

Entscheidungsanmerkung

Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz, Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG, richterliches Prüfungsrecht

1. a) Eine gesetzliche Bestimmung, nach der Beamtinnen bei im Wesentlichen gleicher Gesamtleistung bevorzugt zu befördern sind, ist bei verfassungskonformer Auslegung zulässig.

b) Unzulässig ist es, dafür ausschließlich das Gesamturteil der aktuellen Beurteilung heranzuziehen und weiteren leistungsbezogenen Kriterien von vornherein keine Relevanz beizumessen. § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW n.F., der dieses Vorgehen gebietet, verstößt gegen den Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG.

2. a) In Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes besteht aufgrund des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung grundsätzlich keine Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG. Anderes gilt nur, wenn dadurch eine endgültige Entscheidung weitgehend vorgezogen würde.

b) Eine solche Vorwegnahme liegt in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten trotz des ausgeweiteten eilrechtlichen Prüfungsumfanges nicht vor. Rechtsfolge der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren vom Gericht angenommenen Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Bestimmung ist deren Unanwendbarkeit. (Leitsätze des *Verf.*)

GG Art. 33 Abs. 2, 100
LBG NRW § 19 Abs. 6
VwGO § 123 Abs. 1

*OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16*¹

I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

1. Verfassungsgegenstand – prozessuale Konstellation

Gegenstand des Verfahrens ist eine Beförderungsentscheidung, die auf der Grundlage des 2016 neugefassten LBG NRW getroffen wurde. Nach § 19 Abs. 6 S. 2 f. LBG NRW n.F. sind Frauen „bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne von Satz 2 ist in der Regel auszugehen, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist.“² Die Vor-

schrift gibt anders gewendet vor, dass (anders als bisher) ältere Beurteilungen nicht mehr herangezogen werden dürfen, um einen Leistungsvorsprung eines Kandidaten zu ermitteln. Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes waren in zahlreichen Beförderungsverfahren die Bewerberinnen und Bewerber neu gereiht worden; mehrere Männer, die nun schlechter gestellt waren, hatten vor den Verwaltungsgerichten Rechtsschutz gesucht. Nach den üblichen beamtenrechtlichen Grundsätzen war dafür ein Antrag auf Sicherungsanordnung nach § 123 S. 1 VwGO notwendig.³ Diese Anträge hatten durch die Bank Erfolg. Das OVG entschied nun über insgesamt sechs Musterbeschwerden, die das beklagte Land dagegen erhoben hatte, und bestätigte die erstinstanzlichen Entscheidungen.

Das OVG stellt zunächst fest, dass es berechtigt ist, über die Verfahren eilrechtlich zu entscheiden, ohne eine Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 GG einzuholen – und das, obwohl es die entscheidungserhebliche Vorschrift des § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW für verfassungswidrig hält und deshalb nicht anwendet.⁴ Im Eilrechtsschutz bedürfe die Vorlagepflicht „regelmäßig aufgrund des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 GG) der Einschränkung“⁵. Für die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes sei wesentlich, dass über den Antrag so bald wie möglich entschieden wird. Das sei bei einer Aussetzung des Verfahrens nicht gewährleistet, eine (Rück-)Ausnahme wegen einer abschließenden Entscheidung oder der weitgehenden Vorwegnahme der endgültigen Entscheidung durch die beantragte vorläufige Regelung liege nicht vor. Denn über das eigentliche Ziel des Antragstellers, nämlich die positive Neubeurteilung seines Beförderungsantrags, werde im Sicherungsverfahren nicht entschieden.

2. Materiell-rechtliche Erwägungen

Materiell sieht der *Senat* die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO als erfüllt an, weil Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft gemacht worden seien (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 und § 294 ZPO). Dafür werden zunächst mustergültig und unter Verarbeitung der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Voraussetzungen des Rechts auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über eine Bewerbung im beamtenrechtlichen Beförderungsverfahren am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamStG dargelegt.⁶ Der Grundsatz der Bestenauslese verlange ein mehrstufiges Verfahren, das von der aktuellen Beurteilung ausgehe und dann in mehreren Schritten alle denkbaren

¹ Im Internet abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2017/6_B_1378_16_Beschluss_20170221.html (23.3.2017).

² Diese Regelung soll nach einem Kaskadenmodell gelten, solange in der Beförderungsstufe ein niedrigerer Frauenanteil als in den vorausliegenden Ämtern der gleichen Laufbahn vorliegt und insgesamt noch nicht 50% Frauenanteil erreicht sind, § 19 Abs. 6 S. 4 LBG NRW.

³ Ein solcher Eilrechtsschutz verhindert als Konkurrentenschutzverfahren eine Ernennung, die jedenfalls grundsätzlich später nicht zurückgenommen werden kann („Ämterstabilität“); dazu umfassend unter Verarbeitung der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben BVerwGE 138, 102 (insb. Rn. 30-40).

⁴ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 5-9, 133.

⁵ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 6.

⁶ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 17-52.

leistungsbezogenen Aspekte ausschärfe, um zu einer Sachentscheidung zu kommen. Davon abgesetzt seien sog. Hilfskriterien, zu denen die Frauenförderung gehöre.

Der *Senat* wendet diese Grundsätze der Rechtsprechung dann auf die Neuregelung des LBG an. Zunächst prüft er § 19 Abs. 6 S. 2 LBG NRW.⁷ Gegenüber der Vorgängerregelung ist nunmehr eine bevorzugte Beförderung bereits bei „im Wesentlichen“ gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung möglich, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Diese Vorschrift könne verfassungskonform ausgelegt werden, wenn und weil sich keine Veränderung des rechtlichen Maßstabs ergäbe. Schon bisher sei die Rechtsprechung davon ausgegangen, dass entsprechende Vorgängerregelungen (konkret: § 20 Abs. 6 S. 2 Hs. 1 LBG NRW a.F.) erst zum Einsatz kommen, wenn nach Auswertung aller zur Verfügung stehenden leistungsbezogenen Erkenntnisse ein Qualifikationsgleichstand bestünde. Nach Auffassung des *Senats* ist also die Regelung wie bisher nur geeignet, die Frauenförderung an die erste Stelle von verschiedenen möglichen Hilfskriterien zu setzen. In diesem Sinn könne der Landesgesetzgeber jedenfalls verstanden werden, so dass eine weitergehende verfassungsrechtliche Kritik nicht durchschlage.⁸

Anders liege es bei § 19 Abs. 6 S. 3 LBG NRW n.F. Die Vorschrift verstößt nach Auffassung des OVG gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Der ausdrückliche Ausschluss einer Einbeziehung von Einzelfeststellungen und älterer Beurteilungen in den Qualifikationsvergleich verändere als Konkretisierung von S. 2 die Maßstäbe in unzulässiger Weise, weil die Bestenauslese unzulässig verkürzt werde.⁹ Das sei nach einhelliger Auffassung der Bundes- und Obergerichte mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. Der Qualifikationsvergleich, der streng getrennt von der Anwendung von Hilfskriterien stattzufinden habe, dürfe nicht auf den Vergleich der letzten Gesamturteile beschränkt werden: „Mit dem Gesamturteil, das regelmäßig aus einer Note, je nach Beurteilungssystem ergänzenden Punktzahlen und evtl. der Binnendifferenzierung dienenden Zusätzen besteht, ist noch nicht alles über die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beamten gesagt.“¹⁰

Der Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG sei schließlich auch nicht durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt.¹¹ Der Verfassungsauftrag einer realen Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern auch in Bezug auf Beförde-

rungsämter könne jedenfalls auf anderem Weg erreicht werden. Der Platz dafür sei das Vorfeld konkreter Auswahlentscheidungen. Insbesondere könne die Qualifikationsbewertung flexibilisiert werden, um typische Nachteile, die vor allem durch die Doppelbelastung von Beruf und Familie entstehen, auszugleichen, etwa in Bezug auf Unterbrechungen der Diensttätigkeit, die Reduzierung der Arbeitszeit oder den verzögerten Erwerb von Führungsqualifikationen. Dafür sei rechtlich unbedenklich, neben dem Leistungsbild stärker die Befähigung und Eignung im engeren Sinn zu gewichten.¹² Eine entsprechende Ausrichtung der Beurteilungspraxis könne durch die obersten Dienstbehörden bzw. den Gesetz- oder Verordnungsgeber vorgegeben werden. Nur so werde auch eine Handhabung erreicht, die nur tatsächliche Nachteile ausgleiche und nicht undifferenziert allen Frauen zugute käme. Daher sei eine Einschränkung der Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG im Wege der praktischen Konkordanz nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig.

II. Anmerkung

1. Übersicht

Das Recht des öffentlichen Dienstes ist immer wieder Gegenstand hochumstrittener Streitfälle. Verschiedene Problemlagen treffen hier aufeinander: Die Anlage des Rechtsgebiets ist schon wegen seiner Mehrebenenstruktur komplex, in der Anteile des internationalen Rechts, des Verfassungsrechts (v.a. Art. 33 GG) und des (bundesrechtlichen wie landesrechtlichen) einfachen Rechts zusammenwirken. Wegen der großen Zahl der Bediensteten und der stark formalisierten Regeln für die Beförderung nach dem Maßstab der Bestenauslese sind Konkurrentenstreitigkeiten ein umfangreiches Alltagsgeschäft der Verwaltungsgerichte, wobei sich insbesondere Sonderregeln für den hier regelmäßig notwendigen Eilrechtsschutz herausgebildet haben (Stichwort „Ämterstabilität“). Und schließlich ist das Dienstrecht immer wieder auch Referenzgebiet für Reformagenden, weil der Gesetzgeber „seine“ Beamten gelegentlich als experimentielles Material ansieht. Kurz: Das Dienstrecht verlangt vom Praktiker und angesichts des hohen Pflichtstoffanteils auch vom Studierenden erhebliche Aufmerksamkeit, ganz falsch wäre die Auffassung, hier handele es sich um ein beliebiges Nebengebiet des besonderen Verwaltungsrechts.

Der vorliegende Fall gibt Anschauung für alle genannten Problemdimensionen: Ausgangspunkt des Rechtsstreits ist die Neufassung des LBG NRW vom 14.6.2016 (GV.NRW. S. 309), in Kraft getreten am 1.7.2016. Die Mehrheit des Landtags und die Landesregierung hatten sich entschlossen, angesichts der Unterrepräsentanz von Frauen in Beförderungsdiensten in § 19 Abs. 6 die rechtlichen Stellschrauben anzuziehen: Nach der neuen Gesetzeslage sollte nicht nur bereits bei im Wesentlichen gleicher Eignung eine Bevorzugung von Frauen möglich sein, sondern dieser Tatbestand sollte nunmehr normativ vorliegen, wenn die aktuelle dienstliche Beurteilung ein gleiches „Gesamturteil“ aufweisen würde.

⁷ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 61-75.

⁸ Der Senat weist hier insbesondere unter Bezug auf seine eigene Rechtsprechung und die von BVerwG und BVerfG auf den notwendig wertenden Charakter in der Praxis von Vergleichsverfahren und den insoweit bestehenden Beurteilungsspielraum des Dienstherrn hin, OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 68 f.

⁹ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 76-100.

¹⁰ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 92.

¹¹ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 101-132.

¹² OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 129 f.

Damit stellte sich der Gesetzgeber gegen die Vorgaben, die Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht für die Auswahlentscheidung im Rahmen der beamtenrechtlichen Bestenauslese entwickelt haben. Ausgangspunkt ist § 9 BeamtStG, der die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 konkretisiert.¹³ Danach sind Auswahlentscheidungen „nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen“. Nach der gefestigten Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die hier im Urteil noch einmal dargelegt wird, sind dabei nacheinander mehrere konkret festgelegte Schritte zu vollziehen, um nach Möglichkeit den oder die bestgeeignete(n) Bewerber(in) auszuwählen: Entscheidend ist für den verfassungsrechtlich geforderten Leistungsvergleich zunächst das abschließende Gesamturteil der aktuellen Beurteilungen, das auch Binnendifferenzierungen enthalten darf („obere Grenze“).¹⁴ In einem zweiten Schritt kann der Dienstherr bei im wesentlicher Eignung auf einzelne Gesichtspunkte von besonderer Bedeutung abstellen, z. B. die dienstliche Erfahrung, die Verwendungsbreite oder die Leistungsentwicklung.¹⁵ Sollte danach noch immer ein Gleichstand festzustellen sein, sind frühere dienstliche Beurteilungen zu berücksichtigen.¹⁶ Erst nach dem Ende dieser „unmittelbar leistungsbezogenen“ Kriterien kommen Hilfskriterien in Betracht, zu denen nach der Rechtsprechung auch die Frauenförderung gehört.¹⁷

Dass die Regelung diese weit ausholende „Ausschärfung“ vorhandener Beurteilungen unterbinden sollte, war genau das Ziel der Gesetzesänderung.¹⁸ Und daher kam es, wie es

¹³ Das BeamtStG von 2008 hat bekanntlich die frühere Rahmengesetzgebungskompetenz abgelöst und gibt nunmehr als Bundesgesetz für die Landesbeamten bestimmte Teil des Statusrechts einheitlich vor, während andere Fragen (wie insbesondere die Besoldung) in die Alleinzuständigkeit der Länder gewandert sind. Vgl. als Rechtsgrundlage Art. 74 Abs. 1 GG, der im Rahmen der Föderalismusreform I 2006 insoweit wie folgt gefasst wurde: „Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: [...] Nr. 27 die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“.

¹⁴ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 30-32, hier wie im folgenden jeweils unter Nachweis höchstgerichtlicher Rechtsprechung.

¹⁵ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 33-46.

¹⁶ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 47-49.

¹⁷ OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 50-52.

¹⁸ LT-Drs. 16/10380, S. 344 f. mit Verweis auf ein Gutachten von *H.-J. Papier*, zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung,

kommen musste und allgemein vorhergesehen worden war: Unmittelbar nach Inkrafttreten ist das Beförderungswesen in NRW in Teilen zum Erliegen gekommen, weil Konkurrenten sich auf Beförderungslisten nach hinten versetzt sahen und wie geschildert Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte bekamen, deren Judikatur hier nun bestätigt wurde.

2. Bewertung

Für eine Bewertung der Entscheidung sind verschiedene Aspekte zu unterscheiden. Infrage steht zunächst, ob an das Vorgehen des Landesgesetzgebers eher *kompetentielle oder materiell-rechtliche Maßstäbe* anzulegen sind. Mehrfach war im Vorfeld geäußert worden, der Bundesgesetzgeber habe für die Fragen der Bestenauslese in § 9 BeamtStG schlicht eine abschließende Regelung getroffen, sodass eine ergänzende Regelung durch das Land an dieser Stelle ausgeschlossen sei – wofür schon spricht, dass es sich eben nicht mehr um eine Rahmenkompetenz alter Art handelt, sondern die Regelung des Bundes eine Vermutung für Vollständigkeit für sich hat und außerdem hier Fragen des Geschlechts für die Fragen der Ernennung im Bundesgesetz sogar ausdrücklich ausgeschlossen sind.¹⁹

Diese Frage konnte das OVG letztlich aber offenlassen, weil es einen inhaltlichen Verstoß gegen die Vorgabe des Art. 33 Abs. 2 GG feststellte: Die neue landesgesetzliche Regelung zieht ein sogenanntes Hilfskriterium vor, bevor die Leistungskriterien ausgeschöpft sind, und verstößt damit gegen die verfassungsrechtliche Pflicht zur Bestenauslese. Wenn man genauer hinschaut, geht es insoweit jedoch nicht einfach um eine Kollision zwischen Bundes- und Landesrecht bzw. zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht. Vielmehr handelt es sich – wie häufig – in Wirklichkeit um ein Problem der (horizontalen) Gewaltenteilung: Art. 33 Abs. 2 GG wird hier so verstanden, wie Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht ihn ausbuchstabiert haben, und dem (Landes-) Gesetzgeber wird ausgeschlagen, diese Rechtsprechung verändern zu können. Das ist umso problematischer, je ausziseliert die entsprechende Judikatur ist; der richterliche self-restraint verdiente hier (in Münster, Leipzig wie Karlsruhe) gelegentlich eine bewusstere „Ausschärfung“.

abrufbar unter http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/presse/pressemitteilungen/Gutachten_Zielquoten.pdf (23.3.2017).

¹⁹ Da es sich um einen Fall der konkurrierenden Gesetzgebung handelt, ist der Landesgesetzgeber gemäß Art. 72 Abs. 1 GG an einer ergänzenden Regelung gehindert, wenn die Regelung erschöpfend bzw. abschließend gefasst ist, vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 72 Rn. 6-14. Einen Verstoß hat insoweit in der Vorinstanz das VG Düsseldorf, Beschl. v. 8.11.2016 – 13 L 2843/16, Rn. 22 ff., festgestellt. Vgl. umfassend ebenso *Oebbecke/Lenz*, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 Abs. 6 LBG, abrufbar unter <http://fdp.fraktion.nrw/sites/default/files/uploads/2017/02/03/oebbeckelenzkompetenzgutachten.pdf>, S. 15-18 (23.3.2017).

Entscheidend und durchschlagend ist freilich im konkreten Fall, dass die Hauptelemente der Rechtsprechung mit starken Gründen unmittelbar gerade aus der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitet werden. Gegen gewisse Differenzierungs-Exzesse der Rechtsprechung mag man begründete Einwendungen erheben. Doch darum geht es im vorliegenden Fall nicht, sondern um die verfassungsrechtlich valide Position, die Ämter des Öffentlichen Dienstes von Patronage und politischen Agenden so gut wie möglich freizuhalten. Dabei kann aber tatsächlich gerade der Rückgriff auf ältere Beurteilungen eine wesentliche Kontrollebene darstellen, weil aktuelle Beurteilungen im Angesicht einer anstehenden Beförderungs- und Konkurrenzsituation nahegelegenerweise vom Anlass bestimmt werden können. Das OVG selber hat in durchaus bemerkenswerter Weise darauf hingewiesen, wie dem – weitgehend ja konsentierten – Ziel einer verbesserten Frauenförderung statt dessen systemgerecht Rechnung getragen werden kann: Vor allem mit einer besser betriebenen Begleitung von Biographien durch ein differenziertes Beurteilungswesen.²⁰

Das Verhältnis von Gesetzgeber und gerichtlicher Entscheidung ist auch *prozessual* im vorliegenden Fall in nicht alltäglicher Weise aufgefasst worden. Zum kleinen Handgepäck des Öffentlichen Rechts in Deutschland gehört, dass die „ewige“ Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Parlamentsgesetzen durch das Grundgesetz in kluger Weise entschieden wurde: Auch das Parlamentsgesetz muss sich an den Vorgaben des Grundgesetzes messen lassen (Art. 20 Abs. 3 GG), zugleich ist der Richter an das Gesetz gebunden (Art. 97 GG). Statt einer inzidenten Normkontrolle durch jeden Richter in jedem Rechtsstreit kommt die Feststellung der Verfassungswidrigkeit nur dem Bundesverfassungsgericht zu, wenn ihm ein Gesetz durch ein anderes Gericht im Weg der konkreten Normkontrolle nach Art. 100 GG vorgelegt wird.²¹

Der damit verbundene Schutz des Parlamentsgesetzes greift nun im vorliegenden Fall ins Leere: Das OVG hat dem Landesbeamtengesetz die Verfassungswidrigkeit attestiert und es daher nicht angewendet, ein klassischer Fall der eigentlich verbotenen durchgreifenden inzidenten Normkontrolle. Zur Begründung führt es die besondere Konstellation des Eilrechtsschutzes an. Wegen des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 GG) müsse der Wortlaut des Art. 100 GG eingeschränkt werden, es gehe nur um eine vorläufige Sicherungsanordnung bei noch offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens. Das ist formal richtig, allerdings angesichts der ganz dominierenden Rolle des beamtenrechtlichen Eilrechtsschutzes nur die halbe Wahrheit; und die Überlegung, dass das Erfordernis einer zeitnahen Entscheidung die Vorlage der Norm in Karlsruhe „im Allgemeinen“ nicht erlaube, überzeugt bei näherem Bedenken kaum: Denn so oder so ist das Bewerbungsverfahren faktisch

gestoppt, ob nun durch Vorlage beim BVerfG oder die „einstweilige“ Verwerfung der Norm durch das OVG – die Verwaltung kann ja (schon zum Schutz der Beigeladenen) das Gesetz trotzdem nicht ohne weiteres unangewendet lassen, so dass in der beamtenrechtlichen Dreieckskonstellation bis zu einer höchstrichterlichen Klärung ein Patt entsteht. Auch wird man die Rechtsprechung des BVerfG in Bezug auf die eilrichterliche Normverwerfungskompetenz durchaus restriktiver verstehen dürfen, als es der *Senat* in Münster getan hat.²² Dennoch ist in der vorliegenden Situation im Ergebnis – gegen deutsche Justiz-Intuition – tatsächlich ein Wahlrecht der Gerichte anzunehmen. Das beste Argument liefern insoweit § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG bzw. § 47 lit. b VerfGHG NRW, wonach eine abstrakte Normenkontrolle als sog. „Normbestätigungsverfahren“ betrieben werden kann, wenn ein Gericht die Norm wegen Hinweis auf dessen Verfassungswidrigkeit nicht angewendet hat. Dieser (ja nach den Grundlehren der konkreten Normenkontrolle eigentlich ausgeschlossene) Fall liegt hier vor, und so ergänzen sich nachvollziehbare Gründe für das Vorgehen im Eilrechtsschutz und der dann einsetzende, nachlaufende Schutz des Gesetzes.²³

3. Schluss

Insgesamt wird man der Entscheidung des OVG also sowohl materiell-rechtlich als (mit Einschränkungen) auch prozessual zustimmen müssen. Bezweifelt werden kann, ob die umfassenden Schlussbemerkungen zu denjenigen Wegen der Frauenförderung, die der *Senat* für zulässig hält, der richterlichen Aufgabe entsprechen; der *Senat* folgt hier einer gewissen neueren Tradition nach Karlsruher Vorbild, mit der Gerichte (mindestens) ihre politische Aufgeschlossenheit und dogmatische Beweglichkeit signalisieren wollen. In der Sache freilich zielen diese Ausführungen auf einen zentralen Aspekt des Beförderungsrechts, der Unterstützung verdient: Um in fairer Weise das beste Personal zu gewinnen und zu verhindern, dass der Öffentliche Dienst als Beute verstanden wird, sind kluge, hinreichend sorgfältige und nachvollziehbare Begründungen für Personalentscheidungen gefragt.

Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Münster

²⁰ Dazu OVG Münster, Beschl. v. 21.2.2017 – 6 B 1378/16, Rn. 129 f.

²¹ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen im Überblick *Pieroth* (Fn. 19), Art. 72 Rn. 6-30. Zur Vorlagepflicht in Bezug auf europäisches Recht BVerfGE 129, 186.

²² Jedenfalls BVerfGE 46, 43 (51); 63, 131 (141); offener bei allerdings anderer Konstellation BVerfGE 86, 382 (389 f.).

²³ Ein solches Normbestätigungsverfahren vor dem VerfGH NRW ist von der Landesregierung nach der Entscheidung des OVG angekündigt worden. Das dürfte auch als landesrechtliches Verfahren mit dem Prüfungsmaßstab der Landesverfassung zulässig sein, weil das OVG auf Art. 33 Abs. 2 GG abgestellt hat, der nach Art. 4 LV Teil der Landesverfassung ist. Die damit angestrebte „schnelle Klarheit“ ist allerdings erstens ohnehin nicht besonders schnell zu erlangen und zweitens, wenn überhaupt, nur als negative Bestätigung der Verfassungswidrigkeit der Norm. Denn andernfalls bleibt die weitere Kontrolle durch das BVerfG unabwendbar.