

45. Ausgabe

April 2017

## Verfassungskonforme Auslegung des Bundesgleichstellungsgesetzes

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

in einigen Dienststellen gibt es z.T. seit Monaten Diskussionen um die Auslegung des Bundesgleichstellungsgesetzes, genauer des § 6 Arbeitsplatzaußschreibung, insb. Abs. 1 Satz 3 Halbsatz. 2, und des § 13 Inhalt [des Gleichstellungsplans], insb. Abs. 2 Nr. 1.

§ 6 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz. 2 lautet: „Der Ausschreibungstext muss so formuliert sein, dass er Angehörige beider Geschlechter in gleicher Weise anspricht und **Angehörige des in dem jeweiligen Bereich unterrepräsentierten Geschlechts verstärkt zur Bewerbung auffordert**.“

Daraus schlossen einige Dienststellen, dass sie bei Ausschreibungen für Bereiche, in denen Männer unterrepräsentiert sind wie z.B. Vorzimmer- oder Erziehungsdienst, eine sogenannte „Männeransprache“ in die Ausschreibungstexte aufnehmen, d.h. Männer gezielt zur Bewerbung auffordern müssen. Das ist nicht der Fall, machte den beteiligten Gleichstellungsbeauftragten, die sich dagegen wehrten, aber immer wieder massive Probleme.

Der Interministerielle Arbeitskreis der Gleichstellungsbeauftragten der obersten Bundesbehörden hat sich an die beiden Verfassungsrechtsexperten Prof. Dr. Dres. h.c. Papier und seinen ehemaligen Mitarbeiter, den Akademischen Rat am Institut für Politik und Öffentliches Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München, Dr. Heidebach, gewandt und sie um Auslegung gebeten. Ihre Antwort lautete wie folgt:

„Halbsatz 2 der Regelung ist geschlechtsneutral formuliert. Daraus folgt, dass nunmehr auch Männer zur verstärkten Bewerbung aufgefordert werden müssen, wenn sie in einem Bereich "unterrepräsentiert" sind. "Unterrepräsentiert" ist in § 3 Nr. 10 BGleG allgemein definiert: "Status von Frauen oder Männern, wenn ihr jeweiliger Anteil an den Beschäftigten in einem einzelnen Bereich nach Nummer 2 unter 50 Prozent liegt.“

Betrachtet man diese beiden Regelungen isoliert, so müssten Männer in einer Stellenausschreibung für den öffentlichen Dienst des Bundes schon dann zur verstärkten Bewerbung aufgerufen werden, wenn sie in einem Bereich weniger als 50 Prozent der Stellen besetzen. Diese Vorgabe läuft allerdings in der Regel ins Leere, weil sie nicht mit § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleG in Einklang steht. § 8 Abs. 1 BGleG normiert in seinen Sätzen 1 bis 4 zunächst, unter welchen Bedingungen Frauen, die in bestimmten Bereichen unterrepräsentiert sind, bei der Einstellung und beim beruflichen Aufstieg zu bevorzugen sind. In § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleG heißt es dann: "Sind Männer strukturell benachteiligt und in dem jeweiligen Bereich unterrepräsentiert, gelten die Sätze 1 bis 4 entsprechend.“

„Die Quotenregelung aus § 8 Abs. 1 BGleG ist folglich bei Männern von der zusätzlichen Voraussetzung abhängig, dass deren strukturelle Benachteiligung festgestellt

wird. Im Bereich der Bundesverwaltung dürfte die strukturelle Benachteiligung von Männern - so sie überhaupt vorkommt - ein Ausnahmefall sein. Würden also Männer schon dann zur verstärkten Bewerbung aufgerufen, wenn sie in einem bestimmten Bereich unterrepräsentiert sind, so würde in der Regel die falsche Erwartung geweckt, sie könnten im Bewerbungsprozess in irgendeiner Form aufgrund ihres Geschlechts bevorzugt werden. Der Widerspruch ist dem Umstand geschuldet, dass die Einschränkung der "strukturellen Benachteiligung" im ursprünglichen Neuentwurf des § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleG nicht enthalten war und erst im letzten Moment in das Gesetz eingefügt wurde (s. BT-Drs. 18/4227), weil eine Förderung von Männern bei schlichter Unterrepräsentanz zu Recht als verfassungswidrig angesehen wurde (s. dazu jetzt auch Papier/ Heidebach, Frauenquoten im öffentlichen Dienst, Veröffentlichung der AhD, 2016, S. 18 f.).

Während das zusätzliche Erfordernis für die Bevorzugung von Männern sowohl in § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleG als auch in die Vorschrift über die Einladung zum Vorstellungsgespräch in § 7 Abs. 1 Satz 3 BGleG eingefügt wurde, wurde eine entsprechende Angleichung von § 6 Abs. 1 Satz 3 BGleG offensichtlich übersehen. Da es sich somit um ein Redaktionsversehen handeln dürfte, ist die Vorschrift teleologisch zu reduzieren. Dies ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes: Auf § 6 "Arbeitsplatzausschreibung" folgt § 7 "Bewerbungsgespräche" und schließlich § 8 über die Auswahlentscheidung. Die Ausschreibung markiert folglich den Beginn des Auswahlverfahrens; Auswahlentscheidung und Ausschreibung hängen untrennbar zusammen und müssen aufeinander abgestimmt sein. Würde man die Regelung getreu ihrem Wortlaut anwenden, so würde sie für den Fall, in dem Männer zwar in einem Bereich unterrepräsentiert, aber nicht strukturell benachteiligt sind, ihr Ziel verfehlten, ein den gesetzlichen Vorgaben entsprechendes Stellenbesetzungsverfahren einzuleiten.

Verfassungsrechtliche Erwägungen stützen dieses Ergebnis: Da es wegen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG im Regelfall verboten ist, das Geschlecht als Anknüpfungspunkt für die Einstellungsentscheidung zu nehmen, wäre eine Ausschreibung, die Angehörige eines Geschlechts zur verstärkten Bewerbung aufruft, obwohl sie bei der Einstellung aus diesem Grund nicht bevorzugt werden dürfen, verfassungsrechtlich bedenklich. Daher ist es nach unserer Auffassung geboten, § 6 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 BGleG so auszulegen, dass Männer in der Ausschreibung nur in dem Fall zur verstärkten Bewerbung aufgerufen werden dürfen, wenn sie in dem entsprechenden Bereich unterrepräsentiert und strukturell benachteiligt im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleG sind.“

§ 13 Inhalt [des Gleichstellungsplans], Abs. 2 Nr. 1 BGleG lautet: „Der Gleichstellungsplan legt fest, wie bis zum Ende seiner Geltungsdauer **1. die Unterrepräsentanz von Frauen oder Männern in den einzelnen Bereichen nach § 3 Nummer 2 möglichst abgebaut werden soll, 2. ...“**

Auch zu diesem Passus gaben die beiden Verfassungsexperten dem IMA ihre Auslegung zur Kenntnis mit der Erlaubnis, sie weiterzugeben:

„Selbstverständlich ist das gesamte Bundesgleichstellungsgesetz verfassungskonform auszulegen. Die Bevorzugung von Angehörigen eines Geschlechts ist nur dann verfassungskonform, wenn sie mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG vereinbar ist; ansonsten handelt es sich um eine nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbotene Ungleichbehandlung zulasten des nicht bevorzugten Geschlechts. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG erlaubt wiederum keine Förderung von Männern zur Herstellung von Geschlechterparität um ihrer selbst willen. Deshalb genügt Unterrepräsentanz von Männern allein nicht, um Fördermaßnahmen zu rechtfertigen; notwendig ist vielmehr, dass die Unterrepräsentanz auf struktureller Benachteiligung beruht. § 13 Abs. 2 Nr. 1 BGleG ist nach unserer Auffassung eine solche Fördermaßnahme.“

Solange keine strukturelle Benachteiligung von Männern in dem jeweiligen Bereich erkennbar ist, ist § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 nicht auf Männer anwendbar.“