn. 22), Art. 3 Rn. 28 ff., insb. 45 ff. sowie Dreier/von Achenbach (Fn. 24), Art. 3 II, III, Rn. 48., Art. 3 I Rn. 35, 39 ff., insb. 45 ff., die grundsätzlich den stufenlosen Prüfungsmaßstab anwendet, aber sich gegen eine starre Verhältnismäßigkeitsprüfung ausspricht. Diese herrschende Ansicht stützt sich auf BVerfGE 129, 49 (49, 68 f.) (BAföG-Teilerlass).

³⁴ Die Ausführungen zum Prüfungsmaßstab sind von Epping (Fn. 16), S. 432 ff. Rn. 809 ff. übernommen.

Es bestehen auch Folgenachteile, die sich auf die Freiheitsrechte auswirken, z.B. das berufliche Fortkommen (Art. 12 I GG) oder die Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der Karriere (Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG).

Für einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab spricht hier die Komplexität der Lebenssachverhalte. Die Gründe für Unterrepräsentationen sind komplex, sie lässt sich nur unter Berücksichtigung einer Vielzahl gesellschaftlicher Faktoren erklären. Andererseits kann ein solches diffuses Kausalitätsfeld nicht insgesamt dazu führen, dass beim Anknüpfen gesetzlicher Regelungen an höchstpersönliche Merkmale eine geringere gerichtliche Kontrolle stattfindet. Dementsprechend ist in diesem Fall eine umfassende Prüfung der Angemessenheit angezeigt.

Gegen ein angemessenes Verhältnis zwischen Zweck und Mittel des NGG spricht zunächst die besondere Intensität der möglichen Benachteiligungen der Regelungsadressat:innen. Diese tragen auf persönlicher Ebene die Konsequenzen für gesellschaftliche Missstände, auf die sie nur beschränkten Einfluss haben. Die Personen, die sich auf die entsprechenden Stellen bewerben, genügen gerade den Anforderungen, die der Art. 33 II GG und damit die Verfassung an sie stellt. Dazu tritt der Umstand, dass die Gründe für eine Unterrepräsentation eines Geschlechts, z.B. von Frauen in Führungspersonen im öffentlichen Dienst, schwierig zu benennen sind.³⁵ Aus dem o.g. Bericht der Bundesregierung (Fn. 29) ergibt sich, dass relevante Faktoren für den Erfolg der Berufslaufbahn sein können: Leben in alten oder neuen Bundesländern, das Alter, das Bildungsniveau, die staatliche Versorgung mit Altersrenten, die Aufteilung der Familienarbeit, der Gegenstand der Arbeit (insbesondere Sorgearbeit). Dies führt effektiv dazu, dass beispielsweise der Anteil der Frauen in Führungspositionen gering ist, also ist das Zusammenspiel der verschiedenen Faktoren, die zu einer Benachteiligung führen, komplex. Aus dieser Gemengelage eine so intensive Maßnahme wie § 13 V NGG abzuleiten, bedarf deswegen grundsätzlich einer tragfähigen Rechtfertigung.

Weiter kann gegen die Regelung angeführt werden, dass es sich nur um eine Symptombekämpfung³⁶ handelt: Mit dem Führungspersonal in der öffentlichen Verwaltung ist nur eine vergleichsweise kleine Personengruppe angesprochen, die zudem typischerweise ökonomisch gutgestellt ist. Zwar

³⁵ Man kann den vorliegenden Fall, wie hier geschehen, als Beispiel heranziehen. Dabei ist aber Vorsicht geboten, denn es wird nicht der Fall zwischen A und B verhandelt, sondern anlässlich deren Rechtsstreits abstrakt die Verfassungsmäßigkeit des NGG geprüft, vgl. Fn. 11.

³⁶ Vgl. etwa BeckOK GG/Kischel, 15.8.2023, GG Art. 3 Rn. 208a in plakativer Weise zu paritätisch besetzten Wahllisten: »Wie so oft setzt eine Quotierung also in gleichheitswidriger Weise bei den Symptomen an, anstatt in unproblematischer Weise bei den Ursachen zu beginnen: mehr Frauen für die Parteimitgliedschaft zu gewinnen (...).« Zwar handelt sich um einen anderen Kontext, der dahinterstehende Gedanke ist aber übertragbar.

ist der § 13 V NGG neutral formuliert, käme also theoretisch nicht nur dem Führungspersonal zugute. Faktisch relevant wird die Regelung aber im Bereich dieser Personengruppe. Dies war dem Gesetzgeber ausweislich des Sachverhalts nicht nur bewusst, sondern auch von ihm gewollt. Betrachtet man die o.g. für den beruflichen Erfolg relevanten Faktoren, so bestehen zahlreiche Handlungsmöglichkeiten, die ursachennäher wirken: So könnten die Lebens- und Erwerbsbiografien von Frauen aus den sog. neuen Bundesländern etwa im Rentensystem, im Steuersystem usw. bevorteilt werden, bestimmte Höchstalter für Einstellungen in den öffentlichen Dienst für Frauen hochgesetzt werden, bestimmte Qualifizierungs- und Bildungsmaßnahmen für Frauen etabliert werden, bei der Berechnung von Altersrenten bestimmte Sorgearbeit besonders bzw. weitreichender berücksichtigt werden. Es könnten die bestehenden gesetzlichen Maßnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit von Familien- und Sorgearbeit (Mutterschutzgesetz, Elternzeit) ausgeweitet werden oder bestimmte Sorgearbeiten finanziell ausgeglichen oder besonders gefördert werden usw. Gegen einen Verweis auf diese Alternativen spricht gleichwohl, dass für viele der – bloß partikular – genannten, möglichen Maßnahmen, die eher an den Symptomen ansetzen, keine Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen besteht.

Dogmatisch bleibt weiter die Frage zu beantworten, ob das Vorgehen des Gesetzgebers dadurch unangemessen wird, dass das gewählte Mittel der Einführung einer Quote in einem eindeutigen Missverhältnis zu den Zielen der Förderung von Familien- und Erwerbsarbeit sowie der gleichen Stellung von Mann und Frau in der öffentlichen Verwaltung steht, weil die gewählte Maßnahme im Verhältnis zu ihrer einschneidenden Wirkung schlicht ihrem selbstgesteckten Ziel nicht ausreichend dienlich ist.

Für die Beantwortung ist zunächst erneut auf die Einschätzungsprerogative des einfachen Gesetzgebers zu rekurrieren³⁷, der Grundsatz der Gewaltenteilung gebietet eine zurückhaltende Prüfung auch der Angemessenheit. Das Bundesverfassungsgericht stellt keine genuin eigenen Ermessenserwägungen an, sondern überprüft die Erwägungen des Gesetzgebers auf ein auffälliges Missverhältnis.³⁸ Zieht man für die Auslegung den Willen des historischen verfassungsändernden Gesetzgebers bei Einführung des Art. 3 II 2 GG heran, so ergibt sich aus den Materialien, dass die Entscheidung, den Art. 3 II 2 GG als Staatsziel zu formulieren, bewusst getroffen wurde und kein Individualanspruch auf konkrete einzelne staatliche Maßnahmen begründet werden sollte.³⁹ Es sollte eine Förderungspolitik auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene angestoßen werden, der Staat soll nicht nur in rechtliche, sondern auch gesellschaftliche Bereiche wirken, er soll nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers gerade auch auf die Be-

seitigung beruflicher Nachteile hinwirken.⁴⁰ Zieht man dies für die weitere Auslegung heran,⁴¹ so muss besonders betont werden, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber den staatlichen Organen – und damit allen voran dem einfachen Gesetzgeber – möglichst umfassende Handlungsmöglichkeiten einräumen wollte, er hat die konkretere Ausgestaltung bewusst in die politische Sphäre delegiert.⁴² Zudem handelt es sich bei § 13 V NGG um eine Regelung, die auf Beseitigung beruflicher Nachteile zielt, was wiederum ebenfalls dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers entspricht. Mit Schaffung einer Quotenregelung ist außerdem nicht der Anspruch verbunden, dem Auftrag des Art. 3 II 2 GG nunmehr nachgekommen zu sein. Der Sachverhalt spricht von einer von mehreren Maßnahmen, das NGG ist daher im Kontext dieses Bündels und nicht isoliert zu betrachten.

Nach alledem lässt sich festhalten, dass es gerade die Sache des einfachen Gesetzgebers ist, in Bereichen unklarer Kausalität und komplexer Lebenssachverhalte, eine Entscheidung treffen zu dürfen. Ihm steht die Einschätzungsprerogative zu. Die gewählte Regelung entspricht zudem dem Willen des historischen verfassungsändernden Gesetzgebers und enthält Einschränkungen, nämlich eine Öffnungsklausel, um Härtefälle zu vermeiden und eröffnet der Behörde durch die Formulierung mit »darf« einen Ermessensspielraum, wodurch ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, in eine Abwägung einzutreten, die dem Einzelfall gerecht wird. Ein eindeutiges Missverhältnis zwischen Mittel und Zweck kann daher nicht festgestellt werden. Die Regelungen des NGG sind angemessen.

(3) Zwischenergebnis

Das NGG ist folglich insgesamt verhältnismäßig.

cc) *Zwischenergebnis*

Die Ungleichbehandlung ist gerechtfertigt.

c) Ergebnis

Die §§ 1, 13 NGG verstoßen nicht gegen Art. 3 III Var. 1 GG.

3. Verletzung von Art. 3 I GG

Letztlich könnten die §§ 1, 13 NGG gegen Art. 3 I GG verstoßen. Voraussetzung dafür ist, dass eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vorliegt, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist.

³⁷ Vgl. Fn. 32.

³⁸ Vgl. Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Auflage (2018), S. 193 f., Rn. 465 f.

³⁹ BT-Drucksache 12/6000, S. 50.

⁴⁰ BT-Drucksache 12/6000, S. 50.

⁴¹ Das Argument lässt sich zwar problemlos auch aus der allgemeinen verfassungsrechtlichen Dogmatik der Staatszielbestimmungen herleiten, gleichwohl können tiefere Kenntnisse zu den Gesetzgebungsmaterialien des Bundestages in der Klausursituation selbstverständlich nicht erwartet werden.

⁴² Epping/Hillgruber/Kischel (Fn. 22), Art. 3 Rn. 53 ff., insb. 55; Dreier/von Achenbach (Fn. 24), Art. 3 II, III, Rn. 61.

a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

Es liegt eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor: Im Falle der Unterrepräsentation in einem Bereich darf das jeweils unterrepräsentierte Geschlecht gem. § 13 V 1 NGG bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt eingestellt, befördert oder mit höherwertigen Aufgaben betraut werden, vgl. oben B. II. 2. A) aa) (3).

Sind allerdings die jeweiligen Vergleichspaare, die Anknüpfungspunkte der Ungleichbehandlung, identisch, verdrängt Art. 3 III GG als *lex specialis* den Art. 3 I GG im Wege der Spezialität.⁴³ Dies ist vorliegend der Fall, Art. 3 I GG ist nicht anwendbar.

Hinweis: An dieser Stelle lässt sich das Prinzip der Spezialität gut verdeutlichen. Der Art. 3 I GG verbietet generell Ungleichbehandlungen von wesentlich Gleichem bzw. die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem. Der Art. 3 III GG geht darüber hinaus und verbietet die Differenzierung aufgrund bestimmter Kriterien. Er setzt also präzisere Anforderungen an staatliches Handeln und ist demnach spezieller. Nach dem Prinzip der Spezialität (oder auch: *lex specialis derogat legi generali*) verdrängt eine Norm, die präzisere bzw. speziellere Voraussetzungen schafft, die allgemeinere Norm.⁴⁴ Wenn es sich also um das gleiche Vergleichspaar handelt (Stellenbesetzung in der öffentlichen Verwaltung mit Geschlecht als unterscheidendem Kriterium) und keine weitere Ungleichbehandlung in Betracht kommt, enthält Art. 3 III GG die vorrangigen Beurteilungsregeln für die Verfassungskonformität des staatlichen Handelns. Es bleibt dann kein Raum mehr für Art. 3 I GG.

b) Zwischenergebnis

Dementsprechend verstoßen die §§ 1, 13 NGG auch nicht gegen Art. 3 I GG.

4. Zwischenergebnis

Das NGG verstößt nicht gegen inhaltliche Vorschriften des GG und ist demnach materiell verfassungskonform.

III. Zwischenergebnis Begründetheit

Der Normkontrollantrag ist unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Der Normkontrollantrag der Kammer des Verwaltungsgerichts gem. Art. 100 I 1, 2 Alt. 1 GG und §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des BVerfG erwächst gem. § 31 II BVerfGG in Gesetzeskraft.

⁴³ Jarass/Piero/roth/Jarass (Fn. 6), Art. 3 Rn. 134, 4.

⁴⁴ Reimers, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage (2020), S. 107 ff. Rn. 196 ff., insb. 199.