

Aktenzeichen: 1 AZR 590/92
Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Beschluß vom 22. Juni 1993
- 1 AZR 590/92 -

I. Arbeitsgericht
Bremen

Urteil vom 05. Dezember 1991
- 8 Ca 8034/91 -

II. Landesarbeitsgericht
Bremen

Urteil vom 08. Juli 1992
- 2 Sa 322/91 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Ja



Entscheidungsstichwort:

Quotenregelung zur Frauenförderung - Vereinbarkeit mit nationalem und europäischem Recht

Gesetz:

GG Art. 3, 33; BGB § 611 a; Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen vom 20. November 1990 (GBl. 1990 S. 433) § 4; EG-Richtlinie 76/207 vom 9. Februar 1976 Art. 2; EWG-Vertrag Art. 177 Abs. 3

Leitsatz:

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts sieht eine den öffentlichen Dienst betreffende sogenannte Quotenregelung (hier § 4 Bremisches LGG) als mit nationalem Recht vereinbar an, nach der Frauen gegenüber Männern bei gleicher Qualifikation bevorzugt zu berücksichtigen sind bei der Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit. Er ruft gem. Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag den Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung mit folgenden Fragen an:

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)

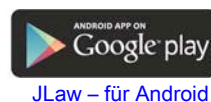


[JLaw – für iOS](#)

(1) Ist Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9. Februar 1976 dahin auszulegen, daß von ihm auch gesetzliche Regelungen gedeckt werden, nach denen bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Vergütungsgruppe Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen sind, wenn Frauen unterrepräsentiert sind, wobei eine Unterrepräsentation vorliegt, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gilt?

(2) Wenn Frage (1) verneint wird:

Ist Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften 76/207/EWG unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahin auszulegen, daß gesetzliche Regelungen unanwendbar sind, nach denen bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Vergütungsgruppe Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen sind, wenn Frauen unterrepräsentiert sind, wobei eine Unterrepräsentation vorliegt, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gilt?



1 AZR 590/92

2 Sa 322/91 Bremen

Verkündet am
22. Juni 1993

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

B e s c h l u ß

In Sachen

pp.



hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung vom 22. Juni 1993 durch den Präsidenten Professor Dr. Kissel, die Richter Professor Dr. Weller und Dr. Rost sowie die ehrenamtlichen Richter Kehrmann und Weinmann beschlossen:

1. Das Verfahren wird ausgesetzt.
2. Der Europäische Gerichtshof wird im Wege der Vorabentscheidung zu folgenden Fragen angerufen:
 - (1) Ist Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9. Februar 1976 dahin auszulegen, daß von ihm auch gesetzliche Regelungen gedeckt werden, nach denen bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Vergütungsgruppe Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen sind, wenn Frauen unterrepräsentiert sind, wobei eine Unterrepräsentation vorliegt, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gilt?
 - (2) Wenn Frage (1) verneint wird:

Ist Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften 76/207/EWG unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahin auszulegen, daß gesetzliche Regelungen unanwendbar sind, nach denen bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Vergütungsgruppe Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen sind, wenn Frauen unterrepräsentiert sind, wobei eine Unterrepräsentation vorliegt, wenn in den einzelnen Vergütungs-



gruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gilt?

G r ü n d e :

I.

Die Parteien streiten über die Besetzung der Stelle eines Sachgebietsleiters beim Gartenbauamt der beklagten Stadt. Um diese Stelle hatten sich sowohl der Kläger als auch die Streitverkündete beworben.

Der Kläger ist Diplom-Ingenieur für Garten- und Landschaftspflege. Er arbeitet seit 1973 im Gartenbauamt der Beklagten im Sachgebiet 21 als gartenbautechnischer Angestellter in der Vergütungsgruppe III BAT. Der Kläger war ständiger Vertreter des Sachgebietsleiters.

Die Streitverkündete schloß ihr Studium als Gartenbauingenieurin 1967 ab und ist seit ihrer Nachdiplomierung im Jahre 1983 Diplom-Ingenieurin für Landschaftspflege. Sie ist seit 1975 gleichfalls als gartenbautechnische Angestellte im Sachgebiet 21 des Gartenbauamtes tätig und in die Vergütungsgruppe III BAT eingruppiert.

Im Juli 1990 wurde durch die Beklagte die Stelle des Sachgebietsleiters für das Sachgebiet 21 des Gartenbauamtes ausgeschrieben: Es handelt sich dabei um eine Stelle der Vergütungs-



gruppe II a/I b BAT. In dieser Vergütungsgruppe sind bei der Beklagten Frauen erheblich unterrepräsentiert.

Aufgrund ihrer Bewerbungen kamen der Kläger und die Streitverkündete in die engere Wahl. Der Personalrat verweigerte nach einem Vorstellungsgespräch mit den Bewerbern die Zustimmung zu der von der Amtsleitung des Gartenbauamtes vorgeschlagenen Beförderung des Klägers. Die angerufene Schlichtung ergab eine Empfehlung für den Kläger. Der Personalrat erklärte daraufhin die Schlichtung für gescheitert und rief die Einigungsstelle an. Diese entschied am 20. Februar 1991 wie folgt:

"Die Zustimmung des Personalrats zu der Maßnahme der Besetzung der Stelle des Leiters/der Leiterin des Sachgebiets 21 des Gartenbauamtes mit Herrn K wird nicht ersetzt.

Begründung: Die Einigungsstelle ist mehrheitlich der Auffassung, daß beide Bewerber gleiche Qualifikation für diesen Dienstposten besitzen und daher - auch auf der Grundlage des Landesgleichstellungsgesetzes - der weiblichen Bewerberin der Vorrang gebührt."

Mit seiner am 15. März 1991 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger von der Beklagten verlangt, die ausgeschriebene Stelle mit ihm zu besetzen. Er hat die Auffassung vertreten, er weise eine bessere Qualifikation als die Streitverkündete auf. Dies habe die Einigungsstelle verkannt. Der Kläger hat gerügt, es sei nicht berücksichtigt worden, daß er im Unterschied zur Streitverkündeten über Erfahrungen in allen Aufgabengebieten, welche die Stellenausschreibung genannt habe, verfüge, exzellente



Leistungen erbracht und Flexibilität sowie Führungsfähigkeit unter Beweis gestellt habe. Die Streitverkündete habe einen wesentlichen Teil ihrer Projekte von ihm übernommen, wenn schwierigere Aufgaben sein Tätigwerden erfordert hätten.

Die Entscheidung der Beklagten, die sich auf den Beschluß der Einigungsstelle stütze, benachteilige ihn wegen seiner Zugehörigkeit zum männlichen Geschlecht. Das bremische Landesgleichstellungsgesetz (LGG) verstoße mit seiner Quotenregelung gegen Art. 2 Nr. 2 BremVerf, Art. 3 Abs. 2 und 3 sowie Art. 33 Abs. 2 GG und § 611 a BGB. Selbst wenn man davon ausgehe, daß die Streitverkündete die gleiche Qualifikation wie er besitze, hätten zu seinen Gunsten soziale Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen. Er sei verheiratet, habe eine nicht berufstätige Ehefrau und zwei Kinder, die sich in der Berufsausbildung befänden.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, die im Beiblatt zum Amtsblatt der Freien Hansestadt Bremen Nr. 17, ausgegeben am 24. Juli 1990, ausgeschriebene Stelle eines Sachgebietsleiters bei dem Gartenbauamt Bremen, Vergütungsgruppe II a/I b BAT, in der Planungsabteilung mit dem Kläger zu besetzen und den Kläger in die ausgeschriebene Stelle einzuweisen;
2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu Ziff. 1
 - a) die Beklagte zu verurteilen, zu erklären, daß der Arbeitsvertrag des Klägers dahingehend abgeändert wird, daß der Kläger die im Beiblatt zum Amtsblatt der Freien Hansestadt Bremen Nr. 17, ausgegeben am 24. Juli 1990, ausgeschriebene Stelle eines Sachgebietsleiters bei dem Gartenbauamt Bremen, Vergütungsgruppe II a/I b BAT, in der Planungsabteilung wahrzunehmen hat,



- b) die Beklagte weiter zu verurteilen, den Kläger in die ausgeschriebene Stelle einzuweisen;
3. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag Ziff. 2
- a) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen,
 - b) die Beklagte zu verurteilen, die Ausschreibung zu wiederholen, mit der Maßgabe, daß die Geschlechtszugehörigkeit keine Berücksichtigung finden darf und sämtliche Leistungen des Klägers und der Streitverkündeten differenziert zu beurteilen sind.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat den Spruch der Einigungsstelle verteidigt. Unter Berücksichtigung des der Einigungsstelle zustehenden Beurteilungsspielraums sei diese zutreffend von der gleichen Qualifikation des Klägers und der Streitverkündeten ausgegangen. An die Entscheidung der Einigungsstelle sei sie durch das Bremische Personalvertretungsgesetz gebunden. Von der Streitverkündeten könne sie erwarten, daß diese aufgrund ihrer beruflichen Erfahrungen die Fähigkeit und die persönliche Eignung für die zu besetzende Stelle besitze. Die Vorschrift des § 4 Landesgleichstellungsgesetz sei verfassungsgemäß.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter, während die Beklagte Zurückweisung der Revision beantragt.



II.

Der Senat sieht sich nach Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag verpflichtet, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen.

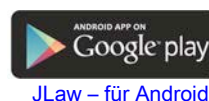
Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt ab von der Anwendbarkeit des § 4 Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen (Landesgleichstellungsgesetz) vom 20. November 1990 (Brem. Gbl. S. 433). Für die Beurteilung dieser Frage wiederum ist erheblich die Auslegung der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9. Februar 1976.

A. Die Vorschriften des nationalen Rechts lassen noch keine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits zu. Der Revision des Klägers kann nicht schon deshalb stattgegeben werden, weil er unabhängig von der Anwendung von § 4 LGG nach dem anzuwendenden nationalen Recht einen Anspruch auf Zuweisung der ausgeschriebenen Stelle hätte. Der Senat stimmt insoweit im Ergebnis und in wesentlichen Teilen der Begründung mit dem angefochtenen Urteil überein. Für die hierfür geltenden Erwägungen beschränkt sich der Senat im Rahmen dieses Vorlagebeschlusses auf eine zusammenfassende Darstellung der wesentlichen Gesichtspunkte.



Allein in Betracht kommende Anspruchsgrundlage ist Art. 33 Abs. 2 GG. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Der Kläger hat gem. Art. 33 Abs. 2 GG aber nur dann einen Rechtsanspruch auf Besetzung der von der Beklagten ausgeschriebenen Stelle eines Sachgebietsleiters beim Gartenbauamt, wenn jede andere Entscheidung der Beklagten, d.h. jede andere Besetzungsmaßnahme, sich als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft erwiese. Die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit dem Kläger müßte sich als die einzig rechtmäßige Entscheidung der Beklagten über die Bewerbung des Klägers darstellen. Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze, die das Bundesarbeitsgericht zum Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst entwickelt hat (vgl. dazu BAGE 28, 62, 66 ff. = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu II bis V der Gründe; BAGE 34, 1, 13 = AP Nr. 9 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu A V 1 der Gründe; BAGE 53, 137, 149 = AP Nr. 26 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu II 4 a der Gründe).

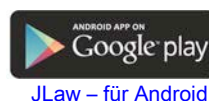
Eine entsprechende Reduzierung des Ermessens der Beklagten käme nur dann in Betracht, wenn der Kläger gegenüber der verbliebenen Mitbewerberin qualifizierter wäre. Dies ist jedoch nicht festgestellt. Der Personalrat hatte dem Vorschlag der Beklagten, dem Kläger die Stelle zu übertragen, nicht zugestimmt. Nach dem Beschluß der für diesen Fall nach geltendem bremischen Personalvertretungsrecht (vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der - soweit hier betroffen - inhaltlich gleichlautenden Regelung des BremPersVG 1957 BVerfGE 9, 268, 284) zuständigen Einigungsstelle ist von einer gleichen Qualifikation beider Bewerber auszugehen.



Dieser nicht anfechtbare Beschluß bindet den Arbeitgeber grundsätzlich. Er muß sich allerdings im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften halten. Bei Beförderungen hat auch die Einigungsstelle den Verfassungsgrundsatz des gleichen Zugangs zum öffentlichen Dienst gem. Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten. Dessen Einhaltung kann inzident im Rahmen der Klage eines abgelehnten Bewerbers überprüft werden (vgl. BAGE 34, 1, 14 = AP Nr. 9 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu A V 2 der Gründe).

Zur Feststellung der Qualifikation des Klägers und derjenigen der Mitbewerberin hatte die Einigungsstelle gem. Art. 33 Abs. 2 GG Eignung, Befähigung und fachliche Leistungen zu berücksichtigen. Ihr stand dabei aber ein Beurteilungsspielraum zu. Die gerichtliche Überprüfung einer Befähigungsbeurteilung beschränkt sich darauf, ob der Arbeitgeber - entsprechendes gilt hier für die an Stelle des Arbeitgebers entscheidende Einigungsstelle - bei seiner Entscheidung alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe beachtet und ob er seine Entscheidung in einem fehlerfreien Verfahren getroffen hat (BAGE 39, 180, 187 = AP Nr. 20 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu C II 1 d der Gründe). Die Gerichte können die angegriffene Beurteilung nicht durch eine eigene ersetzen.

Einer Überprüfung an diesen Grundsätzen hält die Entscheidung der Einigungsstelle stand. Verfahrensfehler sind nicht erkennbar. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Einigungsstelle habe ohne Rechtsverstoß die gleiche Qualifikation beider Bewerber festgestellt. Bei dem Begriff der gleichen Qualifikation handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen An-



wendung durch die Tatsacheninstanz vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Tatsachengericht vom zutreffenden Rechtsbegriff ausgegangen ist, ihn bei der Subsumtion beibehalten hat, ob ihm keine Verstöße gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze unterlaufen sind und ob alle entscheidungserheblichen Tatbestände Berücksichtigung gefunden haben.

Dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung hält das angefochtene Urteil stand. Das Berufungsgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise aus der Tatsache, daß die Amtsleitung in der Einigungsstelle durch Personen vertreten war, die der Kläger im Laufe dieses Verfahrens als Zeugen für seinen umfangreichen Sachvortrag benannt hat, geschlossen, daß der Einigungsstelle alle relevanten Aspekte für die beabsichtigte personelle Maßnahme bekannt waren. Dies gelte hier um so mehr, als die Amtsleitung die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit dem Kläger befürwortet habe. Hiergegen hat der Kläger keine zulässigen Verfahrensrügen erhoben.

Das Landesarbeitsgericht hat weiter ausgeführt, der Entscheidung der Einigungsstelle lägen keine sachfremden Erwägungen zugrunde. Es hat die Entscheidung am Maßstab der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung gemessen. Dabei hat es allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beachtet. Wenn es unter Berücksichtigung der Vorbildung, der Fachkenntnisse, der beruflichen Erfahrung, der bisherigen Bewährung in der jeweiligen Tätigkeit angenommen hat, die Entscheidung der Einigungsstelle halte sich in dem dieser zustehenden Be-



urteilungsrahmen, ist das revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Nach alledem ist davon auszugehen, daß die Einigungsstelle in einem gesetzmäßigen Verfahren alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und hierbei aufgrund allgemeingültiger Bewertungsgrundsätze ohne sachfremde Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt ist, der Kläger und die Streitverkündete seien für die ausgeschriebene Stelle eines Sachgebietsleiters im Gartenbauamt gleich qualifiziert. Diese rechtliche Bewertung steht im Einklang mit den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG und ist damit rechtsfehlerfrei.

B. Danach kommt es für die Entscheidung maßgeblich auf die Frage an, ob die Einigungsstelle die Zustimmung zu der von der Beklagten beabsichtigten Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit dem Kläger mit der Begründung verweigern durfte, diese personelle Maßnahme verstoße gegen das bremische LGG. Verneint man dies, liegt in der Bevorzugung der gleich qualifizierten Mitbewerberin nur wegen ihres Geschlechts eine unzulässige Diskriminierung des Klägers, die zur Rechtswidrigkeit des Beschlusses der Einigungsstelle und damit zu seiner Unverbindlichkeit führt; der Arbeitgeber müßte in diesem Fall eine erneute Entscheidung treffen.

I. 1. § 4 LGG hat folgenden Wortlaut:



"Einstellung, Übertragung eines Dienstpostens und Beförderung

(1) Bei der Einstellung, einschließlich der Begründung eines Beamten- und Richterverhältnisses, die nicht zum Zwecke der Ausbildung erfolgt, sind Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber in den Bereichen vorrangig zu berücksichtigen, in denen sie unterrepräsentiert sind.

(2) Bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppe sind Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen, wenn sie unterrepräsentiert sind. Das gilt auch bei der Übertragung eines anderen Dienstpostens und bei Beförderung.

(3) Unbeschadet dienstrechtlicher Regelungen dürfen bei Bewerbungen um eine andere Stelle den Bediensteten keine Nachteile aus einer Beurlaubung, Ermäßigung der Arbeitszeit oder Teilzeitbeschäftigung erwachsen.

(4) Die Qualifikation ist ausschließlich an den Anforderungen des Berufes, der zu besetzenden Stelle oder der Laufbahn zu messen. Spezifische, zum Beispiel durch Familienarbeit, durch soziales Engagement oder ehrenamtliche Tätigkeit erworbene Erfahrungen und Fähigkeiten sind Teil der Qualifikation im Sinne des Absatzes 1 und 2, wenn sie bei der Ausübung der jeweiligen Tätigkeit dienlich sind.

(5) Eine Unterrepräsentation liegt vor, wenn in den einzelnen Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind. Dies gilt auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktions-ebenen."

2. Nach den von der Revision nicht angegriffenen und damit gem. § 561 ZPO für das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts sind bei der Beklagten Frauen in der Vergütungsgruppe II a/I b BAT, zu der auch die ausgeschriebene Stelle eines Sachgebietsleiters im Gartenbauamt gehört, erheblich unterrepräsentiert. Diese Unterrepräsentation gilt auch für den Bereich des Gartenbauamtes. Da sich die Einstellungsstelle bei ihrer

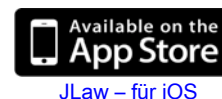


Entscheidung auch dann, wenn keine besonderen Zustimmungsverweigerungsgründe im Personalvertretungsgesetz genannt sind, an geltende Rechtsvorschriften zu halten hat (BAGE 34, 1, 14 = AP Nr. 9 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu A V 2 der Gründe), mußte sie im vorliegenden Fall gem. § 4 Abs. 2 LGG die Zustimmung zur Besetzung der ausgeschriebenen Stelle im Gartenbauamt mit dem Kläger verweigern, nachdem sie die gleiche Qualifikation der beiden Bewerber zu Recht bejaht hatte.

II. Das Berufungsgericht hat die in § 4 Abs. 2 und Abs. 5 LGG enthaltene Quotenregelung zutreffend als mit dem Grundgesetz vereinbar erachtet.

1. Die Zulässigkeit sogenannter Quotenregelungen wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Höchststrichterliche Entscheidungen hierzu liegen bislang noch nicht vor. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Quotenregelungen ist zu unterscheiden. Es gibt sog. "starre" Quoten, die einen bestimmten Prozentsatz zu besetzender Stellen für Frauen unabhängig von deren Qualifikation reservieren. Um eine solche Quotenregelung handelt es sich jedoch bei § 4 LGG nicht. § 4 Abs. 2 und Abs. 5 LGG normiert eine leistungsabhängige Quotenregelung, indem sie die vorrangige Berücksichtigung von Frauen nur für den Fall anordnet, daß zuvor die gleiche Qualifikation von weiblichen und männlichen Bewerbern festgestellt worden ist.

a) Das Oberverwaltungsgericht Münster und Teile des Schrifttums haben die Auffassung vertreten, auch leistungsabhängige Quotenregelungen seien mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbar, weil das Recht



auf Zugang zu öffentlichen Ämtern "jedem" Deutschen, also Mann und Frau gleichermaßen zustehen (vgl. OVG Münster Beschluß vom 23. Oktober 1990 - 12 B 2298/90 - AP Nr. 30 zu Art. 33 Abs. 2 GG, zu II 2 b der Gründe).

Art. 33 Abs. 2 GG enthalte eine verfassungssystematisch abschließende Regelung, die im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 3 GG eine bewußte Bevorzugung von Frauen wegen ihres Geschlechts ausdrücklich und stets und daher auch für vorübergehende Zeit ausschließe (Stober, ZBR 1989, 289, 292). Eine Quotenregelung verändere den individualrechtlichen Charakter des Art. 33 Abs. 2 GG, weil letztlich nicht der einzelne Bewerber, sondern die Eigenschaft der Zugehörigkeit zur Gruppe der Frauen ausschlaggebend für eine Einstellung oder Beförderung sei (Stober, ZBR 1989, 289, 290; ebenso von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 3. Aufl., Art. 3 Rz 211). Es sei mit dem Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG, die Wahl des besten Bewerbers zu ermöglichen, nicht zu vereinbaren, auch bei gleicher Qualifikation zweier Bewerber in der Auswahl nach dem Geschlecht zu differenzieren (Kempen, ZTR 1988, 287, 290).

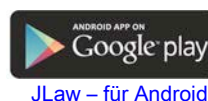
b) Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen (ebenso Battis/Schulte-Trux/Weber, DVBl 1991, 1165, 1166 f.; Benda, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, Gutachten im Auftrag der Leitstelle Gleichstellung der Frau, 1986, S. 179 ff.; Eckertz-Höfer, Festschrift für Simon, 1987, S. 447, 479; Fuchsloch, NVwZ 1991, 442, 443; Maidowski, Umgekehrte Diskriminierung, 1989, S. 154 ff.; Pfarr, Quoten und Grundgesetz, 1988, S. 95; Pfarr/Fuchsloch, NJW 1988, 2201, 2205 f.; Sachs, NJW 1989, 553, 554; Slupik, Die Entschei-



dung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, S. 129 f.). Sowohl die Quotenregelung des § 25 Abs. 5 Satz 2 LBG Nordrhein-Westfalen als auch die hier maßgebliche Bestimmung des § 4 Abs. 2 LGG zeichnen sich dadurch aus, daß sie erst zur Anwendung kommen, wenn anhand der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG eine gleiche Qualifikation der Bewerber festgestellt worden ist. Tatbestandsvoraussetzung des § 4 Abs. 2 LGG ist damit, daß eine an den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG orientierte Auswahlentscheidung nicht möglich ist, weil die Bewerber gleich zu bewerten sind. Die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG berührt damit nicht unmittelbar die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG.

Damit erledigt sich zugleich auch der vom OVG Münster (aaO) und der Revision vorgebrachte Einwand, Quotenregelungen führten dazu, daß in vielen Bereichen des öffentlichen Dienstes auf Jahre kein Mann mehr befördert werden könne und Männer deshalb auf absehbare Zeit keine Chance hätten, auf ihrem beruflichen Weg voranzukommen (in diesem Sinne auch Sachs, NVwZ 1991, 437, 441). Sofern der einzelne Bewerber besser ist als die (auch weiblichen) Mitbewerber, wird er befördert, weil die Quotenregelung nicht zur Anwendung kommt. Daß beruflicher Aufstieg nur bei relativ besserer Qualifikation gesichert ist, ist nicht verfassungswidrig (zutreffend Battis u. a., DVBl 1991, 1165, 1167).

Wenn die Prüfung der Qualifikation von Stellenbewerbern den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG entspricht, aber zu keinem Ergebnis führt, weil zwei Bewerber gleichwertig sind, entsteht eine Pattsituation. Dem öffentlichen Arbeitgeber verbleibt dann



ein Auswahlermessen. Für die nach wie vor offene Entscheidung schreibt Art. 33 Abs. 2 GG jedoch nichts weiter vor (zutreffend Schmidt-Aßmann, NJW 1980, 16, 18). Bei einer Gleichwertigkeit mehrerer Bewerber sind daher andere als die in Art. 33 Abs. 2 GG normierten Maßstäbe erforderlich, um überhaupt eine sachliche Auswahlentscheidung treffen zu können (Battis u. a., DVBl 1991, 1165, 1167; Eckertz-Höfer, aaO, S. 479; Benda, aaO, S. 179; Maidowski, aaO, S. 155).

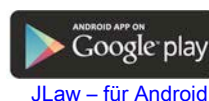
Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang nicht beanstandet, wenn die Behörde bei Beförderungen als Hilfskriterien zur Bewerberauswahl das Lebensalter und das Dienstalster herangezogen hat (BVerwG Urteil vom 25. August 1988 - 2 C 51/86 - NJW 1989, 538; vgl. dazu auch Schmidt-Aßmann, NJW 1980, 16, 18 ff.; kritisch dazu Battis u. a., DVBl 1991, 1165, 1167). Andererseits hat das Bundesverwaltungsgericht es jedoch im Hinblick auf Art. 33 Abs. 3 GG für unzulässig erachtet, bei gleich geeigneten Stellenbewerbern die Auswahl nach der Religionszugehörigkeit zu treffen (BVerwGE 81, 22). Komme die Einstellungsbehörde bei der Beurteilung von Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerber beurteilungsfehlerfrei zu der Überzeugung, daß zwei Bewerber gleichermaßen geeignet seien, so stehe es zwar in ihrem Ermessen, anhand welcher sonstigen Kriterien sie die Auswahl treffe. Der Bewerber dürfe aber nicht aus unsachlichen Gründen vom Zugang zu einem öffentlichen Amt ausgeschlossen werden. Das in Art. 33 Abs. 3 GG verbotene Merkmal der Zugehörigkeit zu einer Konfession sei ein solches unsachliches Kriterium (BVerwGE 81, 22, 26).



2. Für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 2 und 5 LGG ist daher von Bedeutung, ob die von dieser Bestimmung geforderte Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation dem Verbot der Bevorzugung wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 GG widerspricht. Dabei liegt in einer insoweit ermessensfehlerhaften Entscheidung des öffentlichen Arbeitgebers zwar auch ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG, da der "gleiche Zugang" zu öffentlichen Ämtern auch durch fehlerhafte Ausübung des Auswahlermessens unter gleichermaßen geeigneten Bewerbern verletzt wird (insoweit zutreffend OVG Münster Beschluß vom 23. Oktober 1990, aaO, zu II 2 b der Gründe). Gleichwohl geht es hier in der Sache um das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG (Ebsen, Jura 1990, 515, 520). Ein Verstoß des § 4 Abs. 2 LGG gegen Art. 3 Abs. 3 GG ist aber im Ergebnis zu verneinen.

a) Nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts Münster (aaO) verstoßen auch leistungsabhängige Quotenregelungen gegen Art. 3 Abs. 3 GG, weil sie unzulässigerweise wegen des Geschlechts differenzieren. Biologische oder funktionale Unterschiede rechtfertigten die Ungleichbehandlung von Mann und Frau nicht (ebenso Benda, aaO, S. 117; Kruse, DÖV 1991, 1002, 1007; Sachs, NJW 1989, 553, 555).

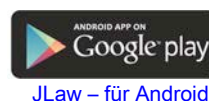
Auch der Gedanke der Kompensation von Nachteilen, die ihrerseits auf biologische Unterschiede zurückgingen, sei als Rechtfertigungsgrund für Quotenregelungen nicht geeignet. Es sei mit dem individuellen Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG unvereinbar, bei einer Wettbewerbssituation zwischen Mann und Frau grundsätzlich die Frau zu bevorzugen und den Mann zu benachteiligen



(OVG Münster, aaO). Der Gesetzgeber könne zwar Nachteile ausgleichen, die typischerweise Frauen in der Vergangenheit erlitten haben. Eine Regelung, wonach ein Mann das Unrecht ausgleichen müsse, das Frauen in der Vergangenheit widerfahren sei, differenziere jedoch unsachlich wegen des Geschlechts.

Diese Auffassung wird auch von Teilen des Schrifttums vertreten. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG enthalten danach ein absolutes Differenzierungsverbot wegen des Geschlechts. Dies gelte auch dann, wenn in der sozialen Wirklichkeit faktische Benachteiligungen von Männern und Frauen eingetreten seien. Art. 3 Abs. 2 GG verpflichte den Staat nur zur rechtlichen Gleichstellung, nicht aber auch zur Herstellung faktischer Gleichheit (so insbesondere von Mangoldt/Klein/Starck, aaO, Art. 3 Rz 209; Kempen, ZTR 1988, 287, 291; Kowal, ZRP 1989, 445, 448; Schmitt Glaeser, DÖV 1982, 381, 386).

Im Schrifttum wird weiterhin darauf hingewiesen, daß eine Quotenregelung auch nicht als sozialstaatlich motivierte Ausgleichsregelung zum Abbau typischerweise bestehender Benachteiligungen angesehen werden und so die Diskriminierung wegen des Geschlechts rechtfertigen könne (Sachs, NVwZ 1991, 437, 440 ff.; Huster, AöR 1993 (118), S. 109, 116 f.; Kruse, DÖV 1991, 1002, 1006 ff.). Zweifelhaft sei schon, ob überhaupt von einer typischen Benachteiligung ausgegangen werden könne. Was die Gleichsetzung von Frauen mit Opfern einer vom alten Rollenverständnis geprägten Personalpolitik betreffe, verliere sich der Bezugspunkt der Typisierung in den Nebeln einer Spekulation um die Motivationslage der Bediensteten, die Einstellungsentscheidungen getrof-



fen haben. Die offenbare Bezugnahme auf ein solches Rollenverständnis wäre als evidenten Fall von Verfassungsverletzungen von den betroffenen Personen jedenfalls anfechtbar gewesen. Ob die anders begründeten Personalentscheidungen gegenüber Frauen in ihrer Mehrzahl dennoch in Wahrheit bewußt oder unbewußt auf der Basis alter Rollenbilder getroffen worden seien oder noch würden, ließe sich kaum verläßlich nachprüfen (Sachs, NVwZ 1991, 437, 442). Im übrigen sei der durch Quotenregelungen verursachte Gleichheitsverstoß sowohl qualitativ als auch quantitativ von unverhältnismäßiger Intensität und deshalb verfassungswidrig.

b) Auch diese Gründe vermögen den Senat im Ergebnis nicht zu überzeugen. Sie stehen auch nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

aa) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der sog. Rentenaltersentscheidung (BVerfGE 74, 163) und der Nachtarbeitsverbotsentscheidung (BVerfGE 85, 191) kommt Abs. 2 und Abs. 3 des Art. 3 GG ein unterschiedlicher Regelungsgehalt zu. Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 2 GG besteht danach darin, daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (BVerfGE 85, 191, 207, zu C I 1 der Gründe).

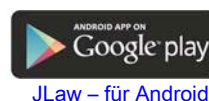
Der Satz "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- und Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern auch für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf die



Angleichung der Lebensverhältnisse. Frauen müssen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden (BVerfGE 85, 191, 207; 74, 163, 180, zu C II 2 b der Gründe).

Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere im Urteil vom 28. Januar 1992 (BVerfGE 85, 191) zur Verfassungswidrigkeit des Nachtarbeitsverbots für weibliche Arbeitnehmer nach § 19 AZO die im Beschluß vom 28. Januar 1987 (BVerfGE 74, 163) zur Zulässigkeit unterschiedlicher Altersgrenzen in der Rentenversicherung entwickelten Grundsätze fortentwickelt.

Während im Rentenaltersbeschluß vom Bundesverfassungsgericht die Frage ausdrücklich offen gelassen wurde, ob dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG ebenso wie anderen Grundrechten neben deren Bedeutung als Abwehrrecht auch positive Verpflichtungen des Gesetzgebers zur Förderung und Unterstützung der Grundrechtsverwirklichung zu entnehmen sind (BVerfGE 74, 163, 179 f., zu C II 2 b der Gründe), hat das Gericht im Nachtarbeitsverbotsurteil hervorgehoben, Art. 3 Abs. 2 GG wolle für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen (BVerfGE 85, 191, 207, zu C I 1 der Gründe). Ob das Bundesverfassungsgericht damit letztlich eine Handlungspflicht des Staates begründen wollte, kann hier dahinstehen, hat doch der bremische Gesetzgeber bereits gehandelt und das LGG erlassen.



Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, daß ein tatbestandlicher Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 GG) grundsätzlich durch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden kann (BVerfGE 85, 191, 209, zu C I 3 der Gründe). Dies hat für die Verfassungsmäßigkeit des § 4 LGG entscheidende Bedeutung, wenn man den vom Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle des Nachtarbeitsverbotsurteils dargestellten Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 2 GG berücksichtigt (BVerfGE 85, 191, 207, zu C I 1 der Gründe).

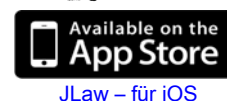
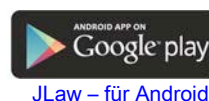
bb) Daß Art. 3 Abs. 2 GG nicht nur – wie Art. 3 Abs. 3 GG – ein Diskriminierungsverbot enthält, wird auch im neueren Schrifttum vertreten. Dabei wird insbesondere aus der Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 3 GG abgeleitet, daß diese Vorschrift zwar in ihrem grundrechtlichen Gehalt auf eine Garantie der Rechtsgleichheit beschränkt sei, darüber hinaus jedoch ein programmatisches Zeichen setzen sollte (vgl. Maidowski, aaO, S. 115 ff.; Pfarr, aaO, S. 36 ff.; Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991, S. 323 ff.; Slupik, aaO, S. 35 ff.). Weiterhin wird geltend gemacht, daß bereits der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 GG darauf hindeute, daß diese Vorschrift einen vom bloßen Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 GG abweichenden Regelungsgehalt habe (vgl. Pfarr, aaO, S. 26 f.; Sacksofsky, aaO, S. 318 ff.). Der Satz "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" mache deutlich, daß es in Art. 3 Abs. 2 GG nicht um ein Verbot der Diskriminierung einzelner wegen des Geschlechts gehe, sondern um das gruppenbezogene Verbot gleichbe-



rechtigungshemmender und gleichberechtigungshindernder Maßnahmen.

cc) Besonders wichtig erscheint der systematische Zusammenhang zwischen Abs. 2 und Abs. 3 des Art. 3. Sieht man nämlich die Regelungen in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als gleichbedeutende Diskriminierungsverbote an (so etwa von Mangoldt/Klein/Starck, aaO, Art. 3 Rz 207; Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 3 Rz 4; AK-GG/Stein, 2. Aufl., Art. 3 Rz 74), so wäre eine der beiden Normen überflüssig (zutreffend Battis u. a., DVBl 1991, 1165, 1169; Ebsen, Jura 1990, 515, 518; Pfarr, aaO, S. 32; Sacksofsky, aaO, S. 333). Der systematische Zusammenhang zwischen Abs. 2 und Abs. 3 des Art. 3 GG spricht daher für die Annahme des Bundesverfassungsgerichts, Art. 3 Abs. 2 GG habe einen über den Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 GG hinausgehenden Inhalt (BVerfGE 85, 191, 207).

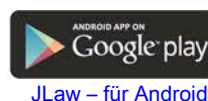
c) Vor dem historischen Hintergrund, daß die Forderung nach Gleichberechtigung des Geschlechts seit jeher auf die Forderung der Frau auf Angleichung an die Mannesstellung gerichtet ist (Maunz/Dürig, aaO, Art. 3 Abs. 2 Rz 11), ist Art. 3 Abs. 2 GG in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so zu verstehen, daß gesetzliche Regelungen grundsätzlich zulässig sind, die faktische Nachteile ausgleichen sollen, die typischerweise Frauen treffen. Damit sind durch Art. 3 Abs. 2 GG Regelungen legitimiert, die leistungsabhängige Frauenquoten bei Beförderungen vorsehen (ebenso Battis u. a., DVBl 1991, 1165, 1170; Fuchsloch, NVwZ 1991, 442, 444; Maidowski, aaO, S. 126 ff., 138; im Ergebnis ebenso Pfarr, aaO, S. 81 ff.; Pfarr/Fuchsloch, NJW 1988, 2201, 2202 ff.; Jarass/Piero, GG, 2. Aufl., Art. 3 Rz 47; Sacksofsky, aaO, S. 349 ff.; Slupik, aaO, S. 124).



Ob zur Legitimierung von Quotenregelungen zusätzlich auf das Sozialstaatsprinzip zurückzugreifen ist, kann letztlich dahinstehen. Namentlich Benda vertritt (aaO S. 145 ff.) die Auffassung, aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ergebe sich die Legitimität einer Zielsetzung, die in der heute noch weithin bestehenden Unterrepräsentanz von Frauen in gehobenen Positionen und allgemein in den höheren und gehobenen Laufbahnen des öffentlichen Dienstes ein Defizit sehe und sich darum bemühe, dem mit geeigneten Mitteln entgegenzuwirken. Es ergebe sich aus dem Sozialstaatsprinzip zwar nicht die rechtliche Verpflichtung, wohl aber die Berechtigung zu gezielten Maßnahmen zugunsten der Frauen (Benda, aaO, S. 152; – im Ergebnis ebenso Ebsen, Jura 1990, 515, 517 ff.; Eckertz-Höfer, Festschrift für Simon, 1987, S. 447, 470 ff.).

Es kann für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 4 LGG offen bleiben, ob zur Legitimierung von Quotenregelungen neben dem Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG noch das Sozialstaatsprinzip herangezogen werden muß. Nach beiden Herleitungen ergibt sich die genannte Zielvorgabe "Gleichberechtigung" als ein gegenüber dem Differenzierungsverbot eigenständiges Prinzip.

3. Die in § 4 LGG zum Ausdruck kommende Zielvorgabe "Gleichberechtigung" kollidiert zu dem Verbot der Differenzierung wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 GG, weil der Gesetzgeber in § 4 LGG die Gleichstellung der Geschlechter gerade durch ihre unterschiedliche Behandlung erreichen will. Diese Kollision ist allgemeinen Grundsätzen folgend durch Herstellung praktischer Konkor-



danz zu lösen (ebenso Battis u. a., DVBl 1991, 1165, 1170 f.; Pfarr, aaO, S. 78 ff.; Eckertz-Höfer, aaO, S. 472; – im Ergebnis auch Benda, aaO, S. 154 ff.).

a) Die Herstellung praktischer Konkordanz erfordert die "verhältnismäßige" Zuordnung von Grundrechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern. Bei der Interpretation verfassungsmäßiger Begrenzungen geht es darum, sowohl das Grundrecht als auch das grundrechtsbegrenzende Rechtsgut zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen (vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 18. Aufl., Rz 318). Da die Grundrechte zu den Wesensbestandteilen der verfassungsmäßigen Ordnung gehören, darf diese Verhältnisbestimmung niemals in einer Weise vorgenommen werden, die eine grundrechtliche Gewährleistung mehr als notwendig oder gar gänzlich ihrer Wirksamkeit beraubt (BVerfGE 28, 243, 261; Benda, aaO, S. 155; Hesse, aaO, Rz 318). Die Grundrechtsbegrenzung muß deshalb geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

b) Es ist daher im vorliegenden Fall zu prüfen, ob die Quotenregelung des § 4 LGG eine noch verhältnismäßige Begrenzung des Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 GG darstellt. Dies ist im Ergebnis zu bejahen.

aa) Die Regelung des § 4 LGG ist geeignet, das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG durchzusetzen. § 4 LGG wirkt der faktischen Ungleichverteilung qualifizierter Dienstposten im öffentlichen Dienst entgegen, indem er bestimmt, daß bei gleicher Qualifikation Frauen vorzugsweise befördert werden sollen. Damit



wird unter der Voraussetzung, daß männliche und weibliche Bewerber gleich geeignet sind, eine Bevorzugung von Frauen statuiert, die dazu führt, daß künftig Frauen – sofern sie gleich qualifiziert wie männliche Bewerber sind – eher befördert werden. Da die Bestimmung des § 4 LGG erst eingreift, wenn mehrere Bewerber gleich qualifiziert sind, gewährleistet sie auch, daß jeweils nur die geeignetsten Arbeitnehmer befördert werden und so eine leistungsfähige Verwaltung besteht.

Der Einwand, Quotenregelungen seien grundsätzlich ungeeignet, weil sie bewirken, daß ein einzelner Mann das Unrecht ausgleichen muß, das Frauen allgemein in der Vergangenheit widerfahren ist, überzeugt nicht. Es geht nicht um den Ausgleich historischen Unrechts, sondern um die Beseitigung gegenwärtiger geschlechtsspezifischer Nachteile. Die traditionelle Zuweisung bestimmter beruflicher Tätigkeiten an Frauen und die Konzentration von Frauenarbeit auf hierarchisch untergeordnete Positionen widerspricht heute geltenden Maßstäben von beruflicher Gleichberechtigung. Diese Benachteiligungen müssen deshalb beseitigt werden, weil sie trotz erreichter Rechtsgleichheit frühere Ungleichheiten perpetuieren (Maidowski, aaO, S. 129). Quotenregelungen können dazu beitragen, die vorhandenen faktischen Nachteile von Frauen für die Zukunft überwinden zu helfen, indem sie auch daran gewöhnen, daß Frauen bestimmte höherwertige Aufgaben wahrnehmen (Huster, AÖR 1993 (118), S. 109, 119).

bb) Die Quotenregelung des § 4 LGG ist auch erforderlich, um bestehende faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen,



auszugleichen. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn es keine weniger belastende Maßnahme gibt, die das Ziel, um das es geht, ebenso gut fördert.

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts beschäftigt die Beklagte zu 49 % Männer und zu 51 % Frauen. Diese Zahlen relativieren sich jedoch, wenn man den Anteil der Geschlechter nach Laufbahnen aufgliedert. Im einfachen Dienst gibt es einen Frauenanteil von rund 75 %, im mittleren Dienst von 52 %, im gehobenen Dienst von 50 % und im höheren Dienst von 30 %. Dabei ist weiter zu beachten, daß sich der Anteil von Frauen im höheren Dienst auf 21 % reduziert, wenn man die Beschäftigungsbereiche herausnimmt, in denen die Existenz von gut besoldeten Frauen inzwischen selbstverständlicher geworden ist (Lehrer im höheren Dienst: ca. 1.900 Männer und 1.000 Frauen, höherer Dienst in Kliniken: 514 Männer und 283 Frauen). In bestimmten Bereichen des traditionellen Verwaltungsdienstes sinkt der Frauenanteil im höheren Dienst dagegen auf unter 10 %. So sind in der Senatskommission für das Personalwesen 9 %, beim Senator für Inneres 3 %, an den Hochschulen 9 %, beim Senator für Wirtschaft und Häfen 5 % und beim Senator für Finanzen 4 % Frauen beschäftigt.

Wenn der bremische Gesetzgeber vor diesem Hintergrund das LGG erlassen hat, um das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG durchzusetzen, so ist dies nicht zu beanstanden. Es unterliegt der Prognoseentscheidung des Gesetzgebers, ob und welche



Maßnahmen er ergreift und wie er deren Effektivität im einzelnen einschätzt (Battis u. a., DVBl 1991, 1165, 1174). Die Prognoseentscheidung, die tatsächliche Gleichberechtigung von Mann und Frau sei nur durch eine leistungsabhängige Quotenregelung effektiv zu verwirklichen, ist angesichts der vorhandenen Zahlen zur Beschäftigungssituation der Frauen vertretbar.

Gegen die Erforderlichkeit von Quotenregelungen zur Durchsetzung des Gleichberechtigungsgebots kann auch nicht eingewandt werden, es lasse sich nicht verlässlich nachprüfen, ob tatsächlich Frauen Opfer einer vom alten Rollenverständnis geprägten Personalpolitik seien (so namentlich Sachs, NVwZ 1991, 437, 442). Der bremische Gesetzgeber konnte hier eine typisierende Betrachtung vornehmen. Bei der Herstellung faktischer Chancengleichheit in der Bewerbersituation geht es um die Beseitigung verdeckter Benachteiligungen von Frauen, die auch heute noch bestehen. Eine solche typisierende Betrachtungsweise erscheint ohne weiteres vertretbar. Die Quotenregelung des § 4 LGG erweist sich damit als erforderlich.

cc) Schließlich ist die durch § 4 LGG bewirkte Begrenzung des Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 GG auch nicht unverhältnismäßig im engeren Sinn.

Hierbei ist von erheblicher Bedeutung, daß § 4 LGG tatbestandlich voraussetzt, daß überhaupt zwei gleich qualifizierte Bewerber vorhanden sind. Durch die Quotenregelung wird damit keineswegs verhindert, daß über Jahre hinweg Männer beruflich aufsteigen können (dies erkennt die Revision sowie Sachs, NVwZ



1991, 437, 441 und OVG Münster, aaO). Einen schützenswerten Anspruch auf Beförderung hat nur der qualifiziertere von zwei Bewerbern. Dessen Anspruch auf Beförderung wird durch das LGG aber nicht beeinträchtigt.

Die Vorschrift des § 4 LGG ist schließlich auch insoweit angemessen, als sie eine bevorzugte Beförderung von Frauen so lange vorsieht, bis in den einzelnen Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind. Zwar wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, Quoten hätten sich an dem jeweiligen Verhältnis der weiblichen und männlichen Bewerber zu orientieren, sonst seien sie unverhältnismäßig. Dem ist nicht zu folgen. Da die Quotenregelung der Durchsetzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes dient, ergibt sich aus ihm auch die Obergrenze der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen. Frauen sollen Männern gleichgestellt werden und damit die gleichen beruflichen Chancen wie Männer erhalten. Aus diesem Grunde ist die vom bremischen Gesetzgeber festgelegte Quote von 50 % verhältnismäßig im engeren Sinne. Das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 GG mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts wird nur geringfügig eingeschränkt, weil die Quotenregelung des § 4 LGG nur bei gleicher Qualifikation der Bewerber eingreift.

c) § 4 LGG stößt allerdings insoweit auf Bedenken, als er - anders als etwa die entsprechende Regelung in Nordrhein-Westfalen - keinen Ausnahmetatbestand vorsieht.



Nach dem nordrhein-westfälischen Frauenförderungsgesetz steht die Quotenregelung unter dem Vorbehalt, daß nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe der bevorzugten Beförderung der Frau entgegenstehen. Das Fehlen einer entsprechenden Härteklausele führt im Ergebnis indes nicht zur Verfassungswidrigkeit des § 4 LGG. Diese Bestimmung ist vielmehr verfassungskonform dahingehend auszulegen, daß in bestimmten Härtefällen von der grundsätzlichen Bevorzugung der Frau bei der Beförderung eine Ausnahme zu machen ist. Nur so kann dem Prinzip der praktischen Konkordanz genügt werden. In Ausnahmefällen kann sich die Bevorzugung der Frau gegenüber einem gleich qualifizierten Mann als nicht zu rechtfertigende Härte darstellen, so daß die dadurch bedingte Diskriminierung des Mannes wegen des Geschlechts unverhältnismäßig ist.

Ein solcher Härtefall ist im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Allein die Tatsache, daß der Kläger verheiratet ist und zwei Kinder hat, die sich in der Berufsausbildung befinden, rechtfertigt nicht die Annahme, daß hier von dem Regelfall der Bevorzugung der Frau bei gleicher Qualifikation abgewichen werden kann. Dies gilt für den hier allein zu beurteilenden Fall der Beförderung, bei dem die soziale Absicherung des Klägers auch bei Nichtberücksichtigung nicht erkennbar berührt wird. Etwas anderes kann bei der Einstellung gelten.

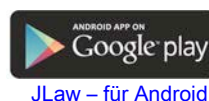
Nach alldem erweist sich die Regelung des § 4 LGG als verfassungsgemäß. Die in § 4 Abs. 2 und 5 LGG enthaltene Quotenregelung verstößt weder gegen Art. 33 Abs. 2 GG noch gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.



III. Die Bestimmung des § 4 LGG verstößt auch nicht gegen Art. 2 Abs. 2 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen.

Art. 2 Abs. 2 Landesverfassung bestimmt in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 3 GG, daß niemand wegen seines Geschlechts bevorzugt oder benachteiligt werden darf. Da - wie oben im einzelnen dargelegt - § 4 LGG nicht gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstößt, kommt auch ein Verstoß gegen den gleichlautenden Art. 2 Abs. 2 Landesverfassung Bremen nicht in Frage. Dem steht nicht entgegen, daß die Bremische Landesverfassung keine dem Art. 3 Abs. 2 GG entsprechende Vorschrift enthält. Art. 3 Abs. 2 GG gilt - wie alle Vorschriften des GG - auch in Bremen unmittelbar.

IV. § 4 LGG verstößt auch nicht gegen die bundesrechtliche Bestimmung des § 611 a Abs. 1 BGB, wonach der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beim beruflichen Aufstieg nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen darf. § 611 a Abs. 1 BGB ist verfassungskonform dahin auszulegen, daß er landesrechtlichen Regelungen nicht entgegensteht, die das verfassungsrechtliche Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG durchsetzen und dabei die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG beachten sowie das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 GG nur "verhältnismäßig" beeinträchtigen (so auch Ebsen, Jura 1990, 515, 523; vgl. auch Benda, aaO, S. 216 ff.; a.A. Staudinger/Richardi, BGB, 12. Aufl., § 611 a Rz 42; RGRK-Michels-Holl, BGB, 12. Aufl., § 611 a Rz 15). Da § 4 LGG diesen Anforderungen genügt, verstößt er nicht gegen das einfache Bundesrecht des § 611 a Abs. 1 BGB.



C. § 4 LGG steht nach Auffassung des Senats im Ergebnis nicht in Widerspruch zur Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG). Da dieses Ergebnis jedoch nicht eindeutig ist, sieht sich der Senat verpflichtet, das anhängige Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen.

I. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie des Rates normiert den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter. Danach hat die Richtlinie zum Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und in bezug auf die soziale Sicherheit verwirklicht wird. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie bestimmt, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der Bestimmungen der Richtlinie beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts - insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand - erfolgen darf. Nach Abs. 4 des Art. 2 steht die Richtlinie Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Art. 1 Abs. 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, nicht entge-

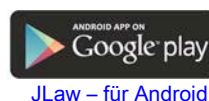


gen. Nach Art. 11 ist die Richtlinie an alle Mitgliedstaaten gerichtet.

II. Fraglich ist, ob § 4 Abs. 2 und 5 LGG mit Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG vereinbar ist. Da § 4 Abs. 2 LGG bestimmt, daß bei gleicher Qualifikation Frauen vorrangig zu befördern sind, könnte diese Regelung Männer unmittelbar aufgrund des Geschlechts diskriminieren.

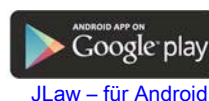
1. Nach Auffassung des Senats ist diese Diskriminierung allerdings nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG zulässig, weil § 4 LGG eine Maßnahme zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen darstellt. Die durch die Quotenregelung in § 4 LGG bewirkte Diskriminierung ist auch noch verhältnismäßig. Dies ist unter B II 3 der Gründe im einzelnen dargestellt worden. Da das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist (vgl. EuGH Urteil vom 19. Juni 1980 - Rs 41, 121 und 796/79 - Slg. 1980, 1979, 1997; sowie Grabitz/Pernice, EWG-Vertrag, Art. 164 Rz 101 ff.), spricht sehr viel dafür, daß § 4 LGG nicht gegen Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG verstößt.

2. Die Frage der Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit der Richtlinie 76/207/EWG wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Langenfeld (Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 229 ff.) führt zu Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie zunächst zutreffend aus, daß die Richtlinie zwar nicht zu einer Vorzugsbehandlung von Frauen verpflichte, allerdings solche unter bestimmten Vorausset-



zungen zulasse. Nach ihrer Ansicht bezweckt die Richtlinie den Abbau von Nachteilen, die zu Lasten von Frauen bestehen. Andererseits sollen aber nicht Nachteile zu Lasten der Männer eingeführt werden. Zulässig sind nach Langenfeld (aaO, S. 231) Fördermaßnahmen im Vorfeld von Einstellung und Beförderung sowie sog. influenzierende Quoten, die besondere finanzielle Unterstützungen für Arbeitgeber vorsehen, die bereit sind, Frauen in sog. typischen Männerberufen auszubilden oder zu beschäftigen. Quoten, die ein bestimmtes Geschlecht bei gleicher oder gar minderer Qualifikation bevorzugen würden, sind allerdings nach Auffassung von Langenfeld nicht von Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie gedeckt (aaO, S. 233; im Ergebnis ebenso Hanau, Festschrift für Herschel, 1982, S. 191, 196 f.; MünchArbR-Richardi, § 11 Rz 44; wohl auch Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 137).

Demgegenüber konstatiert Maidowski (aaO, S. 94 ff.), daß zwar der Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG nicht eindeutig sei, weil Maßnahmen zur Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten auch in einer die Rechtsgleichheit wahrenen Struktur denkbar seien. Aus dem Zusammenhang der Norm ergebe sich jedoch, daß solche Maßnahmen dennoch als Rechtfertigung gleichheitsdurchbrechender Maßnahmen gewertet werden können. Gleichheitswahrende Maßnahmen bedürften nämlich überhaupt keiner Erwähnung, da sie mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 1 nicht kollidieren. Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie wäre daher ohne jede Funktion, wenn er nicht gerade Maßnahmen umgekehrter Diskriminierung erfassen wollte (Maidowski, aaO, S. 95; für die Vereinbarkeit auch Ebsen, RdA 1993, 11, 15; Ende, BB 1992, 489).

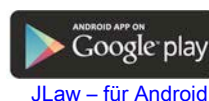


Noch weiter geht Colneric, die Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie dahin auslegt, daß zulässige Frauenförderungsmaßnahmen nicht durch nationales Recht verboten werden können (Colneric, Festschrift für Gnade, 1992, S. 627, 644 ff.). Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG erfasse auch Frauenfördermaßnahmen in Form von Quotenregelungen. Die für Männer weniger belastende Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, welche die Chancen der Frauen beeinträchtigten, seien in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie nur als ein Beispiel für Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit genannt (im Ergebnis ebenso Sudhof, JZ 1991, 751, 755 f.).

Nach allem spricht zwar im Ergebnis vieles dafür, daß § 4 LGG mit der Richtlinie 76/207/EWG vereinbar ist. Die Auslegung der Richtlinie ist gleichwohl nicht eindeutig (ebenso Colneric, aaO, sowie dies., BB 1991, 1118 f. und Sudhof, aaO).

3. Weiterhin steht nicht eindeutig fest, daß § 4 LGG nicht gegen den allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt. Immerhin läßt das Oberverwaltungsgericht Münster (AP Nr. 30 zu Art. 33 Abs. 2 GG) erkennen, daß es einen solchen Verstoß für möglich hält.

Da nach der Rechtsprechung des EuGH zum Vertragsrecht der Europäischen Gemeinschaft auch die ungeschriebenen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gehören (vgl. EuGH Urteil vom 12. November 1969 - Rs 29/69 - Slg. 1969, 419, 425) und auch der Grundsatz der Gleichbehandlung hierzu zählt (vgl. EuGH Urteil vom 15. Juli 1982

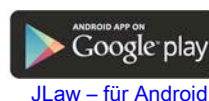


- Rs 245/81 - Slg. 1982, 2745, 2754), ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß § 4 LGG insoweit gegen Gemeinschaftsrecht verstößt (ebenso Koenigs, BB 1991, 1634 f.).

III. Für den erkennenden Senat besteht deshalb im vorliegenden Fall eine Vorlagepflicht.

Das Bundesarbeitsgericht entscheidet letztinstanzlich. Die Frage, ob § 4 LGG mit der Gleichbehandlungsrichtlinie vereinbar ist, ist entscheidungserheblich. Im Falle der Unvereinbarkeit von § 4 LGG mit der Gleichbehandlungsrichtlinie wäre § 4 LGG nicht anwendbar (vgl. EuGH Urteil vom 9. März 1978 - Rs 106/77 - Slg. 1978, 629, 644). Insoweit gilt der Anwendungsvorrang des - auch sekundären - Gemeinschaftsrechts (vgl. dazu Oppermann, Europarecht, 1991, S. 198 ff.).

Eine Vorlagepflicht ist nur dann zu verneinen, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts offenkundig ist, so daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt. Voraussetzung hierfür wäre die Überzeugung des innerstaatlichen Gerichts, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof selbst die gleiche Gewißheit besteht. Ob diese Möglichkeit besteht, ist unter Berücksichtigung der Eigenheit des Gemeinschaftsrechts und der besonderen Schwierigkeit seiner Auslegung zu beurteilen (EuGH Urteil vom 6. Oktober 1982 - Rs 283/81 - Slg. 1982, 3415, 3428; BAG Beschluß vom 21. Mai 1992 - 2 AZR 449/91 - AP Nr. 96 zu § 613 a BGB, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen.



Eine derartige Offenkundigkeit ist hier nicht gegeben. Der EuGH selbst hat die Richtlinie zu der vorstehenden Fragestellung noch nicht ausgelegt. Wie dargelegt, bestehen in der Literatur unterschiedliche Auffassungen. Von einer Offenkundigkeit im Sinne der sog. "acte-claire-Theorie" kann daher nicht ausgegangen werden (vgl. dazu auch Löw, DB 1991, 546, 549; Steindorff, ZHR 1992, 1, 8; BAG Beschluß vom 21. Mai 1992, aaO).

Demzufolge ist das Verfahren auszusetzen und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Dr. Kissel

Dr. Weller

Dr. Rost

Kehrman

Weinmann



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

