



Telefon: 0431 880-5378

Telefax: 0431 880-5374

Durchwahl: 0431 880-1504

E-Mail: f.becker@law.uni-kiel.de

Homepage: www.becker.jura.uni-kiel.de

An den

Vorsitzenden des Finanzausschusses

Herrn Lars Harms, MdL

Schleswig-Holsteinischer Landtag

Düsternbrooker Weg 70

24105 Kiel

finanzausschuss@landtag.ltsh.de

Kiel, 05.04.2023

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 20/1242

Geszentwurf der Landesregierung – Finanzministerium: Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern bei der Besetzung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen der Landesunternehmen und –beteiligungen sowie von Verwaltungsräten der öffentlich-rechtlichen Sparkassen (Drs. 20/677)

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, lieber Herr Harms,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

mit Schreiben vom 13. März 2023 haben Sie mir freundlicherweise die Gelegenheit eingeräumt, zu dem o.a. Geszentwurf Stellung zu nehmen. Vielen Dank für diese Möglichkeit, von der ich gerne Gebrauch mache.

Bei der Abfassung dieser Stellungnahme hat mich mein Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Herr Christian Magaard, maßgeblich unterstützt.

Inhalt

I.	Hintergrund des Gesetzesvorhabens	2
II.	Inhalt	2
	1. Landesorganbesetzungsgesetz	2
	2. Sparkassengesetz	3
III.	Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	5
	1. Bedeutung der Bestenauslese im Auswahl- und Rekrutierungsverfahren.....	5

2. Organisationsgewalt der Landesregierung	6
IV. Beurteilung	8
1. § 4 Abs. 2 LOrgBG-E als Ermessensvorschrift	9
2. § 7 LOrgBG-E als formell-gesetzliche Regelung des Binnenverhältnisses der Landesregierung	11
3. Der Inhalt der Berücksichtigungspflicht	13
4. Vereinbarkeit mit dem Kreditwesengesetz	14

I. Hintergrund des Gesetzesvorhabens

Das Land Schleswig-Holstein ist nach Art. 9 LVerfSH, Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern verpflichtet. Diesem Auftrag nimmt sich das vorliegende Gesetzesvorhaben an, indem es dem Land die Pflicht zur gleichmäßigen Berücksichtigung von Frauen und Männern im Auswahlverfahren bei der Besetzung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen der Landesunternehmen und –beteiligungen auferlegt.

Ein entsprechendes Ziel verfolgt das Gesetzesvorhaben in Bezug auf die Zusammensetzung der Verwaltungsräte sowie der Verbandsorgane von Sparkassen. Überdies wird das Sparkassengesetz in einigen organisationsrechtlichen Fragen verändert, auf die hier nicht umfassend eingegangen werden kann.

II. Inhalt

Der Entwurf gliedert sich in Artikel 1, der den Erlass des Landesorganbesetzungsgesetz (LORG-E) regelt und Artikel 2, der das Sparkassengesetz (SpkG-E) novelliert.

Sparkassengesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 11.9.2008 (GVOBl. 372), zul. geändert durch Art. 8 d. Gesetzes v. 17.3.2022 (GVOBl. S. 301, 305).

1. Landesorganbesetzungsgesetz

Zur Förderung der Gleichstellung bei der Besetzung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen der Landesunternehmen und -beteiligungen setzt der Entwurf auf den Einfluss des Landes bei der Besetzung der entsprechenden Organe (§ 3 LOrgBG-E). Das äußert sich zunächst in § 4 Abs. 1 S. 1, § 5 S. 1 LOrgBG-E, die die Pflicht des Landes normieren, Frauen und Männer zu gleichen Teilen zu berücksichtigen, soweit das Land einen bestimmenden Einfluss auf die

Besetzung hat. Ausdrücklich hat das Land dann auch während des Auswahlverfahrens auf die gleichmäßige Berücksichtigung von Frauen und Männern hinzuwirken, § 4 Abs. 1 S. 3 LOrgBG-E.

Die Berücksichtigungspflicht setzt der Entwurf als Regel fest, von der nach § 4 Abs. 2 LOrgBG-E nur im Ausnahmefall unter – gerichtlich auf Rechtsfehler überprüfbarer – Ermessensausübung abgewichen werden kann.

Voraussetzung für die Ermessensausübung ist nach § 4 Abs. 2 LOrgBG-E ein wichtiger Grund, für den der Entwurf drei Regelbeispiele vorgibt. Diese beziehen sich auf zwingende gesetzliche Vorgaben, mangelnde Bewerbungszahlen und einen Vorsprung aufgrund von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1-3 LOrgB-E.

Losgelöst von der Intensität des Einflusses des Landes im konkreten Fall gilt überdies eine generelle Pflicht zur Hinwirkung auf die Herstellung der gleichmäßigen Vertretung von Frauen und Männern, § 6 LOrgBG-E.

Für das regierungsinterne Beschlussverfahren zum Besetzungsvorschlag des Landes regelt § 7 LOrgBG-E eine Zustimmungspflicht des für Gleichstellung zuständigen Ministeriums. Dem Wortlaut des Vorschlags nach ist die Zustimmung des Ministeriums einzuholen und die Begründung (S. 2, 37) setzt dezidiert die Erforderlichkeit der (erteilten) Zustimmung voraus.

2. Sparkassengesetz

Art. 2 des Entwurfs – der Vorschlag zur Änderung des Sparkassengesetzes – regelt ebenfalls die verpflichtende Berücksichtigung einer gleichmäßigen Vertretung von Frauen und Männern; und zwar in Bezug auf die Verwaltungsräte der öffentlich-rechtlichen Sparkassen bei der Wahl der weiteren sachkundigen Mitglieder durch die Vertretung des Trägers und bei der Entsendung von Vertreterinnen und Vertretern etwaiger neben dem Träger am Stammkapital Beteiligter. Im Falle einer erforderlichenfalls alternierenden Berücksichtigung werden Frauen und Männer im zeitlichen Wechsel berücksichtigt, § 9 Abs. 1 SpkG-E.

Überdies normiert § 8 Abs. 2 SpkG-E die Möglichkeit eines zeitlich befristeten Verzichts auf den Vorsitz des Verwaltungsrates für geborene Vorsitzende des Verwaltungsrates. Neu ist auch die Möglichkeit der Abberufung des geborenen Vorsitzenden.

§ 9 Abs. 1 SpkG-E erhöht die fachlichen Anforderungen für mindestens ein Drittel der weiteren sachkundigen Mitglieder des Verwaltungsrats und regelt die o.g. Berücksichtigungspflicht in

Abgrenzung zu einer bloßen Soll-Vorschrift (Begründung, S. 44 f.). § 9 Abs. 2 SpkG-E ermöglicht mittels Soll-Vorschrift ein konsequentes Abbild des Verhältnisses von Männern und Frauen unter den Beschäftigten in den von ihnen gewählten Vertreterinnen und Vertretern im Verwaltungsrat. Auch die neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten werden zur Berücksichtigung der Gleichstellung verpflichtet, § 9 Abs. 3 SpkG-E. Gleiches gilt für die Zusammensetzung der Verbandsorgane; allerdings nur als Hinwirkungspflicht nach § 36 Abs. 9 S. 3 SpkG-E.

§ 9 Abs. 7 SpkG-E verleiht der Aufsichtsbehörde die Kompetenz, ein Mitglied des Verwaltungsrats abzurufen, wenn „bei der Ausübung der Mitgliedschaft erhebliche Interessenkonflikte zu Tage treten“. Klarstellend normiert § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 14 SpkG-E nunmehr auch die Zuständigkeit des Verwaltungsrats für die wesentliche Veränderung von Beteiligungen. Die Zuständigkeit des Verwaltungsrats nach § 10 Abs. 3 SpkG-E reflektiert nun die aktualisierte Systematik des SpkG und passt sich dem Kreditwesengesetz an.

Die Einführung einer Beschlussfassung des Verwaltungsrats und seiner Ausschüsse ohne persönliche Anwesenheit normiert § 11 Abs. 4 SpkG-E. Die genaue Form der Beschlussfassung obliegt der oder dem Vorsitzenden. Jedes Mitglied kann die Beschlussfassung ohne persönliche Anwesenheit per Widerspruch verhindern. In § 13 SpkG-E werden Altersobergrenzen für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern und das späteste Ende ihrer Tätigkeit aufgehoben. Jede Beteiligung der Aufsichtsbehörde bei der Rücknahme einer Bestellung ist aufgehoben, § 13 Abs. 4 SpkG-E.

Die Normierung des Risikoausschusses wird aus der Mustersatzung in das Sparkassengesetz verschoben, § 14a SpkG-E. Damit vergleichbar übernimmt § 41 SpkG-E die Regelung zu Beteiligungen von Sparkassen nach § 16 Abs. 1 Mustersatzung und ergänzt die Genehmigungspflicht der Eingehung und wesentlichen Veränderungen von Beteiligungen durch die Aufsichtsbehörde. Errichtungen und Verlegungen innerhalb des Trägergebietes einer Sparkasse bedürfen künftig keiner Genehmigung mehr, sofern die Interessenbereiche anderer schleswig-holsteinscher Sparkassen nicht berührt werden.

Überdies klarstellende Regelungen finden sich in § 9 Abs. 4 SpkG-E und § 18 SpkG-E (bezüglich der Dauer der Schwägerschaft), § 21 SpkG-E (zur Entschädigung von Ausschussmitgliedern), § 27 SpkG-E (Zweckbestimmung von an den Träger abgeführte Beträge), §§ 33, 36 Abs. 2, 3, 4 SpkG-E. Im Übrigen handelt es sich um redaktionelle Änderungen.

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die nachfolgende Beurteilung des Vorhabens bezieht sich im verfassungsrechtlichen Sinne auf § 4 Abs. 1, 2, § 5 LOrgBG-E sowie auf § 7 LOrgBG-E. Die Berücksichtigungspflicht nach § 4 Abs. 1, 2, § 5 LOrgBG-E berührt die Bedeutung der Bestenauslese im Auswahl- bzw. Rekrutierungsverfahren der Besetzung öffentlicher Ämter (Art. 33 Abs. 2 GG) im Zusammenhang mit der geschlechtlichen Gleichstellung nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, Art. 9 LVerf SH.

Zudem berührt die formell-gesetzliche Form von § 7 LOrgBG-E die Organisationsgewalt der Landesregierung, Art. 52 Abs. 3 LVerf SH, die Richtlinienkompetenz des Ministerpräsidenten, Art. 36 Abs. 1 S. 1 LVerf SH und ihre insbesondere in Art. 33 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Art. 36 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 LVerf SH vorausgesetzte Organisationsstruktur.

1. Bedeutung der Bestenauslese im Auswahl- und Rekrutierungsverfahren

Der auch in Bezug auf die Länder nach Art. 33 Abs. 2 GG garantierte Zugang zu öffentlichen Ämtern ist an Eignung, Befähigung und fachliche Leistung gebunden. Ein Abweichen vom Prinzip der Bestenauslese lässt Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die „unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen“.

BVerfG NVwZ 2013, 1603 (1604); BVerwG NVwZ 2011, 1270 (1270); *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hg.), GG, 88. EL 2019, Art. 33 Rn. 32.

Bezugsobjekt von Art. 33 Abs. 2 GG ist das gesamte Besetzungsverfahren, das mit der Stellungsausschreibung sowie der Auswahl geeigneter Kandidaten beginnt und schließlich mit der Besetzungsentscheidung endet. Vorentscheidend auf die Besetzung eines öffentlichen Amtes wirkt sich die Eingrenzung des Bewerberprofils in einer Stellungnahme bzw. dem Anforderungsprofil aus. Auch die Auswahl möglicher Kandidaten steht deshalb unter dem Vorbehalt allein sachlicher Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.

BVerfG (K), NVwZ 2011, 746 (747); BVerwGE 89, 260 (265, 269); *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), GG, 7. Auflage 2018, Art. 33 Rn. 16; *Bickenbach*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 33 Rn. 49.

Teilweise wird in der Literatur eine Anwendung des Förderungsauftrags nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG im Kontext des Zugangs zu öffentlichen Ämtern vertreten.

Boysen, in: v. Münch/Kunig, 7. Auflage 2021, Art. 3 Rn. 170; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 74. EL 2015, Art. 3 Rn. 92 ff.; *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 181 ff.; ausdrücklich ablehnend etwa *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hg.), GG, 88. EL 2019, Art. 33 Rn. 32; *Bickenbach*, in: v. Münch/Kunig, Art. 33 Rn. 87; *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 175; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hg.), Art. 33 Rn. 122; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 2017 Rn. 122.

Dies wird jedoch „anerkannterweise“ gerade nicht als Ausnahme oder Durchbrechung des Leistungsprinzips behandelt, sondern auch bei gegebener struktureller Benachteiligung eines Geschlechts nur im Falle gleicher Eignung der Kandidaten für zulässig erachtet.

So wörtlich von *Ungern-Sternberg*, JZ 2019, 525 (533); in Bezug auf die Auswahl einzuladender Kandidaten *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 17. Auflage 2022, Art. 3 Rn. 129, Art. 33 Rn. 28; s. zum Besetzungsverfahren insgesamt *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 74. EL 2015, Art. 3 Rn. 92 ff.; *Boysen* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 170; *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 3 Rn. 287.

2. Organisationsgewalt der Landesregierung

In Ausübung der Gesetzgebungskompetenz zur Verwaltungsorganisation nach Art. 52 Abs. 2 S. 1 LVerfSH kann der Landtag einzelnen Ministerien der Landesregierung Zuständigkeiten übertragen. Verfassungsrechtlich begrenzt wird diese Kompetenz indes durch die Organisationsgewalt der Landesregierung, die in Art. 52 Abs. 3 LVerfSH normiert und in Art. 33 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Art. 36 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 3 LVerfSH vorausgesetzt ist. Die Binnenorganisation „im engeren Bereich“ der Landesregierung wird von Art. 52 Abs. 2 S. 1 LVerfSH demnach nicht erfasst.

Schliesky, in: Becker/Brüning/Ewer/Schliesky (Hg.), 2021, Art. 52 Rn. 51; In Bezug auf den Bund *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 52. EL 2008, Art. 86 Rn. 158 f.

Garantiert ist demnach das Kabinettbildungsrecht, also auch die Kompetenz, über den Bestand einzelner Ministerien und über das Verfahren zur Willensbildung des Kabinetts zu disponieren. Eine gesetzgeberische Regelung greift in die Organisationsgewalt der Regierung ein, wenn sie den Bestand eines Ministeriums garantieren würde bzw. einem Ministerium das Recht gäbe, die Willensbildung des Kabinetts zu blockieren. Im Einzelnen berührt sind demnach die Ernennungskompetenz des Ministerpräsidenten nach Art. 33 Abs. 2 S. 2 LVerfSH, die auch in § 9

GeschO LReg niedergelegt ist sowie die Organisationshoheit nach Art. 36 Abs. 3, Art. 52 Abs. 3 LVerfSH.

Schliesky, in: Becker/Brüning/Ewer/Schliesky (Hg.), 2021, Art. 52 Rn. 51; in Bezug auf das Grundgesetz *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 52. EL 2008, Art. 64 Rn. 3; *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Bundesregierung, 2. Auflage 1998; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1984, S. 284; *Wieland*, DVBl. 1999, 719 (720).

Beide Kompetenzen stehen anders als die Verwaltungsorganisation nach Art. 52 Abs. 2 S. 1 LVerf SH nicht unter einem Gesetzesvorbehalt. Der mangelnde Gesetzesvorbehalt der Organisationsgewalt der schleswig-holsteinischen Landesregierung ist gerade in Abgrenzung zu anderen Landesverfassungen hervorzuheben.

S. im Kontrast Art. 45 Abs. 3 BWV; Art. 104 Abs. 2 HV; 105 Abs. 2 RPV; Art. 49 BayV; so Art. 107 Abs. 1 Satz 2 BremV; 33 Abs. 3 HbgV. Dazu auch *Schröder*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Auflage 2018, Art. 64 Rn. 20.

Die Ernennungskompetenz gerade des schleswig-holsteinischen Ministerpräsidenten ist deshalb besonders zugriffssicher. Ein Eingriff darin tritt nicht erst bei einer formell-gesetzlichen Einrichtung eines bestimmten Ministeriums ein, sondern auch schon bei einer formell-gesetzlichen Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen bestimmten Ministerien, soweit dadurch dem Telos nach die Errichtung der betroffenen Ressorts garantiert ist. Auch eine solche Maßnahme berührt die Organisationsgewalt der Regierung, soweit die Errichtung des Ministeriums weder verfassungsrechtlich noch aus Gründen sachlicher Notwendigkeit vorausgesetzt ist.

Schenke, in: BK/GG, 170. EL 2014, Art. 64 Rn. 89; *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Auflage 1998, S. 292; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutiver Organisationsgewalt, in: FS Ipsen, 1977, S. 333, (347); zur gegenteiligen Ansicht insbesondere von *Baer*, Vermutung zu Kernbereichen der Regierung und Befugnissen des Parlaments, Der Staat 2001, 525 (541 ff.) siehe unten.

Überdies gilt die in der Geschäftsordnung der Regierung positiv geregelte Organisation als zugriffssicher, soweit sich in den Bestimmungen gerade die verfassungsrechtlich vorausgesetzten Organzuständigkeiten innerhalb der Regierung konkretisieren. Das betrifft gerade die Kompetenzverteilung zwischen Regierungschef, Minister und Kabinett. Demgegenüber zulässig kön-

nen formell-gesetzliche Festlegungen im Sinne von ordnungstechnischen Verfahren der Beschlussfindung, einzelne Kompetenzzuweisungen an verfassungsrechtlich vorausgesetzte Ministerien sowie punktuelle Organisationsregelungen sein.

Schröder, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Auflage 2018, Art. 64 Rn. 23; *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Auflage 1998, S. 287.

Abzulehnen ist demgegenüber der Ansatz, dass die verfassungsrechtlichen Vorschriften zur Regierungsorganisation, namentlich Art. 33 Abs. 2 S. 2 LVerf SH, nur das personelle, nicht aber das organisatorische Entscheidungsrecht der Landesregierung bzw. des Ministerpräsidenten garantieren.

Auch die Richtlinienkompetenz des Ministerpräsidenten, Art. 36 Abs. 1 S. 1 LVerf SH wäre demnach vor dem parlamentarischen Zugriff nicht gefeit, weil sie sich allein auf die Binnenorganisation der Regierung erstreckt, nicht aber im Außenverhältnis zum Parlament geschützt sei. Dasselbe gelte auch für Art. 36 Abs. 2 LVerf SH, die Verantwortungszuweisung an Minister und den Kanzler. Auch § 9 GeschO BReg gehe davon aus, dass die Verteilung der Ressorts rein binnenrechtlich sei und dem Parlament keine Schranken setze.

So insbesondere *Baer*, Vermutung zu Kernbereichen der Regierung und Befugnissen des Parlaments, Der Staat 40 (2001), 525 (534 f.).

Dieser Ansatz vermag zwar in Bezug auf materielle Inhalte der gubernativen Regelungskompetenz eine Plausibilität haben, die verfassungsrechtlich zwingend auch aus der Wesentlichkeitstheorie folgt. Eine rein binnenrechtliche Wirkung der Organisationsgewalt verkannte aber die durch Art. 36 Abs. 3 LVerf SH garantierte Geschäftsautonomie der Landesregierung und die gerade zur Übernahme der Regierungsaufgaben, und damit notwendig auch im Außenverhältnis wirkende demokratische Legitimation des Ministerpräsidenten, Art. 33 Abs. 2 S. 1 LVerf SH.

IV. Beurteilung

Die Beurteilung konzentriert sich auf die verfassungsrechtlichen und technischen Problemfelder des Gesetzesvorhabens. Insoweit betroffen sind die gesetzgeberische Konstruktion von § 4 Abs. 2 LOrgBG-E, die formell-gesetzliche Regelung der Binnenverhältnisse der Landesregierung nach § 7 LOrgBG-E sowie die Ausgestaltung der Berücksichtigungspflicht in § 4 Abs. 1 S. 1 LOrgBG-E sowie diverse Vorschriften des SpkG-E zur entsprechenden Berücksichtigungspflicht.

1. § 4 Abs. 2 LOrgBG-E als Ermessensvorschrift

§ 4 Abs. 2 LOrgBG-E regelt, in welchen Fällen und wie die Behörden von der im Übrigen normierten Berücksichtigungspflicht abweichen können. Ein Abweichen steht demnach im Ermessen, das nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgeübt werden kann. Drei wichtige Gründe sind als Regelbeispiele in § 4 Abs. 2 S. 2 LOrgBG-E definiert. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll das Gleichstellungsgebot nach § 4 Abs. 2 LOrgBG-E in den aufgeführten Fällen mit dem Verstoß gegen zwingende gesetzliche Vorgaben (Nr. 1), faktischer Unmöglichkeit (Nr. 2) und den Erfordernissen Bestenauslese (Nr. 3) abgewogen werden.

So die Begründung, S. 34.

Doch die in Abs. 2 aufgezählten wichtigen Gründe sind einer Ermessensausübung gar nicht zugänglich, weil ihr Vorliegen die Anwendung von Abs. 1 stets ausschließen muss. Das folgt für § 4 Abs. 2 Nr. 1 LOrgBG-E aus dem Vorrang des Gesetzes und für Abs. 2 Nr. 2 aus tatsächlichen Zwängen.

Maßgeblich für die zwingende Anwendung des Abs. 2 Nr. 3 ist Art. 33 Abs. 2 GG. Denn der auch für die Länder geltende Regelungsinhalt von Art. 33 Abs. 2 GG lässt ein Abweichen vom Prinzip der Bestenauslese, insbesondere auch nicht durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 9 LVerf SH zu.

Eine Bevorzugung aus Gründen der Gleichstellung kommt auch unter Anwendung von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG nämlich nur bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber um das öffentliche Amt infrage.

Dies als „anerkannt“ bezeichnend von *Ungern-Sternberg*, JZ 2019, 525 (533). Siehe auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 17. Auflage 2022, Art. 3 Rn. 129, Art. 33 Rn. 28; s. zum Besetzungsverfahren insgesamt *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 74. EL 2015, Art. 3 Rn. 92 ff.; *Boysen* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 170; *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 3 Rn. 287; anders nur *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 181 ff.

Der Entwurf geht unzutreffend davon aus, dass die Bestenauslese auf das der Entscheidung vorgelagerte Verfahren zur Rekrutierung infrage kommender Personen nicht anwendbar sei.

So die Begründung, S. 7.

In einer mit der hiesigen Konstellation vergleichbaren Kammer-Entscheidung hat das BVerfG entschieden, dass bereits die Festlegung des Anforderungsprofils über eine Amtsbesetzung auf

dem Grundsatz der Bestenauslese beruhen muss. Mit der Einengung des Kreises der Bewerber nehme ein Anforderungsprofil die spätere Besetzungsentscheidung teilweise vorweg.

Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die die unmittelbare Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Anderen Gesichtspunkten darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten kein Vorsprung von Bewerbern ergibt. Inwieweit dem Dienstherrn im Rahmen seiner Organisationsgewalt bei der Festlegung des Aufgabenbereichs eines bestimmten Amtes oder eines hierauf bezogenen Anforderungsprofils ein mehr oder weniger großer Einschätzungsspielraum zuzugestehen ist, lässt sich nicht abstrakt formulieren, sondern ist bereichsspezifisch anhand des jeweiligen Fachrechts unter Berücksichtigung grundgesetzlicher Vorgaben näher zu bestimmen. Mithin finden die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG schon auf die Bestimmung von Bewerbungskriterien Anwendung.

BVerfG (K), NVwZ 2011, 746 (747).

Ein mit dem Anforderungsprofil vergleichbares Stadium des Auswahlverfahrens gilt während der Anwendung der Berücksichtigungspflicht nach § 4 Abs. 2 LOrgB-E. Die Berücksichtigungspflicht soll nämlich gerade bei der Zusammenstellung der Auswahl von Kandidaten gelten. Während dieser Phase muss also der Grundsatz der Bestenauslese uneingeschränkt gelten. In seiner Anwendung kann § 4 Abs. 2 Nr. 3 LOrgB-E – ebenso wie § 4 Abs. 2 Nr. 1 und 2 – also nur als zwingende Vorschrift wirken.

Liegt eines der Merkmale von § 4 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 LOrgBG-E vor, ist eine Auswahl unter den Bedingungen von § 4 Abs. 1 LOrgB-E also ausgeschlossen. Die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 LOrgBG-E erweisen sich entgegen der Absicht der Begründung nicht als „Regelbeispiele“, sondern Tatbestandsmerkmale, die eine zwingende Rechtsfolge auslösen.

S. Begründung, S. 33.

Der Entwurf geht deshalb unzutreffend davon aus, dass sich das Ermessen auf Null reduzieren „kann“, aber nicht muss.

S. Begründung, S. 34.

Eine entsprechend notwendig gewordene Umdeutung einer ausgewiesenen Ermessenvorschrift als zwingende Rechtsfolge hat das BVerwG etwa für § 3 NamÄndG und § 105e Abs. 1 GewO vorgenommen.

Vgl. BVerwGE 15, 207 (211 f.); 18, 247 (250 f.); 24, 15 (22). S. dazu etwa *Beuermann*, Intendiertes Ermessen, 2002, S. 40 f.; *Kaffenberger*, Das intendierte Verwaltungsermessen, 2002, S. 97-100; *Brinktrine*, Verwaltungsermessen in Deutschland und England, 1998, S. 45 f. mwN.

Die insoweit unglückliche Gestaltung von § 4 Abs. 2 LOrgB-E als Ermessensvorschrift dient zwar dem legitimen Ziel, bewusste oder unbewusste Bevorzugungen eines Geschlechts zu verhindern. Ein entsprechendes Missbrauchspotenzial liegt nämlich darin, dass die Eignung eines Kandidaten nach den Kriterien der Bestenauslese, aus denen sich „im Ergebnis ggf. nur graduelle Unterschiede ergeben“, oftmals einer gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilung ausgesetzt ist.

Begründung, S. 34; vgl. BVerwGE 147, 244 (252).

Doch vermag dieser Zweck die dogmatische Fehlkonstruktion des mit § 4 Abs. 2 LOrgB-E gewählten legislativen Mittels zwar zu erklären, keinesfalls aber den zwingenden Inhalt der Ausnahmetatbestände zu verändern.

2. § 7 LOrgBG-E als formell-gesetzliche Regelung des Binnenverhältnisses der Landesregierung

§ 7 LOrgBG-E übernimmt die binnenrechtliche Verfahrensregelung der Zustimmungspflicht des für Gleichstellung zuständigen Ministeriums, die bislang auf einem Ministeriumserlass sowie Kabinettsbeschluss gründete, in ein formelles Landesgesetz. Ob darin ein Zugriff auf die in Art. 52 Abs. 3 LVerf SH geschützte Organisationsgewalt der Landesregierung liegt, hängt davon ab, ob der Regelungsinhalt rein verwaltungsorganisatorisch zu verstehen ist oder staatsleitende Elemente hat, die in den nach Art. 52 Abs. 3 LVerf SH garantierten Bereich der Organisationsgewalt fallen.

Maßgeblich ist insoweit, ob mit der gewählten Form der Normierung als formelles Gesetz der dauerhafte Bestand eines für Gleichstellung zuständigen Ministeriums unzulässigerweise garantiert wird und die Landesregierung in der Willensbildung durch Kabinettsbeschluss sowie der Ministerpräsident in Ausübung seiner Richtlinienkompetenz den Zugriff auf das Auswahlverfahren zur Besetzung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen verliert.

Das Kabinettbildungsrecht wäre beeinträchtigt, wenn § 7 LOrgBG-E den dauerhaften Bestand eines speziellen Ministeriums für Gleichstellung voraussetzte, sodass mit dieser einfachgesetzlichen Fixierung nach dem Vorrang des Gesetzes zugleich die Bindung auch der nachfolgenden Regierung zur Einrichtung eines für Gleichstellung zuständigen Ministeriums einträte.

Mit einer Zuständigkeitsregelung geht im Regelfall allerdings gerade nicht die Bestandsgarantie eines bestimmten Ministeriums einher, sondern nur die Übertragung an „das für das jeweilige Fachgebiet zuständige Ministerium“.

Hermes, in: Dreier (Hg.), 3. Auflage 2015, Art. 64 Rn. 23; vgl. auch *Brandner/Uwer*, DÖV 1993, 107 (109 ff.).

Allein aus der Normierung als formelles Gesetz ergibt sich also keine Verpflichtung zur Errichtung eines bestimmten Ministeriums für Gleichstellung. Vielmehr kann verfassungsrechtlich als vorausgesetzt gelten, dass die Landesregierung sich dem Förderungsauftrag nach Art. 9 S. 1, 2 LVerfSH annimmt und zumindest irgendeinem Ministerium die Kompetenz für Gleichstellungsfragen überträgt. Zumal der Regierung eine „Allzuständigkeit im Exekutivbereich“ zukommt.

Terminologie bei *Loschelder* in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2007, § 107 Rn. 26.

Eine Verletzung des in Art. 36 Abs. 3 LVerfSH sowie in der Richtlinienkompetenz des Ministerpräsidenten vorausgesetzten Kabinettsbildungsrechts ist also abzulehnen.

Weiterhin könnte § 7 LOrgBG-E die aus dem Kollegialprinzip folgende gleichmäßig verantwortliche Stellung der Landesminister, die verfassungsrechtlich nur durch die Stellung der Finanzministerin durchbrochen wird, Art. 60 Abs. 1 S. 1 LVerfSH, berühren.

Vgl. in Bezug auf das Grundgesetz BeckOK GG/*Epping*, 49. Ed. 15.11.2021, GG Art. 65 Rn. 10; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Schröder*, 7. Aufl. 2018, GG Art. 65 Rn. 38.

Aus der verfassungsrechtlichen Normierung des Zustimmungsrechts des Finanzministers in Art. 60 LVerfSH als „Ausnahmevorschrift“ kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass die Minister im Übrigen gleichberechtigt sind.

Terminologie bei *Ewer*, in: Becker/Brüning/Ewer/Schliesky (Hg.), 2021, Art. 60 Rn. 3.

Unter dieser Annahme müssen auf landesverfassungsrechtlicher Ebene ähnlich wie auf Bundesebene Vorzugs- und Widerspruchsrechte einzelner Ministerien unter die Bedingung einer besonderen verfassungsrechtlichen Grundlage bzw. sachlicher Notwendigkeit gestellt werden.

Siehe in Bezug auf das Grundgesetz *Meinel*, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, 2019, S. 393 f.; *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Auflage 1998, S. 182 ff.; *Oldiges*, Die Bundesregierung als Kollegium, 1983, S. 169 ff. (insb. 173 f.); *Busse*, GeschO BReg, 3. Auflage 2018, § 26 Rn. 2.

Indes ist das Vorzugsrecht der Ministerin für Gleichstellung bezogen nur auf die Personalentscheidungen zu öffentlichen Unternehmen bzw. dem ministerialen Einfluss auf deren Organbesetzung. Es dürfte sich insoweit um eine rein verwaltungsorganisatorische Regelung handeln, die jedenfalls außerhalb des zugriffssicheren Kernbereichs der Organisationsgewalt der Regierung nach Art. 52 Abs. 3 LVerfSH steht. Anders läge es möglicherweise, wenn das Gesetz etwa die Erforderlichkeit der Zustimmung des Ministeriums für alle Fragen der Gleichstellung normierte.

3. Der Inhalt der Berücksichtigungspflicht

Neben diesen verfassungsrechtlichen Problemlagen ist dem Landtag auch eine Konkretisierung der Berücksichtigungspflicht nach § 4 Abs. 1 S. 1 LOrgBG-E naheulegen.

Ein bloßes „Berücksichtigen“ der Gleichstellung bei der Zusammenstellung einer Kandidatenauswahl wäre auch dann noch erfüllt, wenn im Ergebnis des Besetzungsverfahrens tendenziell trotzdem ein Geschlecht bevorzugt wird. Das gilt sowohl für die spätere Besetzung als auch für das ausgewiesene Ziel des Entwurfs: die Rekrutierung potenzieller Kandidaten. Dieses Risiko kann zwar durch die Darlegungs- und Zustimmungspflicht nach § 7 Abs. 3 des für Gleichstellung zuständigen Ministeriums abgedeckt werden.

Begründung, S. 34.

Aber zur zielführenden Anwendung des Gesetzes wäre zu empfehlen, die eine Legaldefinition von „berücksichtigen“ in § 2 LOrgBG-E zu ergänzen, um den Begriff zu konkretisieren. Insofern gibt die Begründung des Entwurfs den Inhalt von § 4 Abs. 1 S. 1 LOrgBG-E nur ungenau wieder: § 4 Abs.1 S. 1 LOrgBG-E ist eben keine „Mussvorschrift zur gleichteiligen Besetzung der Organe“, sondern nur zur Berücksichtigung der Gleichstellung bei der Rekrutierung geeigneter Kandidaten.

Begründung, S. 27.

Dieses Klarstellungsbedürfnis betrifft in gleichem Maße auch die im Übrigen grundsätzlich zu begrüßenden Änderungen des Sparkassengesetzes.

Vgl. Art. 2 des Gesetzes Nr. 8 c) zu § 9 Abs. 2 S. 1 SpkG-E (vgl. S. 44 der Begründung), Nr. 8 d) zu § 9 Abs. 3 S. 3, 4 SpkG-E (vgl. S. 46 der Begründung) und in Nr. 24 d) zu § 36 Abs. 9 SpkG-E (vgl. S. 50 der Begründung).

4. Vereinbarkeit mit dem Kreditwesengesetz

Die Änderungen der Zusammensetzung von Vorstand und Verwaltungsrat der Sparkassen sind auch an den bundesrechtlichen Anforderungen des Kreditwesengesetzes zu messen, § 25c, 25d KWG. Insbesondere müssen die Mitglieder des Vorstands fachlich geeignet und zuverlässig sein und der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ausreichend Zeit widmen, § 25c Abs. 1 S. 1 KWG. Dem entspricht die Streichung von § 13 Abs. 3 SpkG, der keine höheren Anforderungen als § 25c KWG enthielt. Für den Verwaltungsrat enthält § 25d Abs. 1 S. 1 KWG umfangreiche Anforderungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats. Sind die entsprechenden Voraussetzungen – z.B. Sachkunde, Zuverlässigkeit, zeitliche Verfügbarkeit – nicht (mehr) gegeben, kann auch die zuständige Aufsichtsbehörde (zumeist die BaFin) die Abberufung des Organwalters verlangen. Insoweit ist zu begrüßen, dass § 9 Abs. 1 SpkG-E die fachlichen Anforderungen für mindestens ein Drittel der weiteren sachkundigen Mitglieder des Verwaltungsrats erhöht.

Hierzu mit Blick auf die Verwaltungsräte von Sparkassen *Henneke*, Kommunale Sparkassen, S. 385 ff.

Die Kriterien der Sachkunde, fachlichen Eignung und Zuverlässigkeit sind also auch bei der Herstellung der paritätischen Besetzung bzw. der gleichmäßigen Berücksichtigung der Geschlechter zu erfüllen.

Für Rückfragen stehe ich jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Professor Dr. Florian Becker