

Aktualisierungsdienst I zu:

Schriftenreihe Band 130

Laufbahnrecht in Bund und Ländern, 5., überarbeitete Auflage 2020

PECHSTEIN

Stand: 01.07.2020

zu ISBN 978-3-87863-229-0

© DBB Verlag GmbH

Friedrichstr. 165, 10117 Berlin

Inhalt

Anmerkung zur Gesetzesbegründung des § 19 Abs. 6 LBG NRW auf den Seiten 890 ff. der aktuellen Ausgabe – Laufbahnrecht in Bund und Ländern 2020	3
---	----------

Anmerkung zur Gesetzesbegründung des § 19 Abs. 6 LBG NRW auf den Seiten 890 ff. der aktuellen Ausgabe – Laufbahnrecht in Bund und Ländern 2020

Es erfolgt eine Korrektur zur aktuellen Ausgabe des Laufbahnrechts in Bund und Ländern 2020. Diese betrifft die alte Begründung zu § 19 Abs. 6 LBG NRW 2016 (S. 890) sowie die neue Begründung zu § 19 Abs. 6 LBG NRW 2017 (S. 891) und die Rechtsprechung (S. 892). Die doppelte Anführung der Gesetzesbegründung zum alten wie zum neuen Absatz 6 des § 19 LBG NRW soll darauf aufmerksam machen, dass diese Vorschrift schon von vornherein problematisch war.

Bei der Anführung der Begründungen erfolgte ein redaktioneller Fehler, welcher im Folgenden mit rot gekennzeichnet wurde. Die zweite Hälfte zur Gesetzesbegründung der alten Fassung beginnend mit „Der Gutachter“ wurde versehentlich an das Ende zum Rechtsprechungshinweis angefügt (S. 892 – 894). Diese zweite Hälfte zur Begründung des alten Absatz 6 des § 19 LBG NRW hätte jedoch nach dem dritten Absatz beginnend mit „Prof. Hans-Jürgen Papier“ erscheinen sollen (S. 890).

Die nunmehr korrigierte Version ist unterhalb des rot markierten Textes einzusehen.

§ 19 Beförderung

(1) Beförderungen sind die

- 1. Ernennung unter Verleihung eines anderen Amtes mit höherem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung,**
- 2. Ernennung unter Verleihung eines anderen Amtes mit höherem Endgrundgehalt bei gleicher Amtsbezeichnung und**
- 3. Ernennung unter Verleihung eines anderen Amtes mit gleichem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung beim Wechsel der Laufbahngruppe.**

Amtszulagen gelten als Bestandteile des Grundgehaltes.

(2) Eine Beförderung ist nicht zulässig

- 1. während der Probezeit,**
- 2. vor Ablauf eines Jahres seit Beendigung der Probezeit sowie**
- 3. vor Ablauf eines Jahres seit der letzten Beförderung, es sei denn, dass das bisherige Amt nicht zu durchlaufen war.**

Innerhalb von zwei Jahren vor Eintritt in den Ruhestand wegen Erreichens der Altersgrenze ist eine weitere Beförderung nicht zulässig.

Abweichend von Nummer 2 kann die Beamtin oder der Beamte wegen besonderer Leistungen ohne Mitwirkung des Landespersonalausschusses befördert werden.

(3) Vor Feststellung der Eignung für einen höher bewerteten Dienstposten in einer Erprobungszeit, für die durch Rechtsverordnung nach § 9 und § 110 Absatz 1 eine Dauer von mindestens drei Monaten festzulegen ist, darf die Beamtin oder der Beamte nicht befördert werden. Dies gilt nicht für Beförderungen in Ämter, deren Inhaberinnen oder Inhaber richterliche Unabhängigkeit besitzen, Staatsanwältinnen oder Staatsanwälte, Beamtinnen oder Beamte im

Sinne von § 37 oder Wahlbeamtinnen oder Wahlbeamte sind; in den Rechtsverordnungen nach Satz 1 können weitere Ausnahmen für Fälle des Aufstiegs zugelassen werden, wenn diesen eine Prüfung vorausgeht.

(4) Regelmäßig zu durchlaufende Beförderungsämter dürfen mit Ausnahme von Beförderungen auf der Grundlage von § 9 Absatz 1 Satz 2 Nummer 6 zweiter Halbsatz nicht übersprungen werden.

(5) Der Landespersonalausschuss kann Ausnahmen von den Beförderungsverboten (Absatz 2) und vom Verbot der Sprungbeförderung (Absatz 4) zulassen.

(6) Beförderungen sind nach den Grundsätzen des § 9 Beamtenstatusgesetzes vorzunehmen. Soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamt der Ämtergruppe eines Einstiegsamtes in einer Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, sind Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen; ist die Landesregierung die für die Beförderung zuständige Behörde, so ist maßgebend der Geschäftsbereich der obersten Landesbehörde, die den Beförderungsvorschlag macht.

Gesetzesbegründung

Im letzten Satz des Absatzes 2 wird verdeutlicht, dass in diesem Beförderungsfall eine Mitwirkung des Landespersonalausschusses nicht vorgesehen ist.

Im Absatz 4 wird klargestellt, dass das Verbot der Sprungbeförderung nicht auf den Beförderungsfall nach § 9 Absatz 1 Satz 2 Nummer 6 Anwendung findet.

Zu Absatz 6

Derzeit ist festzustellen, dass der Frauenanteil nach hohen Werten in den Eingangsamtern mit zunehmender Hierarchiestufe systematisch abnimmt. Dies war Anlass für die Landesregierung, bei dem ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Herrn Prof. em. Dr. Hans-Jürgen Papier, ein Gutachten zur „Zielquote für Frauen in Führungspositionen“ in Auftrag zu geben.

Inhalt des Gutachtenauftrages war die Erarbeitung und Darstellung der verfassungs- und europarechtlichen Zulässigkeit von verbindlichen Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst. Insbesondere sollte die Vereinbarkeit der in Frage kommenden Regelungen mit dem Prinzip der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG („Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Ämter“) einerseits und den Gleichbehandlungsgrundsätzen und der staatlichen Verpflichtung zur Vermeidung von Vor- bzw. Nachteilen wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG („Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“) andererseits geprüft werden.

Prof. Hans-Jürgen Papier sieht in seinem Gutachten eine verfassungsrechtliche Verpflichtung für eine gleichstellungsorientierte Personalpolitik. Auf der Basis der Entwicklung der Frauenanteile in Beförderungsämtern und Führungspositionen, wie sie sich nach der Datenlage der Landesgleichstellungs-

berichte darstellt, kommt der Gutachter zu dem Schluss, dass die bisher normierte leistungsbezogene Quotenregelung bei Qualifikationsgleichstand nicht zielführend gewesen sei. Grund dafür sei die durch die Rechtsprechung im Beamtenbereich gebotene Ausdifferenzierung der Leistungsmerkmale bei Auswahl- und Beförderungsverfahren, durch welche im Ergebnis praktisch immer eine Reihung des Bewerberkreises herbeigeführt werde. Da es somit kaum mehr zur Einstufung „gleiche Qualifikation“ kommen könne, laufe die vom Gesetzgeber zum Abbau der Unterrepräsentanz von Frauen vorgesehene Entscheidungsquote leer. Dieser Zustand werde dem verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebot des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht gerecht, das auch im Rahmen der Bestenauslese als Staatsziel zu berücksichtigen sei.

Gesetzesbegründung zum neu gefassten Absatz 6³

Die bisherige Fassung des § 19 Absatz 6 LBG begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine umgehende Aufhebung dieser Vorschrift ist daher zwingend erforderlich.

Die Verwaltungsgerichte Düsseldorf, Aachen und Arnberg haben ebenso wie das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen den Eilanträgen von im Beförderungsverfahren unterlegenen Beamten stattgegeben und es dem Dienstherrn vorläufig untersagt, die den Klägern jeweils vorgezogenen Mitbewerberinnen zu befördern. Die gegen diese Entscheidungen eingelegten sechs Musterbeschwerden des Landes Nordrhein-Westfalen hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen am 21. Februar 2017 zurückgewiesen (Az.: 6 B 1109/16, 6 B 1110/16, 6 B 1378/16, 6 B 1152/16 und 6 B 1131/16). Für verfassungswidrig erachtet das Oberverwaltungsgericht insbesondere § 19 Absatz 6 Satz 3 LBG NRW, wonach von einer im Wesentlichen gleichen Qualifikation bereits auszugehen sei, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweise.

Ein so reduzierter Qualifikationsvergleich verstößt nach zutreffender Ansicht des Oberverwaltungsgerichts gegen das im Grundgesetz verankerte Gebot der Bestenauslese (Artikel 33 Absatz 2 GG). Dieses gebietet, dass der für das Beförderungsamt am besten geeignete Bewerber ausgewählt wird. Auswahlentscheidungen dürfen danach nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Hierzu gehört der Aspekt der Frauenförderung ausdrücklich nicht. Wenn die dienstlichen Beurteilungen dasselbe Gesamturteil ausweisen, müssen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zunächst die Inhalte der aktuellen Beurteilungen und bei dann noch gegebenem Qualifikationsgleichstand sodann die Inhalte älterer dienstlicher Beurteilungen berücksichtigt werden, da sich aus ihnen zusätzliche Erkenntnisse ergeben können.

Der Verfassungsauftrag aus Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 GG, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, kann auch unter Wahrung des Prinzips der Bestenauslese verwirklicht werden. Der Qualifikationsvorsprung vieler Männer ist oftmals das Ergebnis einer unterbrechungslosen Erwerbsbiografie. Dieser Umstand kann relativiert oder kompensiert werden, wenn Befähigungs- und Eignungsmerkmale (zum Beispiel Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung, Persönlichkeit, Charaktereigenschaften) bei der Abfassung dienstlicher Beurteilungen und damit bei der Bildung des Gesamturteils stärker gewichtet werden. Hierdurch kann zudem erreicht werden, dass besonders diejenigen Beamtinnen und Beamten bevorzugt werden, die tatsächlich Doppelbelastungen in Beruf und Familie ausgesetzt sind. Eine nur an das biologische Geschlecht anknüpfende Frauenförderung

³ Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 17/78, S. 13f.

vernachlässigt diesen Aspekt ohne sachlichen Grund.

Darüber hinaus fehlt dem Landesgesetzgeber die Kompetenz, die Regelungen des § 19 Absatz 6 LBG NRW der bisherigen Fassung zu treffen.

Artikel 74 Absatz 1 Nummer 27 GG begründet die „ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder“ für das Laufbahnrecht. Zum Laufbahnrecht gehören sämtliche Normen, die den Grundsatz der Bestenauslese in Artikel 33 Absatz 2 GG konkretisieren oder um Hilfskriterien ergänzen. Nicht zum Laufbahnrecht zählen dagegen Normen, die den Grundsatz der Bestenauslese einschränken. Nach § 19 Absatz 6 Satz 2 LBG NRW in seiner bisherigen Fassung müssten Frauen bevorzugt werden, wenn ihre Eignung, Befähigung und fachliche Leistung mit denjenigen ihrer männlichen Mitbewerber lediglich „im Wesentlichen“ übereinstimmt. Geringfügiger Qualifikationsrückstand dürfte die Beförderung der Frau nicht verhindern. § 19 Absatz 6 Satz 2 LBG NRW macht das Geschlecht daher nicht zum Hilfskriterium, sondern lässt es in Konkurrenz zum Grundsatz der Bestenauslese treten. § 19 Absatz 6 Satz 2 LBG NRW ist deshalb kein Teil des Laufbahnrechts und nicht von der diesbezüglichen ausschließlichen Landeskompetenz umfasst.

Nach § 19 Absatz 6 Sätze 2 bis 7 LBG NRW in der bisherigen Fassung darf der Dienstherr entgegen dem Grundsatz der Bestenauslese nicht sämtliche qualifikationsbezogenen Kriterien ausschöpfen. Bereits dann, wenn die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zu einem gleichwertigen Gesamturteil gelangen, muss der Dienstherr das Geschlechtskriterium anwenden. Dadurch schränkt der Gesetzgeber den Grundsatz der Bestenauslese ein. § 19 Absatz 6 Sätze 2 bis 7 LBG NRW in seiner bisherigen Fassung sind daher ebenso wenig wie § 19 Absatz 6 Satz 2 LBG NRW von der Kompetenz des Landesgesetzgebers zur Regelung des Laufbahnrechts umfasst. Vielmehr fallen § 19 Absatz 6 Sätze 2 bis 7 LBG NRW in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Beamtenstaatsrecht.

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für Einschränkungen des Grundsatzes der Bestenauslese abschließend Gebrauch gemacht, indem er in § 9 BeamtStG Kriterien aufgezählt hat, von denen die Ernennung ausdrücklich nicht abhängen darf, darunter das Geschlecht. Soweit § 19 Absatz 6 LBG NRW in seiner bisherigen Fassung hiervon abweicht, erweist er sich als mit der Sperrwirkung, die von § 9 BeamtStG ausgeht, unvereinbar.

Der Landesgesetzgeber kann insoweit nicht sehenden Auges warten, bis die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Vorschriften durch ein Verfassungsgericht festgestellt wird; er ist vielmehr gehalten, die von ihm für verfassungswidrig erachteten Normen unverzüglich aufzuheben. Dem kommt Artikel 1 dieses Gesetzes nach, da er den Rechtszustand in Gestalt der bis 30. Juni 2016 geltenden Fassung des § 19 Absatz 6 LBG NRW wieder herstellt.

Rechtsprechung

1. Eine Amtszulage gem. Fußnote 3 zur Besoldungsgruppe A 14 LBesO gilt gem. § 19 Abs 1 S 2 LBG NRW als Bestandteil des Grundgehalts und führt damit zu einem höheren Statusamt.
2. Dass ein Amt gleicher Besoldungsgruppe mit Amtszulage ein höheres statusrechtliches Amt darstellt, setzt nicht voraus, dass die jeweiligen Amtsbezeichnungen gleich sind. Eine „höhere Funktion“ aus dem Amt mit niedrigerer Besoldungsgruppe ist daher ohne Relevanz.

(VG Köln, Beschluss vom 19. April 2017 – 3 L 296/17 –, juris, nichtamtlicher Leitsatz)

Der Gutachter sieht daher den Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber, eine gesetzliche Neuregelung zu schaffen, durch welche die beiden Verfassungsgrundsätze der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) und der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) im Wege der praktischen Konkordanz zu optimaler Wirksamkeit gelangen. Die Landesregierung hat am 01.07.2014 beschlossen, die Ergebnisse des Gutachtens in § 19 Absatz 6 umzusetzen.

Satz 1 des neugefassten Absatzes 6 bleibt unverändert. Satz 2 übernimmt weitgehend das bisher bereits geregelte Gebot der bevorzugten Beförderung von Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Unverändert gilt weiterhin, dass sich bei im Wesentlichen gleicher Qualifikation in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe gegenüber dem Gesichtspunkt der Frauenförderung durchsetzen können, wenn bei einer Einzelfallbetrachtung deutliche Unterschiede zu Gunsten des männlichen Bewerbers bestehen. Soweit die bisherige Regelung um das Tatbestandsmerkmal „im Wesentlichen“ – und insoweit abweichend von § 7 Abs. 1 Satz 1 des Landesgleichstellungsgesetzes – ergänzt wird, wird die in der Rechtsprechung übliche Terminologie im Rahmen von Beförderungentscheidungen aufgegriffen. Eine „im Wesentlichen gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ mehrerer Bewerberinnen und Bewerber kann bei einer Auswahlentscheidung nur dann aus den dienstlichen Beurteilungen hergeleitet werden, wenn eine hinreichende Vergleichbarkeit der Beurteilungen gegeben ist. Im Einzelfall ist diese Vergleichbarkeit – etwa bei Beurteilungen in unterschiedlichen Statusämtern oder bei unterschiedlichen Beurteilungszeiträumen – gegebenenfalls noch herzustellen.

Die Neuregelung in Satz 3 legt für den Fall einer Konkurrenzsituation zwischen Frau und Mann fest, wann im Regelfall von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne des Satzes 2 auszugehen ist. Danach ist in der Regel nur die Gesamtnote der aktuellen Beurteilung einschließlich der Beförderungseignung in den Blick zu nehmen. Mit dem Begriff der „Gleichwertigkeit“ des Gesamturteils soll die Neuregelung zugleich das Herstellen einer Vergleichbarkeit von aktuellen Beurteilungen auch aus Beurteilungssystemen mit unterschiedlicher Bewertungsskala nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen erfassen. Aus Satz 3 folgt für den Regelfall auch, dass es – zur effektiven Umsetzung der Frauenförderung gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG – einer weiteren Ausschärfung, eines Rückblicks auf vorangegangene Beurteilungen oder einer Anwendung der Instrumente gemäß § 2 Satz 2 LVO grundsätzlich nicht bedarf; § 82 Satz 2 SGB IX bleibt unberührt. Der Gesetzgeber geht hierbei davon aus, dass gleichwertige Gesamturteile regelmäßig mit einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung einhergehen. Der Zusatz „in der Regel“ trägt zur Wahrung des Prinzips der praktischen Konkordanz – um den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Geltung zu verschaffen – möglichen Ausnahmefällen Rechnung, in denen im Einzelfall die Regelvermutung des Satzes 3 nicht zutrifft. Erfasst werden damit insbesondere Fälle, in denen zwar ein gleichwertiges Gesamturteil vorliegt, die zu vergleichenden aktuellen dienstlichen Beurteilungen in den Einzelbewertungen aber dennoch so gravierende Unterschiede aufweisen, dass offensichtlich nicht mehr von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ausgegangen werden kann. Um die Rechte der Betroffenen zu wahren, findet in diesen Fällen die Bevorzugungsregelung nach Satz 1 keine Anwendung.

Nach Satz 4 ist Obergrenze für die Anwendung der Frauenförderung ein Frauenanteil in der Besoldungsgruppe des jeweiligen Beförderungsamts von 50 Prozent. Ist dieser erreicht, erfolgt das Auswahlverfahren wieder nach Maßgabe der allgemeinen Regelungen.

Satz 5 der Neuregelung legt darüber hinaus fest, dass es bei der Besetzung von Beförderungsfunktionen mit gleichzeitiger Übertragung einer Führungsfunktion ebenso Ziel ist, den Frauenanteil auch bezogen auf die Führungsfunktionen in dieser Besoldungsgruppe zu steigern. Wenn Frauen in der Funktion also unterproportional vertreten sind, greift die Frauenförderung gleichermaßen, auch wenn in der maßgeblichen Besoldungsgruppe insgesamt die Zielvorgabe im Rahmen der Frauenförderung bereits erfüllt ist. Bezugspunkt für die Anwendung der Bevorzugungsregelung ist bei dieser Konstellation nicht der Frauenanteil im jeweiligen Statusamt, sondern der Frauenanteil in der Gruppe der zu Besetzung anstehenden Vorgesetzten- oder Leitungsfunktion. Soll beispielsweise in einer obersten Landesbehörde eine Referatsleitung A16 besetzt werden und ist in der Besoldungsgruppe bereits der Frauenanteil des Einstiegsamtes erreicht, nicht jedoch in der Gruppe der A16-Referatsleitungen, liegt gemäß der Neuregelung ein ausgleichendes Defizit vor, so dass im Auswahlverfahren die Regelungen zur Frauenförderung anzuwenden sind. Auch hier gilt jedoch der Grundsatz, dass Frauen nur solange bevorzugt werden, bis der Frauenanteil bei den Referatsleitungen, denen ein Amt A 16 übertragen wurde, den Frauenanteil des Einstiegsamtes (hier: A13) erreicht, höchstens jedoch solange, wie die Marke von 50 Prozent Frauenanteil noch unterschritten wird. Ist bei den Referatsleitungen A16 ein Frauenanteil von 50 Prozent erreicht, erfolgt das Auswahlverfahren in dem Beispiel wieder nach Maßgabe der allgemeinen Regelungen. Das gilt auch, wenn der Frauenanteil im Einstiegsamt höher als 50 Prozent liegt. Sofern der Frauenanteil in einem der darunterliegenden Beförderungsfunktionen, A14 oder A 15, den Frauenanteil im Einstiegsamt A13 überschreitet, sind die Regelungen der Frauenförderung solange anzuwenden, bis der Frauenanteil bei den Referatsleitungen A16 diesen Frauenanteil erreicht. Maßgeblich ist dann also nicht der Frauenanteil im Einstiegsamt, sondern der höhere Frauenanteil in dem Beförderungsfunktion, aus dem sich das Potential für die Referatsleitung A16 speist. Auch hier gilt jedoch für die Anwendung der Frauenförderung die allgemeine Obergrenze von 50 Prozent.

Die Verpflichtung, bei Bedarf weitere Abweichungen durch Rechtsverordnung zu regeln, soll ressortspezifischen Besonderheiten in Bezug auf den Bezugsbereich oder in Bezug auf die Vergleichsgruppenbildung gerecht werden.

Gesetzesbegründung

Im letzten Satz des Absatzes 2 wird verdeutlicht, dass in diesem Beförderungsfall eine Mitwirkung des Landespersonalausschusses nicht vorgesehen ist.

Im Absatz 4 wird klargestellt, dass das Verbot der Sprungbeförderung nicht auf den Beförderungsfall nach § 9 Absatz 1 Satz 2 Nummer 6 Anwendung findet.

Gesetzesbegründung zur alten Fassung des Absatzes 6

Derzeit ist festzustellen, dass der Frauenanteil nach hohen Werten in den Eingangsfunktionen mit zunehmender Hierarchiestufe systematisch abnimmt. Dies war Anlass für die Landesregierung, bei dem ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Herrn Prof. em. Dr. Hans-Jürgen Papier, ein Gutachten zur „Zielquote für Frauen in Führungspositionen“ in Auftrag zu geben.

Inhalt des Gutachtenauftrages war die Erarbeitung und Darstellung der verfassungs- und europarechtlichen Zulässigkeit von verbindlichen Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst. Insbesondere sollte die Vereinbarkeit der in Frage kommenden Regelungen mit dem

Prinzip der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG („Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Ämter“) einerseits und den Gleichbehandlungsgrundsätzen und der staatlichen Verpflichtung zur Vermeidung von Vor- bzw. Nachteilen wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG („Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“) andererseits geprüft werden.

Prof. Hans-Jürgen Papier sieht in seinem Gutachten eine verfassungsrechtliche Verpflichtung für eine gleichstellungsorientierte Personalpolitik. Auf der Basis der Entwicklung der Frauenanteile in Beförderungsfunktionen und Führungspositionen, wie sie sich nach der Datenlage der Landesgleichstellungsberichte darstellt, kommt der Gutachter zu dem Schluss, dass die bisher normierte leistungsbezogene Quotenregelung bei Qualifikationsgleichstand nicht zielführend gewesen sei. Grund dafür sei die durch die Rechtsprechung im Beamtenbereich gebotene Ausdifferenzierung der Leistungsmerkmale bei Auswahl- und Beförderungsverfahren, durch welche im Ergebnis praktisch immer eine Reihung des Bewerberkreises herbeigeführt werde. Da es somit kaum mehr zur Einstufung „gleiche Qualifikation“ kommen könne, laufe die vom Gesetzgeber zum Abbau der Unterrepräsentanz von Frauen vorgesehene Entscheidungsquote leer. Dieser Zustand werde dem verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebot des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht gerecht, das auch im Rahmen der Bestenauslese als Staatsziel zu berücksichtigen sei.

Der Gutachter sieht daher den Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber, eine gesetzliche Neuregelung zu schaffen, durch welche die beiden Verfassungsgrundsätze der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) und der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) im Wege der praktischen Konkordanz zu optimaler Wirksamkeit gelangen. Die Landesregierung hat am 01.07.2014 beschlossen, die Ergebnisse des Gutachtens in § 19 Absatz 6 umzusetzen.

Satz 1 des neugefassten Absatzes 6 bleibt unverändert. Satz 2 übernimmt weitgehend das bisher bereits geregelte Gebot der bevorzugten Beförderung von Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Unverändert gilt weiterhin, dass sich bei im Wesentlichen gleicher Qualifikation in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe gegenüber dem Gesichtspunkt der Frauenförderung durchsetzen können, wenn bei einer Einzelfallbetrachtung deutliche Unterschiede zu Gunsten des männlichen Bewerbers bestehen. Soweit die bisherige Regelung um das Tatbestandsmerkmal „im Wesentlichen“ – und insoweit abweichend von § 7 Abs. 1 Satz 1 des Landesgleichstellungsgesetzes – ergänzt wird, wird die in der Rechtsprechung übliche Terminologie im Rahmen von Beförderungsentscheidungen aufgegriffen. Eine „im Wesentlichen gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ mehrerer Bewerberinnen und Bewerber kann bei einer Auswahlentscheidung nur dann aus den dienstlichen Beurteilungen hergeleitet werden, wenn eine hinreichende Vergleichbarkeit der Beurteilungen gegeben ist. Im Einzelfall ist diese Vergleichbarkeit – etwa bei Beurteilungen in unterschiedlichen Statusämtern oder bei unterschiedlichen Beurteilungszeiträumen – gegebenenfalls noch herzustellen.

Die Neuregelung in Satz 3 legt für den Fall einer Konkurrenzsituation zwischen Frau und Mann fest, wann im Regelfall von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne des Satzes 2 auszugehen ist. Danach ist in der Regel nur die Gesamtnote der aktuellen Beurteilung einschließlich der Beförderungseignung in den Blick zu nehmen. Mit dem Begriff der „Gleichwertigkeit“ des Gesamturteils soll die Neuregelung zugleich das Herstellen einer Vergleichbarkeit von aktuellen Beurteilungen auch aus Beurteilungssystemen mit unterschiedlicher Bewertungsskala nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen erfassen. Aus Satz 3 folgt für den Regelfall auch, dass es – zur effektiven Umsetzung der Frauenförderung gemäß Art. 3

Abs. 2 Satz 2 GG – einer weiteren Ausschärfung, eines Rückblicks auf vorangegangene Beurteilungen oder einer Anwendung der Instrumente gemäß § 2 Satz 2 LVO grundsätzlich nicht bedarf; § 82 Satz 2 SGB IX bleibt unberührt. Der Gesetzgeber geht hierbei davon aus, dass gleichwertige Gesamturteile regelmäßig mit einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ein- hergehen. Der Zusatz „in der Regel“ trägt zur Wahrung des Prinzips der praktischen Konkordanz – um den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Geltung zu verschaffen – möglichen Ausnahmefällen Rechnung, in denen im Einzelfall die Regelvermutung des Satzes 3 nicht zutrifft. Erfasst werden damit insbesondere Fälle, in denen zwar ein gleichwertiges Gesamturteil vorliegt, die zu vergleichenden aktuellen dienstlichen Beurteilungen in den Einzelbewertungen aber dennoch so gravierende Unterschiede aufweisen, dass offensichtlich nicht mehr von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ausgegangen werden kann. Um die Rechte der Betroffenen zu wahren, findet in diesen Fällen die Bevorzugungsregelung nach Satz 1 keine Anwendung.

Nach Satz 4 ist Obergrenze für die Anwendung der Frauenförderung ein Frauenanteil in der Besoldungsgruppe des jeweiligen Beförderungsamts von 50 Prozent. Ist dieser erreicht, erfolgt das Auswahlverfahren wieder nach Maßgabe der allgemeinen Regelungen.

Satz 5 der Neuregelung legt darüber hinaus fest, dass es bei der Besetzung von Beförderungsämtern mit gleichzeitiger Übertragung einer Führungsfunktion ebenso Ziel ist, den Frauenanteil auch bezogen auf die Führungsfunktionen in dieser Besoldungsgruppe zu steigern. Wenn Frauen in der Funktion also unterproportional vertreten sind, greift die Frauenförderung gleichermaßen, auch wenn in der maßgeblichen Besoldungsgruppe insgesamt die Zielvorgabe im Rahmen der Frauenförderung bereits erfüllt ist. Bezugspunkt für die Anwendung der Bevorzugungsregelung ist bei dieser Konstellation nicht der Frauenanteil im jeweiligen Statusamt, sondern der Frauenanteil in der Gruppe der zu Besetzung anstehenden Vorgesetzten- oder Leitungsfunktion. Soll beispielsweise in einer obersten Landesbehörde eine Referatsleitung A16 besetzt werden und ist in der Besoldungsgruppe bereits der Frauenanteil des Einstiegsamtes erreicht, nicht jedoch in der Gruppe der A16-Referatsleitungen, liegt gemäß der Neuregelung ein ausgleichendes Defizit vor, so dass im Auswahlverfahren die Regelungen zur Frauenförderung anzuwenden sind. Auch hier gilt jedoch der Grundsatz, dass Frauen nur solange bevorzugt werden, bis der Frauenanteil bei den Referatsleitungen, denen ein Amt A 16 übertragen wurde, den Frauenanteil des Einstiegsamtes (hier: A13) erreicht, höchstens jedoch solange, wie die Marke von 50 Prozent Frauenanteil noch unterschritten wird. Ist bei den Referatsleitungen A16 ein Frauenanteil von 50 Prozent erreicht, erfolgt das Auswahlverfahren in dem Beispiel wieder nach Maßgabe der allgemeinen Regelungen. Das gilt auch, wenn der Frauenanteil im Einstiegsamt höher als 50 Prozent liegt. Sofern der Frauenanteil in einem der darunterliegenden Beförderungsämter, A14 oder A 15, den Frauenanteil im Einstiegsamt A13 überschreitet, sind die Regelungen der Frauenförderung solange anzuwenden, bis der Frauenanteil bei den Referatsleitungen A16 diesen Frauenanteil erreicht. Maßgeblich ist dann also nicht der Frauenanteil im Einstiegsamt, sondern der höhere Frauenanteil in dem Beförderungsamtsamt, aus dem sich das Potential für die Referatsleitung A16 speist. Auch hier gilt jedoch für die Anwendung der Frauenförderung die allgemeine Obergrenze von 50 Prozent.

Die Verpflichtung, bei Bedarf weitere Abweichungen durch Rechtsverordnung zu regeln, soll ressortspezifischen Besonderheiten in Bezug auf den Bezugsbereich oder in Bezug auf die Vergleichsgruppenbildung gerecht werden.

Gesetzesbegründung zum neu gefassten Absatz 6³

Die bisherige Fassung des § 19 Absatz 6 LBG begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine umgehende Aufhebung dieser Vorschrift ist daher zwingend erforderlich.

Die Verwaltungsgerichte Düsseldorf, Aachen und Arnsberg haben ebenso wie das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen den Eilanträgen von im Beförderungsverfahren unterlegenen Beamten stattgegeben und es dem Dienstherrn vorläufig untersagt, die den Klägern jeweils vorgezogenen Mitbewerberinnen zu befördern. Die gegen diese Entscheidungen eingelegten sechs Musterbeschwerden des Landes Nordrhein-Westfalen hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen am 21. Februar 2017 zurückgewiesen (Az.: 6 B 1109/16, 6 B 1110/16, 6 B 1378/16, 6 B 1152/16 und 6 B 1131/16). Für verfassungswidrig erachtet das Oberverwaltungsgericht insbesondere § 19 Absatz 6 Satz 3 LBG NRW, wonach von einer im Wesentlichen gleichen Qualifikation bereits auszugehen sei, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweise.

Ein so reduzierter Qualifikationsvergleich verstößt nach zutreffender Ansicht des Oberverwaltungsgerichts gegen das im Grundgesetz verankerte Gebot der Bestenauslese (Artikel 33 Absatz 2 GG). Dieses gebietet, dass der für das Beförderungsamtsamt am besten geeignete Bewerber ausgewählt wird. Auswahlentscheidungen dürfen danach nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Hierzu gehört der Aspekt der Frauenförderung ausdrücklich nicht. Wenn die dienstlichen Beurteilungen dasselbe Gesamturteil ausweisen, müssen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zunächst die Inhalte der aktuellen Beurteilungen und bei dann noch gegebenem Qualifikationsgleichstand sodann die Inhalte älterer dienstlicher Beurteilungen berücksichtigt werden, da sich aus ihnen zusätzliche Erkenntnisse ergeben können.

Der Verfassungsauftrag aus Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 GG, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, kann auch unter Wahrung des Prinzips der Bestenauslese verwirklicht werden. Der Qualifikationsvorsprung vieler Männer ist oftmals das Ergebnis einer unterbrechungslosen Erwerbsbiografie. Dieser Umstand kann relativiert oder kompensiert werden, wenn Befähigungs- und Eignungsmerkmale (zum Beispiel Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung, Persönlichkeit, Charaktereigenschaften) bei der Abfassung dienstlicher Beurteilungen und damit bei der Bildung des Gesamturteils stärker gewichtet werden. Hierdurch kann zudem erreicht werden, dass besonders diejenigen Beamtinnen und Beamten bevorzugt werden, die tatsächlich Doppelbelastungen in Beruf und Familie ausgesetzt sind. Eine nur an das biologische Geschlecht anknüpfende Frauenförderung vernachlässigt diesen Aspekt ohne sachlichen Grund.

Darüber hinaus fehlt dem Landesgesetzgeber die Kompetenz, die Regelungen des § 19 Absatz 6 LBG NRW der bisherigen Fassung zu treffen.

Artikel 74 Absatz 1 Nummer 27 GG begründet die „ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder“ für das Laufbahnrecht. Zum Laufbahnrecht gehören sämtliche Normen, die den Grundsatz der Bestenauslese in Artikel 33 Absatz 2 GG konkretisieren oder um Hilfskriterien ergänzen. Nicht zum Laufbahnrecht zählen dagegen Normen, die den Grundsatz der Bestenauslese einschränken. Nach § 19 Absatz 6 Satz 2 LBG NRW in seiner bisherigen Fassung müssten Frauen bevorzugt werden, wenn ihre Eignung, Befähigung und fachliche Leistung mit denjenigen ihrer männlichen Mit-

³ Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 17/78, S. 13f.

bewerber lediglich „im Wesentlichen“ übereinstimmt. Geringfügiger Qualifikationsrückstand dürfte die Beförderung der Frau nicht verhindern. § 19 Absatz 6 Satz 2 LBG NRW macht das Geschlecht daher nicht zum Hilfskriterium, sondern lässt es in Konkurrenz zum Grundsatz der Bestenauslese treten. § 19 Absatz 6 Satz 2 LBG NRW ist deshalb kein Teil des Laufbahnrechts und nicht von der diesbezüglichen ausschließlichen Landeskompetenz umfasst.

Nach § 19 Absatz 6 Sätze 2 bis 7 LBG NRW in der bisherigen Fassung darf der Dienstherr entgegen dem Grundsatz der Bestenauslese nicht sämtliche qualifikationsbezogenen Kriterien ausschöpfen. Bereits dann, wenn die aktuellen dienstlichen Beurteilungen zu einem gleichwertigen Gesamturteil gelangen, muss der Dienstherr das Geschlechtskriterium anwenden. Dadurch schränkt der Gesetzgeber den Grundsatz der Bestenauslese ein. § 19 Absatz 6 Sätze 2 bis 7 LBG NRW in seiner bisherigen Fassung sind daher ebenso wenig wie § 19 Absatz 6 Satz 2 LBG NRW von der Kompetenz des Landesgesetzgebers zur Regelung des Laufbahnrechts umfasst. Vielmehr fallen § 19 Absatz 6 Sätze 2 bis 7 LBG NRW in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Beamtenstatusrecht.

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für Einschränkungen des Grundsatzes der Bestenauslese abschließend Gebrauch gemacht, indem er in § 9 BeamtStG Kriterien aufgezählt hat, von denen die Ernennung ausdrücklich nicht abhängen darf, darunter das Geschlecht. Soweit § 19 Absatz 6 LBG NRW in seiner bisherigen Fassung hiervon abweicht, erweist er sich als mit der Sperrwirkung, die von § 9 BeamtStG ausgeht, unvereinbar.

Der Landesgesetzgeber kann insoweit nicht sehenden Auges warten, bis die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Vorschriften durch ein Verfassungsgericht festgestellt wird; er ist vielmehr gehalten, die von ihm für verfassungswidrig erachteten Normen unverzüglich aufzuheben. Dem kommt Artikel 1 dieses Gesetzes nach, da er den Rechtszustand in Gestalt der bis 30. Juni 2016 geltenden Fassung des § 19 Absatz 6 LBG NRW wieder herstellt.

Rechtsprechung

1. Eine Amtszulage gem. Fußnote 3 zur Besoldungsgruppe A 14 LBesO gilt gem. § 19 Abs 1 S 2 LBG NRW als Bestandteil des Grundgehalts und führt damit zu einem höheren Statusamt.
2. Dass ein Amt gleicher Besoldungsgruppe mit Amtszulage ein höheres statusrechtliches Amt darstellt, setzt nicht voraus, dass die jeweiligen Amtsbezeichnungen gleich sind. Eine „höhere Funktion“ aus dem Amt mit niedrigerer Besoldungsgruppe ist daher ohne Relevanz.

(VG Köln, Beschluss vom 19. April 2017 – 3 L 296/17 –, juris, nichtamtlicher Leitsatz)