

1. August 2016

Frauenförderung in Beförderungsentscheidungen § 19 Abs. 6 Landesbeamtengesetz NRW neue Fassung

Im Schach wird die Weltmeisterschaft – nach wie vor und seit 1927 – für Frauen gesondert ausgetragen, dies vielleicht „Weil es eben um Denkkraft und Konzentrationsfähigkeit geht?“ (vgl. Frankfurter Allgemeine vom 1. August 2016, „Warum Frauenschach?“). Die sogenannte Frauenförderung, also die Bevorzugung von Frauen bei gleicher Eignung, Leistung und Befähigung in solchen Feldern, in welchen Frauen bislang unterrepräsentiert sind, stellt ein legitimes Ziel dar. Mit Frauenförderung soll eine Ungerechtigkeit beseitigt und echte Gleichbehandlung ohne Benachteiligung wegen des Geschlechts hergestellt werden.

In der seit dem 1. Juli 2016 geltenden Neufassung des § 19 Abs. 6 Sätze 2 und 3 Landesbeamtengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (LBG NRW) ist vorgesehen:

„Frauen sind bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne von Satz 2 ist in der Regel auszugehen, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist.“

Die sich aus § 19 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW ergebende Regelung entspricht dem bereits bislang Geltenden: Ist nach einer sorgfältigen Tatsachenermittlung (zur Eignung der Bewerber) eine hinreichende Differenzierung nicht möglich, kommen nicht an die Leistung anknüpfende Hilfskriterien als Auswahlkriterium zum Zuge, wobei die Frauenförderung als gesetzliches Hilfskriterium – eben wegen des legitimen Ziels, geschlechtsbezogene Benachteiligung abzubauen – im Zweifelsfalle Vorrang vor anderen Hilfskriterien wie Lebensalter, Dienstalder oder dergleichen hat. Denn ein bestimmtes Geschlecht, sei es männlich oder weiblich, ist eben keine Leistung, kein Verdienst, sondern ein von der Natur (oder einer höheren Kraft) verteiltes Merkmal, wobei der Dienstherr als höhere Kraft dabei nachhelfen soll, daß eine Gruppe, die bislang traditionell auch in der westlichen Gesellschaft benachteiligt wurde, endlich die angemessene – gleiche – Beachtung findet, und zwar auch bei der Besetzung von Beförderungsstellen und Führungspositionen. Soweit, so gut.

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 Bley¹

Tätigkeitsschwerpunkte
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

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

in überörtlicher Bürogemeinschaft

Rechtsanwälte

Scherello und Kollegen

Rechtsanwalt

Christian Scherello²

Tätigkeitsschwerpunkte
Insolvenz-, Vollstreckungs- und
Gesellschaftsrecht

Rechtsanwältin

Stefanie Kramer-Lips^{1 2}

Tätigkeitsschwerpunkte
Verkehrs-, Miet und
privates Baurecht

Riemannstraße 56
04107 Leipzig
info@scherello-pp.de

¹ freier Mitarbeiter

² Mitglied der Rechtsanwaltskammer Sachsen

Es ist § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW, der zu Bestürzung führt – und den Gedanken nahelegt, daß hier eine gute Absicht (Abbau von struktureller Benachteiligung unter Beachtung der geltenden Rechtsvorschriften, also insbesondere Artikel 33 Abs. 2 und 5 des Grundgesetzes) dazu geführt hat, daß jemand gar nicht, aber so überhaupt gar nicht über die weiteren Folgen einer Neuregelung nachgedacht hat. Vor allem sich gar nicht die Frage gestellt hat, welche Auswirkungen die Regelung insgesamt haben soll und hat.

Bislang, das entspricht der seit Jahren herrschenden Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in Land und Bund, erfolgt eine Bestenauslese für eine Stellenausschreibung - das ist: die Auswahl des für eine Beförderungsernennung am besten geeigneten Bewerber im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG – erfolgt der Eignungsvergleich im ersten Schritt anhand der Gesamtbewertung der aktuellen dienstlichen Beurteilung, im zweiten Schritt (steht nach dem ersten Schritt noch kein Ergebnis zur Verfügung) anhand einer Betrachtung der Einzelbewertungen in dieser aktuellen dienstlichen Beurteilung, im dritten Schritt anhand der Gesamtbewertung der zuletzt vor der aktuellen erteilten dienstlichen Beurteilung und im vierte Schritt anhand einer Betrachtung der Bewertung der Einzelmerkmale dieser Beurteilung. Dabei weiß jeder mit dem Beamtenrecht Befäßte: dienstliche Beurteilungen dienen ausschließlich der Vorbereitung von Beförderungsentscheidungen, sie sollen die Erkenntnisgrundlage für eine aufgeklärte und „richtige“ Auswahlentscheidung bilden. Mit der Frage, wann denn von einer nach Lage der dienstlichen Beurteilung „im Wesentlichen gleichen“ Bewertung auszugehen sei, hatten sich die Verwaltungsgerichte zu befassen, wenn der Dienstherr eine weitere leistungsbezogene Erkenntnisquelle anzapfen und ausschöpfen wollte, hier vor allem das Durchführen von Auswahlgesprächen im Rahmen strukturierter Interviews, oder für seine Auswahlentscheidung auf – nicht aus Art. 33 Abs. 2 GG und dem leistungs- und eignungsbezogenen Zugang zum Amte herzuleitende – Hilfskriterien einschließlich demjenigen des Geschlechts zurückgreifen wollte. Der Rückgriff auf solche Hilfskriterien war ausschließlich zulässig, wenn eine leistungs- und eignungsbezogene Differenzierung der Eignung der Bewerber und damit eine auf Eignungsgesichtspunkten beruhende Auswahl des am besten geeigneten Bewerbers schlichtweg nicht möglich waren. Ein System der „Bestenauslese“, welches zahlreiche Schwächen aufweist, aber mit dessen Spielregeln alle Beteiligten – die betroffenen Beamten, die Verantwortlichen in den Behörden und die Ersteller von dienstlichen Beurteilungen – vertraut waren, so daß eine mehr oder weniger „gerechte“ Anwendung möglich war und eine tatsächlich sich an – durch vergangene Leistungen dokumentierte – der Eignung der Bewerber erfolgende Auswahl des zu befördernden Beamten erfolgen konnte. Die Neuregelung wirft dieses – zugegeben: manchmal mehr schlecht als recht, aber insgesamt immerhin: – im wesentlichen funktionierende System über den Haufen. Von heute auf morgen bzw. von gestern auf heute.

Eine kleine Nebenfrage zur Anwendbarkeit ergibt sich schon daraus, ob ausschließlich im Bereich der „Frauenförderung“ solche dienstlichen Beurteilungen als „im Wesentlichen gleich“ gelten sollen, welche das gleiche Gesamtergebnis aufweisen. Oder gilt dies auch für den Rückgriff auf den nächsten Schritt der Erfassung der Aktenlage zur Eignung (der dienstlichen Beurteilungen)? Und wie ist es mit dem gelegentlich erforderlichen Rückgriff auf weitere Erkenntnisquellen, das Führen von Auswahlgesprächen? Nach dem Wortlaut der Regelung dürfte ausschließlich die Frauenförderung von der neuerdachten Legaldefinition von „im Wesentlichen gleich“ profitieren, aber gesetzessystematisch – und im Blick auf Geschlechtergerechtigkeit - erscheint dies doch gewagt.

Dabei wird auch die Anwendung der Vorschrift zu Fragen führen: Der Wortlaut von § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW geht von einer „im Wesentlichen gleichen“ dienstlichen Beurteilung aus, wenn es sich um die aktuelle dienstliche Beurteilung handelt. Also hat ein Hilfskriterium, das Geschlecht, Vorrang zu weiteren möglichen Erkenntnisgewinn aus leistungs- und eignungsbezogenen Quellen, so der Betrachtung der Einzelmerkmale der aktuellen dienstlichen Beurteilung und dem Rückgriff auf die Vorbeurteilung? Ist eine solche Umdeutung des Art. 33 Abs. 2 GG wirklich mit dem Grundgesetz zu vereinbaren, dies unter dem Lichte einer seit Jahren gefestigten Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts?

Ein – nicht letzter, aber hier letztgenannter – Kritikpunkt ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber, mit einem Strich und Wirkung ab dem 1. Juli 2016, die zuvor sorgfältig vorgenommene Bewertung der dienstlichen Leistungen der Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen durch die Erst- und Endbeurteiler umtaxiert hat: Noch im Sommer 2014 gingen Erst- und Endbeurteiler davon berechtigt aus, daß sie bei der Erstellung von Bewertungen der fachlich bessere Leistung eines männlichen Beamten gegenüber den Leistungen einer weiblichen Beamtin dadurch hinreichend, gemessen am Zweck der dienstlichen Beurteilung, den Dienstherrn in die Lage zu versetzen, dem am besten geeigneten Bewerber zu befördern, Rechnung trugen, daß sie seine Leistungen bei gleichem Gesamtergebnis in den Einzelmerkmalen mit einer höheren Punktzahl versahen. Seit dem 1. Juli 2016 reicht das aber nicht mehr: Die dienstliche Beurteilung mit Stichtag Sommer 2014 (ebenso wie diejenige mit dem Stichtag Sommer 2011) ist inhaltlich nicht mehr richtig, weil bereits das Gesamtergebnis den Ausschlag geben soll. Man muß an dieser Stelle allen männlichen Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen dringend anraten, eine Abänderung ihrer dienstlichen Beurteilung zu beantragen – schließlich spricht eine grundsätzliche Vermutung dafür, daß sie gegenüber denjenigen weiblichen Beamten, welche bei gleichem Gesamtergebnis eine „schlechtere“ Bewertung der Einzelmerkmale erhalten haben, bei Kenntnis des § 19 Abs. 6 Satz 3 LBG NRW n. F. im Gesamtergebnis mit einer höheren Punktzahl bewertet worden wären.

Die Beseitigung von Ungerechtigkeit, die Abbau einer an einem ungeeigneten Merkmal, hier dem Geschlecht, anknüpfenden Benachteiligung ist ein gutes Ziel. Vielleicht ist es wirklich erforderlich, die Frauenförderung in der Beamtschaft weiter zu verbessern. Eine Regelung, welche weder die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG noch die praktischen Auswirkungen hinreichend beachtet, ist dazu kein geeignetes Mittel.