

Landtag Nordrhein-Westfalen
Platz des Landtags 1
40221 Düsseldorf

Per E-Mail: anhoerung@landtag.nrw.de



31. August 2017

Aktenzeichen: **B0140/17**
(Bitte stets angeben)

**Gesetz zur Änderung des Landesbeamtengesetzes NRW
und weiterer landesrechtlicher Vorschriften**
Drucksache 17/78
Anhörung des Haushalts- und Finanzausschusses
am 5. September 2017

Sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

gerne komme ich auf Ihre Einladung zur Anhörung über die geplante Anpassung des Landesbeamtengesetzes zur Abänderung der mit Wirkung zum 1. Juli 2016 in Kraft getretenen sogenannten Frauenförderung zurück und nehme nachfolgend zu dem mir vorgelegten Gesetzesentwurf vom 4. Juli 2017 Stellung.

Im Rahmen des Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes aus der letzten Legislaturperiode vom 14. Juni 2016 (GV.NRW S. 310) wurde im Rahmen der Neuverkündung des Landesbeamtengesetzes Nordrhein-Westfalen (LBG NRW) in der Neufassung des § 19 Abs. 6 LBG NRW eine Regelung eingefügt, mit welcher ein Beitrag zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern im Zuge der Durchführung von Auswahlentscheidungen für beamtenrechtliche Beförderungen beabsichtigt war.

Hierbei war von Anfang an absehbar, daß die gewählte Gestaltung in einem Spannungsfeld mit den Grundsätzen der vorrangig eigennutzen- und leistungsbezogenen Beförderung unter Beachtung der

Rechtsanwalt

Mark Fröse

Lehrbeauftragter an der
FHöV NRW für Beamtenrecht
Tätigkeitsschwerpunkte
Beamten-, Arbeits-, und
Strafrecht

Rechtsanwalt

Wolfgang Reuter †

FA für Arbeitsrecht
Tätigkeitsschwerpunkte
Beamten-, Arbeits- und
Vertragsrecht

Rechtsanwalt

Dr. Richard Bley ¹

Tätigkeitsschwerpunkte
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Gladbacher Straße 6
40219 Düsseldorf
kanzlei@reuter-froese.de

Deutsche Bank
Kto.-Inhaber RA Fröse
BLZ 300 700 24
Konto 063 95 83
IBAN DE25 3007 0024 0063 958300
BIC DEUTDE33

in überörtlicher Bürogemeinschaft

Rechtsanwälte

Scherello und Kollegen

Rechtsanwalt

Christian Scherello ²

Tätigkeitsschwerpunkte
Insolvenz-, Vollstreckungs- und
Gesellschaftsrecht

Rechtsanwältin

Stefanie Kramer-Lips ^{1 2}

Tätigkeitsschwerpunkte
Verkehrs-, Miet und
privates Baurecht

Riemannstraße 56
04107 Leipzig
info@schерello-pp.de

¹ freier Mitarbeiter

² Mitglied der Rechtsanwaltskammer Sachsen

Grundsätze nach Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) stehen würde. Nachdem die Neufassung des § 19 Abs. 6 LBG NRW von mehreren Verwaltungsgerichten und zuletzt dem Oberverwaltungsgericht des Landes Nordrhein-Westfalen (Beschlüsse vom 21. Februar 2017, 6 B 1109/16, 6 B 1110/16, 6 B 1378/16, 6 B 1102/16, 6 B 1152/16 und 6 B 1131/16) für nicht mit dem Grundgesetz zu vereinbaren erachtet wurde, erwog die zwischenzeitlich aus dem Amt geschiedene Landesregierung zunächst eine Prüfung dieser Frage vor dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen. Dieses Vorgehen soll nicht mehr weiter verfolgt werden. Vielmehr soll mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf – möglicherweise nur als einstweilige Lösung – die bis zum 30. Juni 2016 geltende Rechtslage im wesentlichen wieder hergestellt werden, da die vorbezeichnete Regelung auch zahlreiche tatsächliche Irritationen ausgelöst hat.

1.)

Der maßgebliche Gegenstand der betroffenen gesetzlichen Regelung liegt in der Festlegung der maßgeblichen Auswahlkriterien bei der Besetzung sogenannter Beförderungämter für Beamtinnen und Beamte (im Folgenden wird zur Vereinfachung der Lesbarkeit ausschließlich von Beamten gesprochen werden; sofern nichts anderes ausdrücklich bestimmt ist, umfaßt dies sowohl weibliche als auch männliche Beamte und Beamtinnen) im Dienste des Landes Nordrhein-Westfalen.

Die seit dem 30. Juni 2016 in Kraft getretene Fassung des § 19 Abs. 6 LBG NRW bestimmt,

- in Satz 1, daß Beförderungsentscheidungen „nach den Grundsätzen des § 9 des Beamtenstatusgesetzes vorzunehmen“ sind, wobei hier im Wortlaut auf Art. 33 Abs. 2 GG in Bezug genommen wird.
- Weiter wird in Satz 2 bestimmt, daß Frauen „bei in wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung“ dann bevorzugt befördert werden sollen, wenn nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen;
- dies wird in den Sätzen 4 ff. dadurch weiter eingeschränkt, daß eine solche „Frauenförderung“ ausschließlich dann greifen soll, wenn Frauen in der betroffenen Beamtengruppe tatsächlich als unterrepräsentiert betrachtet werden müssen.
- Das Kernstück der Regelung, welches vorrangig Kritik auf sich zog und zieht, besteht in der Regelung in Satz 3, daß bereits von einem Eignungsgleichstand ausgegangen werden soll, „wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist“.

Die geplante Neufassung des Gesetzes verfolgt die Absicht, hinsichtlich der rechtlichen Praxis bei der Durchführung von Auswahlverfahren für Beförderungsentscheidungen zu derjenigen Rechtslage zurückzukehren, die bis zum 30. Juni 2016 bestand.

In der Neuregelung wird in § 19 Abs. 6 Satz 1 LBG NRW die Bezugnahme auf § 9 Beamtenstatusgesetz wortgleich übernommen. In Satz 2 der geplanten Neuregelung ist vorgesehen, daß - wiederum unter dem Vorbehalt der Unterrepräsentation von Frauen im jeweiligen Beförderungsamte der Laufbahn – weibliche Beamte „bei gleicher Eignung und Befähigung und fachlicher Leistung“ bevorzugt zur Beförderung ausgewählt werden sollen, dies auch ausschließlich dann, wenn nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.

Die weiteren im Gesetzesentwurf enthaltenen Änderungen zum Landesgleichstellungsgesetz (LGG) nehmen auf die vorbezeichnete Rückanpassung der Grundsätze zur Einbeziehung des Geschlechts von Bewerbern bei Beförderungsentscheidungen Bezug

und enthalten Regelungen zur Umsetzung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes im Lande Nordrhein-Westfalen.

2.)

Auch wenn es im Hinblick auf die umfangreiche Befassung des Landtages mit dem Thema der beamtenrechtlichen Beförderung redundant erscheinen mag, erlaube ich mir vorab noch einmal kurz auf die grundsätzlichen – rechtlichen und auch tatsächlichen – Gegebenheiten im Hinblick auf Beförderungsgesamtscheidungen für Beamte hinzuweisen und diese überschlällig darzustellen.

a)

Ausgehend davon, daß bestimmte staatliche Aufgaben ausschließlich von solchen „Angehörigen des öffentlichen Dienstes [...] die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“, also Beamten wahrgenommen werden sollen (Art. 33 Abs. 4 GG), erfolgt der Zugang in ein solches Beamtenverhältnis unter der Beachtung von Art. 33 Abs. 2 GG maßgeblich nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Dieser Grundsatz der Bestenauslese gilt nicht nur für den Erstzugang in ein Beamtenverhältnis, sondern auch für jede maßgebliche statusrechtliche Änderung, also vorrangig für die Übertragung eines solchen Amtes, welches mit einem höheren Grundgehalt verbunden ist (sogenanntes Beförderungsamts).

Die Bestenauslese dient auf der einen Seite der Sicherstellung der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes im allgemeinen Interesse und soll sicherstellen, daß hoheitliche Aufgaben ausschließlich von solchen Personen wahrgenommen werden, welche zur Ausübung dieser Aufgaben bestmöglich geeignet und qualifiziert sind. Gleichzeitig begründet Art. 33 Abs. 2 GG als grundrechtsgleiches Recht einen subjektiven Rechtsanspruch von solchen Personen, welche sich um ein Amt – also die Aufnahme in ein Beamtenverhältnis bzw. die Übertragung eines Beförderungsamtes – bewerben. Auch wenn kein Beamter einen originären Anspruch auf Beförderung hat, hat er einen Anspruch darauf, daß seine Bewerbung um eine Beförderung nach den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Grundsätzen einbezogen wird; hierbei handelt es sich um den sogenannten Bewerbungsverfahrensanspruch.

Für die Umsetzung dieser Grundsätze in ein dementsprechendes Auswahlprocedere ist zunächst auf § 92 LBG NRW zu verweisen, in welchem geregelt ist, daß Beamte hinsichtlich ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistungen beurteilt werden sollen. Diese gesetzliche Regelung sah und sieht vor, daß solche dienstlichen Beurteilungen in bestimmten zeitlichen Abständen erfolgen, so daß ein Bild der Leistungsfähigkeit eines jeden Beamten über seine gesamte Dienstvita hinweg gezeichnet werden kann.

Bei der Erstellung dienstlicher Beurteilungen erfolgt die Bewertung sowohl hinsichtlich des Gesamturteils als auch hinsichtlich jeweils vorgesehener Einzelfeststellungen relativ. Es erfolgt also keine sich an absoluten Kriterien orientierende Bewertung in der Art von Schulnoten, sondern immer eine Bewertung der Leistungen eines individuellen Beamten im Vergleich zu solchen Beamten, welche nach Statusamt und Aufgabenbereich als vergleichbar angesehen werden müssen. Die Bewertung geht dabei von einem statistischen Durchschnitt aus; die „Normalverteilung“ wird durch das Einhalten von Richtwerten nachvollzogen. Der letztlich einzig maßgebliche Zweck der Erstellung dienstlicher Beurteilungen ist das Vorbereiten von sinnvollen und zugleich möglichst gerechten Auswahlentscheidungen für Beförderungen.

Hiervon ausgehend hat sich eine gefestigte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, des Oberverwaltungsgerichts, aber auch des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesverfassungsgerichts entwickelt, nach welcher nur ausnahmsweise solche Gesichtspunkte in einer Auswahlentscheidung einbezogen werden dürfen, die keinen unmittelbaren Bezug zur Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber aufweisen. Dazu hat ein Dienstherr bei einem Abgleich der Eignung und Leistungsfähigkeit mit mehreren Bewerbern zuvorderst auf sogenannte Aktenlage zurückzugreifen, bevor er andere Maßnahmen in der Erkenntnisgewinnung nutzt.

Dies wiederum bedeutet für die Praxis, daß im Rahmen einer Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewerbern für ein Beförderungsamtsamt im ersten Schritt das Gesamturteil der aktuellen, also letzterstellten dienstlichen Beurteilung zu vergleichen ist. Ist hiernach von einem sogenannten Eignungsgleichstand auszugehen, muß der Dienstherr die Einzelfeststellungen der aktuellen dienstlichen Beurteilung vergleichen, wobei sich ein rein mathematischer Abgleich verbietet, sondern vielmehr diese Einzelfeststellungen ausgeschärft und inhaltlich abgeglichen werden müssen. Ist auch hiernach weiterhin von der gleichen Eignung mehrerer Bewerber auszugehen, greift der Dienstherr auf die Vorbeurteilung, also die letztzuvor erstellte dienstliche Beurteilung, zurück, vergleicht hier das Gesamturteil und – sollte eine Eignungsdifferenzierung soweit immer noch nicht möglich sein – schärft die Einzelfeststellung der dienstlichen Beurteilung inhaltlich aus und vergleicht sie.

Dazu hat die vorbezeichnete, gefestigte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und des Bundesverfassungsgerichts bereits mehrfach festgestellt, daß ein Einengen des Feldes derjenigen Beamten, welche für eine Beförderungentscheidung in Betracht kommen, gleichfalls nur ganz ausnahmsweise durch solche formalen Voraussetzungen erfolgen darf, welche nicht auf der Grundlage von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung stehen. Vielmehr muß der Dienstherr davon ausgehen, daß jeder Laufbahnbewerber sich grundsätzlich diejenigen besonderen Kenntnisse und Fertigkeiten verschaffen kann, welche zur Erfüllung der künftigen, mit der Betrauung mit einem Beförderungsamtsamt verbundenen Aufgaben erforderlich sind.

b)

Die seit dem 30. Juni 2016 geltende Fassung des § 19 Abs. 6 LBG NRW stellt insoweit einen erheblichen Eingriff in die Praxis der Auswahlverfahren dar, als das hier in Satz 3 der gesetzlichen Regelung vorgesehen ist, daß ein Gleichstand, und sei es auch nur „im wesentlichen“, der Eignung von zwei Bewerbern bereits dann angenommen werden muß, wenn der weibliche Beamte und der männliche Beamte in ihrer aktuellen dienstlichen Beurteilung ein gleichwertiges - praktisch wegen der Begrenztheit der Bewertungsskalen letztlich: gleiches – Gesamturteil aufweisen. Die Regelung kürzt insoweit die Prüfung der Aktenlage von vier Unterschritten auf nur eine Prüfungsstufe.

Für die Praxis ist ergänzend hinzuweisen, daß bis zum 30. Juni 2016 diejenigen Vorgesetzten, welche mit der Erstellung dienstlicher Beurteilungen befaßt waren (sogenannte Beurteiler/Erstbeurteiler), davon ausgehen konnten und mußten, daß sie einen erkennbaren und zu beachtenden, zugleich aber auch nicht überwiegenden Eignungsvorsprung eines männlichen gegenüber einem weiblichen Beamten dadurch hinreichend zum Ausdruck gebracht haben, daß beide Beamte ein gleiches Gesamturteil in ihrer Bewertung erhielten, die besser geeignete Person aber eine bessere Bewertung in den sogenannten Einzelmerkmalen erhielt.

Die Regelung des § 19 Abs. 6 LBG in der ab dem 30. Juni 2016 geltenden Fassung hat deswegen zum einen zur Folge, daß beim Abgleich von dienstlichen Beurteilungen, welche vor dem 30. Juni 2016 erstellt worden sind, von einer Verzerrung der Vergleichsmaßstäbe ausgegangen werden muß; Auswahlentscheidungen, welche auf solche dienstlichen Beurteilungen gestützt werden und bei welchen die „Frauenförderung“ angewendet wird, können eine tatsächlich, wie oben dargestellt, „schlechter“ geeignete Beamtin einem ihr gegenüber „besser“ geeigneten männlichen Bewerber vorziehen. Bei einer Fortgeltung des § 19 Abs. 6 LBG NRW in seiner gegenwärtigen Fassung ist zum zweiten zu beachten, daß ein Beurteiler der besseren Eignung eines männlichen Beamten ausschließlich dadurch hinreichenden Ausdruck verschaffen kann, daß er bei der Erteilung einer dienstlichen Beurteilung ihm ein besseres Gesamturteil als seiner leistungsschwächeren Kollegin zuweist. Insoweit ist zu befürchten, daß künftig weibliche Beamte letztlich im Ergebnis durch die Regelung sogar benachteiligt werden können, da sie auf dieser Grundlage befürchten müssen, wegen des Zwecks der dienstlichen Beurteilung zur Erstellung von Beförderungsranglisten ein schlechteres Gesamturteil zu erhalten als es ohne diese gesetzliche Regelung der Fall gewesen wäre.

3.)

Die im vorliegenden Gesetzesentwurf geplante Änderung der Rechtslage ist allenfalls dann problematisch, wenn die in der gegenwärtigen Fassung des § 19 Abs. 6 LBG NRW vorgesehene sogenannte Frauenbeförderung rechtlich geboten wäre.

Im Zuge der Begründung des Gesetzesentwurfs sowie in den anschließenden vor den Verwaltungsgerichten und dem Oberverwaltungsgericht NRW geführten Verfahren wurde Bezug genommen auf ein ausführliches Rechtsgutachten der Kollegen Papier und Heidebach vom 30. Mai 2014, in welchem eine Notwendigkeit für gesetzliche Maßnahmen zum Abbau von Benachteiligungen von Frauen aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gefolgert wurde. Im Gutachten wurde dabei die Auffassung vertreten, daß zwischen den Regelungen nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 33 Abs. 2 GG ein Spannungsverhältnis bestehe, welches nach der „Methode der praktischen Konkordanz“ aufzulösen sei. Im Gutachten wurde dargestellt, daß nach Auffassung der Autoren zwar eine starre Quotenregelung zugunsten von weiblichen Beamten bei der Auswahl für Beförderungssämter ausgeschlossen sei, die Verkürzung der Tatsachengrundlage beim Treffen von Auswahlentscheidungen aber einen schonenden Ausgleich im vorgenannten Sinne darstelle.

Nach den oben benannten Beschlüssen des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 21. Februar 2017 sollte es deswegen bereits nicht auf die zuvor vom Verwaltungsgericht Düsseldorf in seiner Begründung im Eilverfahren (vgl. Beschluß vom 5. September 2016, 2 L 2866/16) maßgeblich gehaltene fehlende Gesetzgebungskompetenz des Landes ankommen. Der Senat vertrat vielmehr die Auffassung, daß die gewählte Gestaltung zur Verkürzung der Tatsachengrundlage einer Auswahlentscheidung eine Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG darstelle. Der Senat hat hier ausdrücklich ausgeführt: „Der vorgenommene Qualifikationsvergleich läßt leistungsbezogene Erkenntnisse die sich aus den aktuellen Beurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen ergeben und bei der Berücksichtigung der Hilfskriterien bei der Frauenförderung auf ihre Aussagekraft hin hätten ausgewertet werden müssen, gänzlich unberücksichtigt.“

Das Oberverwaltungsgericht hat dazu ausgeführt, daß es die bis zum 30. Juni 2016 geltende Rechtslage für zulässig hielt, weil hiernach das Geschlecht der Bewerber als sogenanntes Hilfskriterium erst dann in einer Auswahlentscheidung einzubeziehen war,

„wenn der Dienstherr nach Auswertung aller ihm zur Verfügung stehenden leistungsbezogenen Erkenntnissen zu einem Qualifikationsgleichstand“ des männlichen Bewerbers und der weiblichen Bewerberin gelangt ist. Insoweit komme einer Auswertung aller tatsächlich zur Verfügung stehenden Tatsachenerkenntnisse über den Leistungsstand der Bewerber vorrangige Beachtung zu.

Dazu gab das OVG zu bedenken, daß auch ausgehend von einem Handlungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zum Abbau solcher Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, im Vorfeld der Auswahlentscheidung um ein Beförderungssamt Maßnahmen getroffen werden können, welche den Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG nicht tangieren. Dabei mag es sein, daß die Korrektur bestehender Nachteile für Frauen eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen voraussetze, welche über einen längeren Zeitraum angewendet werden müßten und nur allmählich in allen Ebenen des öffentlichen Dienstes zu greifen vermögen. Ein solches milderer Mittel sei einem Eingriff in das Prinzip der Bestenauslese vorzuziehen.

Auf dieser Grundlage ist davon auszugehen, auch wenn sich bislang kein Verfassungsgericht zu den maßgeblichen Rechtsfragen geäußert hat, daß die derzeit bestehende Gesetzeslage zur sogenannten Frauenförderung nicht verfassungsmäßig geboten ist.

4.)

Im Ergebnis halte ich fest, daß es durchaus nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür gibt, daß weitere Maßnahmen zum Abbau geschlechtsbezogener Benachteiligung auch und gerade für Beamte des Landes Nordrhein-Westfalen getroffen werden sollten und müssen.

Solche Regelungen haben aber dergestalt zu erfolgen, daß andere Grundrechte, insbesondere hier der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG, soweit wie möglich gewahrt werden. Dabei ist für solche Regelungen, auch aus verfassungsrechtlichen Gründen, zu beachten, daß sie tatsächlich geeignet sein müssen, das verfolgte Ziel auch mittelfristig zu erreichen, bzw. zumindest zu fördern, so daß tatsächlich geeigneten und interessierten weiblichen Beamten der Zugang zu Führungspositionen im öffentlichen Dienst erleichtert wird bzw. bestehende Benachteiligungen von weiblichen Beamten beim Erreichen von Führungspositionen abgebaut werden. Das Oberverwaltungsgericht hat in seinen zitierten Entscheidungen vom 21. Februar 2017 bereits Ansatzpunkte für solche Regelungen aufgezeigt.

Vor diesem Hintergrund halte ich die geplante Gesetzesänderung sowohl für sinnvoll als auch für geboten.

Mit freundlichen Grüßen

(Mark Fröse)
Rechtsanwalt