

Kurzstellungnahme zum 5. Referentenentwurf des BGleiG

A. Vorbemerkungen

Der jetzige Entwurf des BGleiG enthält in vielen Punkten eine Verbesserung gegenüber den zurückliegenden Entwürfen, bleibt aber in wichtigen Fragen ohne ausreichende Begründung hinter dem gegenwärtig erreichten Rechtsstand zurück. Verschlechterungen im Verhältnis zum erreichten Standard der Gleichberechtigungsförderung in der Bundesverwaltung sind im Hinblick auf den unbedingten Förderungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG in besonderer Weise rechtfertigungs- und damit begründungsbedürftig. Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird der Entwurf derzeit nicht gerecht.

Das BGleiG stellt eine Maßnahme zur Umsetzung von Art. 21 Abs. 3 RL 2006/54/EG dar. Gleiches gilt für andere Teile des Gesetzentwurfs. Für Maßnahmen zur Umsetzung der RL 2006/54/EG gilt nach Art. 27 Abs. 2 RL 2006/54/EG bzw. Art. 8e RL 76/207/EWG i. V. m. Art. 33 Abs. 3 RL 2006/54/EG, dass im Zusammenhang mit der Umsetzung der genannten RL im nationalen Recht keine Verschlechterungen im Verhältnis zum bisher erreichten Standard zulässig sind. Diesen Anforderungen wird der jetzige Entwurf des BGleiG nicht immer gerecht.

Entsprechend Art. 33 Abs. 2 RL 2006/54/EG und Art. 18 RL 2000/78/EG ist im Gesetz darauf hinzuweisen, dass seine Regelung der Umsetzung der genannten RL dienen.

B. Proaktive Umsetzung des BGleiG

Im Koalitionsvertrag ist die proaktive Umsetzung des geltenden BGleiG vereinbart. Wenn nun an die Stelle des bisherigen BGleiG eine Neufassung treten soll, verstehe ich die im Koalitionsvertrag vereinbarte Zielsetzung dahin, dass eventuelle Änderungen des BGleiG nur mit dem Ziel erfolgen, dass bisherige Unklarheiten oder Unstimmigkeiten, Missstände im Sinne einer aus Sicht der Gleichstellungspolitik günstigeren bzw. besseren Regelung beseitigt werden, die Änderungen von Rechtsvorschriften also auf keinen Fall einen Rückschritt im Verhältnis zum erreichten Standard bewirken sollen. Im Sinne dieser politisch vorgegebenen Zielsetzung erfolgen die nachfolgenden Verbesserungsvorschläge.

C. Geschlechterparität

Die Begründung zu § 1¹ benennt als Ziel des neuen BGleIG die geschlechterparitätische Vertretung im öffentlichen Dienst des Bundes. Diesem Ziel folgen die Regelungen zur Beseitigung der Unterrepräsentanz von Männern und daran anknüpfenden Bestimmungen zur entsprechenden Berücksichtigung von Männern in Bewerbungsgesprächen sowie der Neufassung der sog. Entscheidungsquote in § 8. Eine derartige Zielsetzung ist mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG unvereinbar und wird auch durch Art. 3 Abs. 2 GG nicht gerechtfertigt. Der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 2 GG kann – zu Recht – kein dahin gehender Anhalt entnommen werden. Die Entwurfsbegründung enthält insoweit auch keine eigenständige verfassungs- oder unionsrechtliche Begründung.

Die Gewährleistung der Gleichberechtigung zielt als Grundrecht in erster Linie auf die Überwindung von tradierten Benachteiligungen von Frauen in Wirtschaft und Gesellschaft. Es geht deshalb vor allem darum, neben der formalen Gleichbehandlung auch ein gewisses Maß inhaltlicher Gleichheit – zugunsten der bisher und immer noch strukturell benachteiligten Frauen – herzustellen, insoweit also eine Angleichung der Lebensverhältnisse zugunsten von Frauen zu bewirken. Beispielhaft ist auf die immer noch maßgebenden Ausführungen von Elisabeth Selbert (SPD) im Parlamentarischen Rat² zu verweisen. Gleichberechtigung ist in erster Linie ein Frauengrundrecht. Es zielt allerdings gerade nicht, wie Elisabeth Selbert schon damals zutreffend betont hatte, auf eine Gleichmacherei. Es geht um die Herstellung **„wirklicher“ Chancengleichheit** im Erwerbsleben, d. h. im Geltungsbereich des BGleIG um wirkliche Chancengleichheit beim Zugang zu öffentlichen Ämtern im Bereich von Einstellung und beruflichem Aufstieg.

Regelungen zur Erfüllung des Auftrags in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wie auch Maßnahmen in Anwendung von Art. 3 RL 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV, Art. 23 Abs. 2 GRCh sind, wie der EuGH 1997 ausgeführt hat, insoweit angemessen, wie es darum geht, zur Herstellung einer tatsächlichen Chancengleichheit beizutragen, die eben noch nicht erreicht ist, wenn z. B. Personen unterschiedlichen Geschlechts bei in etwa gleicher Qualifikation um ein Amt konkurrieren, weil

¹ E-BGleIG; auch die weiteren Paragrafenangaben ohne weiteren Zusatz beziehen sich ausschließlich auf den 5. Referentenentwurf eines neuen BGleIG

² V. Roettken BGleIG § 1 BGleIG Rn. 45

auch dann vielfältige Vorurteile die Auswahl häufiger zugunsten des Mannes anstelle der Frau fallen lassen³. Es geht um die Beseitigung in der sozialen Wirklichkeit bestehender faktischer Ungleichheiten⁴.

Nur innerhalb dieses Rahmens kann der Unterrepräsentanz eines Geschlechts eine inhaltliche Aussagekraft im Hinblick auf formal an das Geschlecht anknüpfende und deshalb scheinbar diskriminierende Maßnahmen zukommen. Die amtlichen Erläuterungen zu Art. 23 Abs. 2 GRCh machen deutlich, dass derartige Ausgleichsmaßnahmen voraussetzen, dass sie dem Ausgleich bestehender Nachteile, faktischer Ungleichheiten dienen.

Die Begründung des Entwurfs legt an keiner Stelle dar, welche derartigen Nachteile in Bezug auf die beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten von Männern in Betracht kommen und dementsprechend ausgeglichen werden sollen.

Geschlechterparität stellt als solches weder ein durch das GG noch ein durch das Unionsrecht vorgegebenes oder zulässiges Ziel dar. Die Repräsentanz der Geschlechter – oder nach anderen Merkmalen unterschiedener Gruppen der Bevölkerung – kann nur dann ein taugliches Instrument zur Anknüpfung für Fördermaßnahmen unter – scheinbarer – Durchbrechung des Diskriminierungsverbots sein, wenn damit dessen Gewährleistung tatsächlich gesichert werden soll. Soweit das nicht der Fall ist, dafür keine hinreichenden Belege vorhanden sind, lassen sich Maßnahmen zur sog. faktischen Gleichstellung des benachteiligten Personenkreises diskriminierungsrechtlich nicht rechtfertigen.

Vergleichbare Anforderungen ergeben sich aus Art. 5 des IAO-Übereinkommens Nr. 111 und Art. 4 des VN-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau.

Die männerfördernden Regelungen müssen daher aus dem Entwurf gestrichen werden, um ihn nicht nur verfassungskonform zu machen, sondern auch in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht und den von der Bundesrepublik Deutschland im Übrigen eingegangenen und fortbestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen zu bringen. Nur so werden sich auch die Regelungen des Entwurfs

³ Grundlegend EuGH U. v. 11.11.1997 – Rs. C-409/95 – NJW 1997, 3429, 3430 Rn. 29 ff. = BGleIG-ES E.III.3.2 Art. 2 RL 76/07/EWG Nr. 114 - „Marschall“

⁴ EuGH a.a.O. Rn. 31

halten lassen, die das Amt der Gleichstellungsbeauftragten und ihrer Stellvertreterin(nen) nur weiblichen Beschäftigten zugänglich machen und auch nur ihnen das aktive Wahlrecht für dieses Amt zuerkennen.

D. Zu den einzelnen Regelungen

§ 1

Die Begründung zur Einbeziehung des Merkmals der sexuellen Identität in den Geltungsbereich des BGleiG und dessen Zielsetzung geht von der falschen Voraussetzung aus, eine Benachteiligung zwischengeschlechtlicher/intersexueller Menschen im Hinblick auf diese Eigenschaft erfolge wegen ihrer sexuellen Identität. Diese Fehlvorstellung ist bereits die Begründung der Bundesregierung zum AGG-Entwurf erlegen. Der EuGH⁵ hat entschieden, dass eine Benachteiligung wegen Transsexualität eine Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellt. Das Gleiche gilt nach ganz h. M. für Personen, die aufgrund ihrer individuellen Verfassung nicht eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können⁶. Es wird deshalb vorgeschlagen, in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass über das Merkmal Geschlecht sowohl Personen mit Geschlechtsumwandlung wie auch zwischengeschlechtliche/intersexuelle Personen erfasst sind, und sich der Geltungsbereich des BGleiG folglich auch auf diese Gruppen erstreckt.

Wenn ungeachtet dessen das Merkmal der sexuellen Identität in die Zielbeschreibung des BGleiG neu aufgenommen werden soll, wäre dies in den Regelungen zur Aufgabenstellung der Gleichstellungsbeauftragten zwecks Klarstellung zu wiederholen. Zu bedenken wäre dann aber auch, ob die entsprechende Erweiterung des Zuständigkeitsbereichs der Gleichstellungsbeauftragten einer Aufrechterhaltung der vorgesehenen Regelungen zum aktiven und passiven Wahlrecht für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten entgegensteht. Das lässt sich verneinen, wenn man für die Wahlrechtsbestimmungen auf die Aufgabenstellung im

⁵ U. v. 30.4.1996 – Rs. C-13/94 – NJW 1996, 2421 = BGleiG-ES E.III.3.2 Art. 5 RL 76/207/EWG Nr. 10 (LS); v. Roetteken AGG § 1 AGG Rn. 133a m.w.N.

⁶ V. Roetteken AGG § 1 AGG Rn. 134 m.w.N.

Zusammenhang mit Belästigungen wegen des Geschlechts und mit sexuellen Belästigungen abstellt, wie es das BAG⁷ für das niedersächsische Kommunalrecht getan hat. Die Entwurfsbegründung müsste dann entsprechend ergänzt werden.

§ 2

Der Verzicht auf § 3 Abs. 2 BGleIG bisheriger Fassung stellt eine Verschlechterung dar, die dort geregelte Pflicht, auf die Anwendung des BGleIG in der privatisierten Einheit hinzuwirken, bereits den Privatisierungsprozess selbst erfasst. Die heutige Fassung von § 2 S. 2 stellt lediglich eine im Ergebnis unverbindliche, weil gesetzlich in keiner Weise sanktionierte Empfehlung an die Unternehmen i. S. d. § 3 Nr. 9 dar. Es ist nicht erkennbar, warum die im öffentlichen Eigentum stehenden oder von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmen und die privatisierten Unternehmen bzw. Unternehmensteile nicht der unmittelbaren Anwendung des BGleIG unterworfen werden, ggf. ergänzt um die Befugnis, von den organisatorischen Regelungen insoweit abzuweichen, wie dies durch die Unternehmensstruktur und die Betriebsläufe bedingt ist., ohne dass jedoch von den Grundsätzen des BGleIG abgewichen werden dürfte.

§ 3

Die Definition des beruflichen Aufstiegs (Nr. 3) ist zu eng, weil z. B. die in Personalentwicklungskonzepten vorgesehenen Personalbewegungen in Rotationskonzepten, Abordnungsmodellen, die Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen etc. nicht in ihrer Bedeutung für die Chancenverteilung im Bereich des beruflichen Aufstiegs in Gestalt des Zugangs zu höherwertigen Arbeitsplätzen, tatsächlichen Beförderungen bzw. Höhergruppierungen etc. erfasst werden. Im Vergleich zum geltenden Recht wird damit eine Einschränkung der Anwendung der §§ 8, 9 eintreten können. Die Regelung sollte in eine lediglich beispielhafte Aufzählung umgewandelt werden ergänzt um die Formulierung, dass alle personellen Entscheidungen den beruflichen Aufstieg betreffen, die Auswirkungen auf die Verteilung von Chancen für eine Beförderung, Höhergruppierung, Höherreihung oder die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens haben. Will man dies nicht, wäre es besser, auf eine Definition des beruflichen Aufstiegs zu verzichten.

⁷ U. v. 18.5.2010 – 8 AZR 77/09 – NZA 2010, 872, 875 Rn. 25 ff. = AGG-ES B.II.1 § 8 Abs. 1 AGG Nr. 11 = BGleIG-ES E.II.2.8 § 8 AGG Nr. 4

Der Beschäftigtenbegriff (Nr. 4) sollte die Inhaber/innen öffentlicher Ämter wie bisher einbeziehen. Der Verzicht auf die Einbeziehung dieser Gruppe würde dazu führen, dass z. B. die Leitung der Antidiskriminierungsstelle, die Vorstandsmitglieder der Bundesagentur für Arbeit, von Sozialversicherungsträgern, deren Geschäftsführungen, die Geschäftsführer/innen der Gemeinsamen Einrichtungen (Jobcenter), die Vorstandsmitglieder der Deutschen Bundesbank, der Kreditanstalt für Wiederaufbau, anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts oder von Unternehmen aus dem personellen Geltungsbereich des Gesetzes herausfallen würden. Das wäre eine klare Verschlechterung des derzeit geltenden Rechtszustandes. Die Entwurfsbegründung geht irrig davon aus, Inhaber/innen öffentlicher Ämter seien lediglich die früheren Vorstandsmitglieder der Deutschen Bundesbahn (gewesen).

Beim Beschäftigtenbegriff sollte für die Richter/innen klargestellt werden, dass es nur um Berufsrichter/innen geht.

Jedenfalls in der Entwurfsbegründung ist auch im Hinblick auf die weit gefasste Zielsetzung des § 1 klarzustellen, dass auch Leiharbeitskräfte, Praktikanten, Praktikantinnen, Volontäre, Volontärinnen und vergleichbare Beschäftigte vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden. Das ist auch im Hinblick auf die Vielzahl von Praktikantinnen und Praktikanten in der Bundesverwaltung geboten.

Im Hinblick auf den weit gefassten personellen Geltungsbereich des AGG wäre zudem ausdrücklich zu regeln, dass auch arbeitnehmerähnliche Personen (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG) zu den Beschäftigten i. S. d. AGG gehören. Das ist z. B. für die sog. freien Mitarbeiter/innen der Deutschen Welle von Bedeutung. Ferner wäre auch im Hinblick auf die Aufgabenstellung der Gleichstellungsbeauftragten klarzustellen, dass auch Bewerber/innen zu den Beschäftigten gehören, um ihnen ebenfalls die Möglichkeit zu geben, sich bereits im Bewerbungsverfahren ratsuchend oder mit der Bitte um Unterstützung an die jeweilige Gleichstellungsbeauftragte zu wenden.

Die Definition der Unterrepräsentanz in Abs. 10 ist auf die Unterrepräsentanz von Frauen zu beschränken.

Auf das Element der hauptsächlichen Auswirkungen einer Entscheidung/Maßnahme muss schon deshalb verzichtet werden, weil es zu unbestimmt ist, um eine

hinreichend vorhersehbare Anwendung der Definition zu ermöglichen. Eine Einstellung wirkt sich stets auf die Besoldungs- bzw. Entgeltgruppe, die jeweilige Laufbahn, die Fachrichtung einer Laufbahn oder eines Tarifvertrages, und die Laufbahngruppe, ggf. auch auf den Bereich der Vorgesetzten- und Leitungsaufgaben gleichermaßen aus. Warum eine Einstellung lt. Begründung ihre hauptsächlichen Auswirkungen auf den Bereich der Besoldungs- oder Entgeltgruppe haben soll, ist nicht nachvollziehbar. Würde man an dem Kriterium der hauptsächlichen Auswirkungen festhalten, wären die Bereiche Laufbahn, Laufbahngruppe oder Fachrichtung faktisch bedeutungslos, die Entwurfsbegründung zugrunde gelegt. Die Ausdifferenzierung der Bereiche hat gerade die Funktion, die unterschiedlichen Aspekte der Repräsentanz von Frauen auch im Hinblick auf ihre beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten und die Potenzialförderung zu erfassen. Daran sollte festgehalten werden.

Für den Bereich der Besoldungsgruppe wäre zumindest in der Entwurfsbegründung zu vermerken, dass auch sog. Zwischenämter, d. h. Besoldungsgruppen mit Amts-
zulage, einen eigenen Bereich i. S. d. Gesetzes darstellen.

§ 4

In § 4 S. 2 sollte der Begriff „Maßnahmen“ durch den Begriff „Entscheidungen“ ersetzt werden. Der Begriff der Maßnahme könnte einschränkend dahin verstanden werden, dass nur solche Entscheidungen erfasst werden, die auf eine Änderung des Rechtsstandes der Adressaten bzw. Adressatinnen gerichtet sind. Der Begriff der Entscheidung enthält keine derartige Einschränkung.

§ 5

§ 5 Abs. 1 ist entbehrlich. Die heutige Regelung war noch erforderlich, weil das AGG im Jahr 2001 nicht galt. Heute ergeben sich die Möglichkeiten einer Rechtfertigung von Diskriminierungen unter anderem aus § 8 Abs. 1 AGG. Ein entsprechender Vorbehalt könnte deshalb in den nachfolgenden Einzelschriften jeweils dort eingefügt werden, wo dies tatsächlich erforderlich ist. Das wäre der Fall hinsichtlich des § 6 Abs. 1 S. 1, 2, nicht dagegen hinsichtlich des § 6 Abs. 1 S. 3, da die Teilbarkeit von Arbeitsplätzen als Prinzip unabhängig davon gelten sollte, ob nur Personen eines Geschlechts für den Arbeitsplatz in Betracht kommen. Ebenso wäre ein Vorbehalt hinsichtlich des § 8 Abs. 1 AGG in § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 2 angebracht, nicht dagegen für § 7 Abs. 2, 3, § 9, da diese Regelungen ebenfalls

nicht zur Voraussetzung haben, dass nur Angehörige eines Geschlechts für die Besetzung des Arbeitsplatzes in Betracht kommen.

§ 5 Abs. 2 ist entbehrlich, da bisher zu keinem Zeitpunkt streitig war, die Regelungen des BGleG könnten zulasten des BPersVG und der dort normierten Rechte der Personalvertretungen gehen. Das BGleG gehört zu den Gesetzen i. S. d. § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG, ohne den Anwendungsbereich des BPersVG zu beschränken.

§ 6

In Abs. 2 muss der Hinweis auf die Unterrepräsentanz von Männern entfallen. Es wäre dann allerdings zweckmäßig, den Bezug auf die Unterrepräsentanz in Abs. 2 S. 1 ganz zu streichen und so – vorbehaltlich der beamtengesetzlichen Regelungen – zu einem allgemeinen Ausschreibungsgebot zu kommen. Für die Praxis wäre dies schon deshalb hilfreich, weil dann die Ermittlung der Unterrepräsentanz vor der Ausschreibung als eigenständiger Verwaltungsschritt entbehrlich wäre. Auch sollte der Hinweis auf die Erhöhung der Zahl der Bewerber entfallen, da dieser Teil der Regelung an die vorausgesetzte Unterrepräsentanz von Männern anknüpft.

Abs. 3 sollte folgende Fassung erhalten:

„Arbeitsplatzausschreibungen müssen ausgehend von den auf dem Arbeitsplatz zu erledigenden Dienstaufgaben die persönlichen und fachlichen Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes als Anforderungsprofil in eindeutiger Weise festlegen und dürfen im Hinblick auf nachvollziehbare künftige Funktionen der Bewerberinnen und Bewerber auch auf das Anforderungsprofil einer Laufbahn oder eines Funktionsbereichs abstellen.“

Die Neufassung trägt den vom BAG⁸ zutreffend entwickelten Voraussetzungen für ein Anforderungsprofil zur Beschränkung des Zugangsrechts aus Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung, weil einerseits die Nachvollziehbarkeit der Anforderungen im Hinblick auf die Arbeitsaufgaben gewährleistet sein muss, andererseits formale Qualifikationen nur zulässig sind, wenn auch insoweit nachvollziehbar die Angemessenheit derartiger Anforderungen im Hinblick auf hinreichend konkret erkennbare künftige Verwendungsmöglichkeiten dokumentiert ist⁹.

⁸ U. v. 6.5.2014 – 9 AZR 724/12 – juris Rn. 16 ff.

⁹ Zur Angemessenheit der Zugangsvoraussetzungen vgl. auch Art. 25 lit. c des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte

Das Erfordernis eindeutig gefasster Merkmale eines Anforderungsprofils greift im Interesse der Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit der Zugangschancen die berechnete Kritik des BVerwG¹⁰ an unklaren bzw. mehrdeutigen Merkmalen in einem Anforderungsprofil auf¹¹.

§ 7

In Abs. 1 S. 1 sollte die Worte „Bereichen, in denen“ ersetzt werden durch die Worte „in einem Bereich, in dem“. Dadurch wird klarer, dass es genügt dass Frauen in einem von möglicherweise mehreren in Betracht kommenden Bereichen unterrepräsentiert sind, es für die Unterrepräsentanz aber entsprechend dem bisherigen Recht genügt, wenn sie nur einem einzigen von mehreren in Betracht kommenden Bereichen besteht.

Verfehlt ist in der Entwurfsbegründung der Hinweis darauf, dass die Einbeziehung in den für ein Bewerbungsgespräch einzuladenden Personenkreis eine gleiche Qualifikation voraussetzt. Der Wortlaut des Abs. 1 S. 1 steht dem entgegen, da die Berücksichtigungsfähigkeit nur davon abhängig gemacht wird, ob das (in der Ausschreibung nach § 6 Abs. 3 genannte) Anforderungs- und Qualifikationsprofil erfüllt wird. Nur soweit dieses Profil einen bestimmten Grad der individuellen Qualifikation wie z. B. in Gestalt einer Examens- oder Beurteilungsnote aufführt, ist auch der Grad dieser Qualifikation Voraussetzung dafür, dem einladungsfähigen Kreis von Bewerberinnen und Bewerbern zugerechnet werden zu können. Das entspricht auch der Rechtsprechung des BVerwG¹² und des BAG¹³ zu § 82 S. 2 SGB IX, da im Anwendungsbereich dieser Regelungen eine bessere Qualifikation anderer Bewerber/innen keine Rechtfertigung dafür bietet, schlechter qualifizierte Personen aus dem Kreis der einzuladenden Personen auszuschließen, sofern sie die im Anforderungsprofil geforderte Qualifikation besitzen. Gleiches gilt im Hinblick auf den Zweck des § 7 Abs. 1 S. 1 für die Zusammensetzung des dort genannten einladungsfähigen Personenkreises.

¹⁰ B. v. 20.6.2013 – 2 VR 1.13 – ZBR 2013, 376, 381 Rn. 50; zur klaren Erkennbarkeit von Anforderungen BVerwG B. v. 8.7.2014 – 2 B 7.14 – juris Rn. 8

¹¹ Zum Erfordernis klarer und eindeutiger Kriterien zur Vermeidung von Diskriminierungen in der Qualifikationsfeststellung EuGH U. v. 6.7.2000 – Rs. C-407/98 – NZA 2000, 935, 938 Rn. 50 = BGleIG-ES E.III.3.2 Art. 2 RL 76/207/EWG Nr. 20 – „Abrahamsson, Anderson“

¹² U. v. 3.3.2011 – 5 C 16.10 – NZA 2011, 977, 979 Rn. 18 ff. = BGleIG-ES E.II.2.6 § 82 SGB IX Nr. 2

¹³ U. v. 23.7.2009 – 9 AZR 431/08 NZA 2009, 1087, 1090 Rn. 42 f. m.w.N. = BGleIG-ES E.II.2.6 § 82 SGB IX Nr. 1

Abs. 1 S. 2 ist entbehrlich, da die Rechtsprechung des BAG¹⁴ bereits zutreffend geklärt hat, dass die Erfüllung der Pflichten aus § 7 Abs. 1 BGleIG und § 82 SGB IX unabhängig von einander zu erfolgen hat, beide Regelungen also nebeneinander anzuwenden sind.

Sollte die Regelung des Entwurfs beibehalten werden, müsste in der Entwurfsbegründung die Annahme gestrichen werden, dass die aufgrund von § 82 S. 2 SGB IX einzuladende Person für die Anwendung von § 7 Abs. 1 S. 1 unberücksichtigt bleibe. Im Hinblick auf den Zweck dieser Regelung kommt es sehr wohl darauf an, welches Geschlecht die allein aufgrund von § 82 S. 2 SGB IX eingeladene Person hat, da schwerbehinderte Frauen im Verhältnis zu schwerbehinderten Männern selbst bei in etwa gleicher Qualifikation schlechtere Chancen haben, wie dies in der Zielsetzung in § 1 Abs. 3 auch anerkannt wird.

Die Entwurfsbegründung zu § 7 Abs. 3 gibt zu erkennen, dass danach in der Verwaltungspraxis leicht von der gesetzlich vorgegebenen Parität abgewichen werden kann. Der bloße Verweis auf das Fehlen von genügend qualifizierten Frauen in der behördlicherseits vorausgesetzten Hierarchieebene kann keinesfalls genügen, um einen triftigen Grund für eine Abweichung von grundsätzlich zwingenden Regelvorgabe darzustellen. Das sollte die Entwurfsbegründung mit dem Hinweis verdeutlichen, dass die mangelnde Repräsentanz von Frauen in höheren Hierarchiestufen einer der maßgebenden Gründe für den Erlass des Gesetzes ist, sodass eine derartige mangelnde Frauenrepräsentanz gerade kein triftiger Grund i. S. d. § 7 Abs. 3 sein kann. Andernfalls würde die Bedeutung der Regelung faktisch auf einen letztlich unverbindlichen Programmsatz reduziert, wie dies in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung auch schon zur derzeit geltenden Regelung angenommen worden ist. Die der Parität zuwider laufende Praxis würde sich bei unveränderter Fassung der Regelung und der Entwurfsbegründung verfestigen. Das Ziel der Regelung würde voraussehbar unerreicht bleiben. Eine proaktive Umsetzung von § 7 Abs. 3 erfordert daher zumindest eine entsprechend anders gestaltete Entwurfsbegründung, die den grundsätzlich zwingenden Charakter der Paritätsvorgabe betont.

¹⁴ U. v. 16.2.2012 – 8 AZR 697/10 – NZA 2012, 667, 673 Rn. 62 = BGleIG-ES E.II.2.6 § 82 SGB IX Nr. 8

§ 8

In Abs. 1 S. 1 sollten die Worte „in einzelnen Bereichen, in denen“ ersetzt werden durch die Worte „in einem Bereich, in dem“. Dadurch wird klarer, dass es genügt dass Frauen in einem von möglicherweise mehreren in Betracht kommenden Bereichen unterrepräsentiert sind. Ferner sollte das Wort „berücksichtigen“ durch das Wort „auszuwählen“ ersetzt werden, um den Charakter einer gesetzlichen Auswahlrichtlinie zu verdeutlichen.

Abs. 1 S. 3 sollte wie folgt lauten:

„Voraussetzung für die Bevorzugung ist, dass ein Bewerber nicht wesentlich besser qualifiziert ist als eine Bewerberin.“

Der Vorschlag greift den Vorschlag des ehemaligen Präsidenten des BVerfG Prof. Dr. Papier in seinem Gutachten für die Landesregierung von Nordrhein-Westfalen für Änderungen im dortigen Landesgleichstellungsgesetz auf. Das entsprechende Gutachten stellt auch eindrucksvoll die konkreten Gründe für eine derartige Fassung der Norm dar, weil die bisherige Rechtsprechung durch das Verlangen nach einer immer stärker im Detail differenzierenden Qualifikationsbeurteilung in der Sache darauf hinausläuft, Regelungen zu Entscheidungsquoten wie dem bisherigen § 8 BGleG oder entsprechendem Landesrecht faktisch die Anwendungsmöglichkeit zu entziehen. Aus der mangelnden Effizienz dieser bisherigen Frauenförderungsregelungen leitet Papier im Hinblick auf den zwingenden Auftrag des Art. 3 Abs. 2 GG zutreffend die Forderung ab, nunmehr weitergehende Maßnahmen zu treffen, um so die Effizienz des Gleichberechtigungsgebots tatsächlich in angemessener Weise zu erhöhen.

Soweit man sich dem nicht anschließen mag, ist es nötig, den Begriff der gleichen Qualifikation durch den der in etwa gleichen Qualifikation¹⁵ zu ersetzen, um so in zurückhaltender Weise deutlich zu machen, dass Qualifikationsunterschiede von nicht allzu großem Gewicht eine Anwendung der Bevorzugungsregel nicht ausschließen.

Abs. 1 S. 4 ist wie folgt zu formulieren, wenn es bei der Voraussetzung der in etwa gleichen Qualifikation bleibt:

¹⁵ Vgl. BVerfG B. v. 20.6.2013, a.a.O. Rn. 49

„Der Vorrang nach Satz 1 entfällt, wenn in der Person eines Bewerbers liegende besondere Gründe überwiegen und diese Gründe nicht ihrerseits die nach Satz auszuwählende Bewerberin diskriminieren. Grundlage der vorgenannten Ausnahme ist eine objektive Beurteilung aller Personen, die als in etwa gleich gut qualifiziert für die Besetzung des Arbeitsplatzes in Betracht kommen. Ziel dieser Beurteilung ist die Feststellung in der jeweiligen Person liegender besonderer Gründe, die deren Auswahl nahe legen. Die Abwägung der verschiedenen Einzelgründe erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung des grundsätzlichen Vorrangs von Frauen entsprechend Satz 1.“

Der Vorschlag übernimmt die vom EuGH im Marschallurteil entwickelten Anforderungen für eine ausnahmsweise Abweichung einer zugunsten von Bewerberinnen zum Abbau der Unterrepräsentanz von Frauen bestehenden Auswahlrichtlinie und gibt ihnen für die behördliche Praxis einen anschaulichen Rahmen.

Abs. 1 S. 4 der Entwurfsfassung sollte im Hinblick auf die Bemerkungen unter C. entfallen.

Die Ausnahme in Abs. 2 Nr. 2 sollte gestrichen werden. Richtig ist, dass dem Richterwahlausschuss oder einem Wahlgremium keine Vorgaben i. S. d. § 8 Abs. 1 gemacht werden sollten, wiewohl auch dies verfassungsrechtlich im Hinblick auf das zwingende Gebot des Art. 3 Abs. 2 GG zulässig wäre. Soweit für die Ernennung von Richterinnen und Richtern an den obersten Bundesgerichten die gleichberechtigte Mitwirkung des jeweils zuständigen MdJ oder BMAS neben dem Richterwahlausschuss vorgesehen ist, weil das Ministerium für die Ausübung der ihm zustehenden Personalkompetenz durch den Richterwahlausschluss nicht präjudiziert ist, sondern gleichberechtigt neben ihn tritt, kann eine gesetzliche Auswahlrichtlinie ihren Zweck auch dann erfüllen, wenn ihr Adressat „nur“ das jeweilige Ministerium ist, ohne dessen „Einvernehmen“ dem Bundespräsidenten kein Ernennungsvorschlag gemacht werden kann.

Abs: 3 hat keine sachliche Berechtigung, da dem Ständigen Ausschuss des Bundesrechnungshofs nur ein Anhörungsrecht zusteht, seine Mitwirkung an der Ernennung also noch hinter den Befugnissen des Richterwahlausschusses zurückbleibt. Die Mitwirkung des Ständigen Ausschusses gleicht eher der Mitwirkung des Präsidialrats, ohne dass aus den entsprechenden Regelungen des DRiG insoweit der Schluss gezogen wird, dass deshalb eine gesetzliche Auswahlrichtlinie in Erfüllung von Art. 3 Abs. 2 GG unzulässig wäre.

§ 9

Abs. 1 S. 1 ist wie folgt zu fassen:

„Die Qualifikation wird ausschließlich im Hinblick auf die Anforderungen des konkret zu besetzenden Arbeitsplatzes (§ 6 Abs. 3) festgestellt; ist eine vorherige Ausschreibung unterblieben, ist das in entsprechender Anwendung von § 6 Abs. 3 vor Beginn des Auswahlverfahrens aufgestellte Anforderungsprofil maßgebend.“

Entgegen der Entwurfsbegründung ist in Übereinstimmung mit dem derzeit geltenden Recht an der ausschließlichen Ausrichtung der Qualifikationsfeststellung auf das arbeitsplatzspezifische Anforderungsprofil festzuhalten. Es handelt sich um eine gleichstellungspolitisch zentrale Vorgabe zur rationalen und möglichst diskriminierungsfreien Ausgestaltung personeller Auswahlverfahren und der in ihnen erforderlichen Qualifikationsfeststellungen, wie dies der EuGH¹⁶ bereits für einen Fall in Schweden zum Ausdruck gebracht hat. Es besteht kein Anlass, im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG, das Sicherstellungsgebot in Art. 23 Abs. 1 GRCh und das unionsrechtliche Gebot, Diskriminierungen vorzubeugen (Art. 26 RL 2006/54/EG), den im Jahr 2001 eingeschlagenen Weg zu verlassen. Sowohl das BVerfG wie auch das BAG und der 5. Senat des BVerwG gehen übereinstimmend davon aus, dass Art. 33 Abs. 2 GG und die sonstigen Bestimmungen des GG der Einschränkung des allgemeinen Zugangsrechts zu öffentlichen Ämtern durch ein arbeitsplatzspezifisches Anforderungsprofil in keiner Weise entgegen stehen. Das BVerfG geht in seiner Kammerrechtsprechung auch für den Bereich der Beamtinnen und Beamten davon aus, maßgebend seien aus verfassungsrechtlicher Sicht jedenfalls im Bereich der Verwaltung die Anforderungen des angestrebten konkreten Amtes, nicht die des statusrechtlichen Amtes¹⁷.

Ergänzend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass eine jüngst erstellte Untersuchung des Umweltbundesamtes durch externe Sachverständige die Diskriminierungspotenziale herkömmlicher dienstlicher Beurteilungen eindrucksvoll darstellt und aufzeigt, dass gerade Frauen in Auswahlverfahren, die ausschließlich oder maßgeblich auf der Grundlage tradierter dienstlicher Beurteilungen erfolgen, in erheblichem Ausmaß Gefahr laufen, durch die entsprechenden Beurteilungsmerkmale und deren übliche Handhabung in unzulässiger Weise entgegen § 7

¹⁶ U. v. 6.7.2000, a.a.O.

¹⁷ Im Einzelnen v. Roetteken jurisPR-ArbR 1/2014 Anm. 4 m. w. N.

Abs. 1 AGG benachteiligt zu werden. Das Konzept eines rationalen, auf klaren Anforderungsprofilmerkmalen beruhenden Auswahl- und Qualifikationsfeststellungsverfahrens kann dem gemäß dem Auftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG, Art. 23 GRCh, Art. 27 RL 2006/54/EG entgegenwirken und die Diskriminierungsgefahren vermindern, wirkt also entsprechend präventiv.

Die gegenteilige Auffassung des BVerwG in seinem bereits genannten Beschluss vom 20.6.2013 nimmt zu eventuell gegenläufigen Ansätzen des BGleiG in keiner Weise Stellung, da die im BGleiG in Konkretisierung von Art. 3 Abs. 2 GG getroffenen Aussagen zur Gestaltung von Auswahl- und Qualifikationsfeststellungsverfahren schlicht ignoriert werden. Eine derartiges mit Art. 20 Abs. 3 GG wohl kaum vereinbares Verfahren sollte durch den Gesetzgeber nicht „belohnt“ werden, indem kritiklos und letztlich auch ohne nachvollziehbare Gründe die bisherige Konzeption einer auf die jeweiligen Fachaufgaben ausgerichteten und damit auch professionell gestalteten Personalauswahl zugunsten einer dem Peter-Prinzip huldigenden Personalauswahl aufgegeben wird.

Im Übrigen besteht seitens aller Dienststellen im Geltungsbereich des BGleiG ein massives Interesse daran, statusgruppenübergreifende Auswahlverfahren nach einem einheitlichen Anforderungsprofil durchzuführen. § 9 Abs. 1 S. 1 BGleiG i. V. m. § 6 Abs. 3 BGleiG bildet derzeit die Grundlage für eine derartige Strukturierung von Auswahlverfahren. Die unter Berufung auf das Laufbahnprinzip erfolgende ausschließliche Ausrichtung auf die Anforderungen des statusrechtlichen Amtes, wie sie das BVerwG unter gleichzeitiger Abkehr von seiner bis 2013 ergangenen Rechtsprechung für geboten hält, zerstört diese Möglichkeit. Dabei ist zu berücksichtigen, dass seitens des BAG¹⁸ die Aufnahme rein laufbahnbezogener Anforderungen in ein Anforderungsprofil als Zugangshindernis insoweit für unzulässig gehalten wird, wie damit die Zugangschancen zu einem Arbeitsverhältnis oder den Aufstieg in einem Arbeitsverhältnis eingeschränkt werden. Es muss daher auch ein Eigeninteresse des Bundes daran bestehen, sich die Möglichkeiten einer statusgruppenübergreifenden Personalauswahl uneingeschränkt offen zu halten. Die Bestätigung der bisherigen Regelungen des BGleiG und die deutliche Zurückweisung der gegenteiligen Erwägungen des 2. Senats des BVerwG in der Entwurfsbegründung unter Bezug auf die gegenteilige Rechtsprechung des BVerfG, BAG

¹⁸ U. v. 6.5.2014, a.a.O.

und des 5. Senats des BVerwG ist daher auch aus diesen Gründen dringend an-
geraten.

Die in § 9 Abs. 1 S. 1 enthaltenen Verweise auf die erforderliche Ausbildung etc.
werden in meinem Formulierungsvorschlag durch die Verweisung auf § 6 Abs. 3
abgedeckt.

In Abs. 1 S. 2 sollte das bisherige Verbot erhalten bleiben, auf das Lebensalter
abzustellen. Es handelt sich nach wie vor für die Praxis um eine bedeutsame
Regelung, weil unter Beschäftigten Vorstellungen immer noch weit verbreitet sind,
Auswahlentscheidungen für den beruflichen Aufstieg sollten nicht mit Rücksicht auf
das Dienstalster, sondern auch mit Rücksicht auf das Lebensalter erfolgen.

Abs. 2 sollte wie folgt lauten:

- „1. Unterbrechungen der Berufstätigkeit,*
- 2. eine geringere Zahl aktiver Dienst- oder Beschäftigungsjahre,*
- 3. Reduzierungen der Arbeitszeit,*
- 4. Verzögerungen beim Abschluss einzelner Berufsausbildungsgänge oder zeitliche*
Belastungen aufgrund der Wahrnehmung von Familien- oder Pflegeaufgaben,
- 5. die Einkommenssituation der Ehepartnerin oder des Ehepartners, der Lebens-*
partnerin oder des Lebenspartners, einer Lebensgefährtin oder eines Lebens-
gefährten,
- 6. die Absicht, von der Möglichkeit einer Arbeitszeitreduzierung oder Arbeitszeit-*
aufstockung Gebrauch zu machen,
- 7. die Absicht, von der Möglichkeit einer Beurlaubung zur Wahrnehmung von*
Familien- oder Pflegeaufgaben Gebrauch zu machen,
- 8. organisatorische oder personalwirtschaftliche Gründe.“*

Der Vorschlag knüpft im Wesentlichen am bisherigen Rechtsstand an und ver-
meidet eine Verschlechterung dahingehend, dass die im Entwurf in Abs. 2 Nr. 1
genannten Fallgestaltungen nur noch Situationen erfassen, in denen maßgebender
Grund für die Arbeitszeitreduzierung etc. die Wahrnehmung von Familien- oder
Pflegeaufgaben war bzw. ist. Eine derartige Einschränkung steht jedenfalls für den
Bereich der Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigungen im Widerspruch zu § 4
Abs. 1 TzBfG, zu den enger als das TzBfG gefassten Benachteiligungsverboten in

§ 18 des Entwurfs und zum Diskriminierungsverbot in § 4 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der RL 97/81/EG. Ein solcher Verstoß droht auch hinsichtlich der in Abs. 2 Nr. 3 des Entwurfs enthaltenen Regelung. Die klar gegliederte Neufassung schließt derartige Verstöße aus.

§ 13

Der Verzicht auf eine gesetzlich verbindliche Vorgabe zu den Zielquoten im Gleichstellungsplan stellt einen nicht näher begründeten Rückschritt im Verhältnis zum erreichten Rechtsstand dar. Die entsprechend unverbindlichen Regelungen im früheren FFG hatten sich schon nicht bewährt. Es ist nicht erkennbar, warum die mangelnde Bereitschaft der Dienststellen, das aktuell geltende Recht zu befolgen, jetzt gleichsam als berechtigt anerkannt werden soll.

Die Ausklammerung aller Arbeitsplätze bzw. Stellen, hinsichtlich derer die örtliche Dienststelle keine personellen Besetzungskompetenz besitzt, aus den Zielvorgaben des Gleichstellungsplans wird dazu führen, dass entgegen der Zielsetzung des gesamten Gesetzes gerade in den besser dotierten Positionen gar keine Zielvorgaben eines Gleichstellungsplans mehr gelten werden. Das weicht in eklatanter Weise von den Vorgaben für Privatwirtschaft in anderen Teilen des Entwurfs ab, ohne dass dafür nachvollziehbare Gründe genannt werden. Bei fehlender eigener Personalentscheidungsbefugnis muss die Dienststelle die Zielvorgaben in Absprache mit der für derartige Personalentscheidungen zuständigen Stelle entwickeln, sodass letztlich beide Dienststellen insoweit für den Inhalt des Gleichstellungsplans Verantwortung übernehmen müssen.

In Abs. 4 ist klarstellend aufzunehmen, dass die Regelung auch dann zu beachten ist, wenn kein Gleichstellungsplan aufgestellt oder ein vorhandener Gleichstellungsplan noch nicht entsprechend angepasst worden ist.

Die Regelung in Abs. 5 stellt unerfüllbare Forderungen. Die Regelung muss sich darauf beschränken, die Wiedergabe personenbezogener Daten im Rahmen des rechtlich Möglichen, d. h. unter Beachtung der – vorrangigen – Vorgaben des § 13 zu vermeiden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass in kleineren Dienststellen bestimmte Bereiche überhaupt nicht mehr im Gleichstellungsplan abgehandelt werden können. Gleiches gilt für Arbeitsplätze, die ohnehin nur in geringer Zahl vorhanden sind. Eine derartige Entkernung des Gleichstellungsplans muss ausgeschlossen werden.

§ 15

In § 15 S. 1 sind nach dem Wort haben die Worte „zur Gewährleistung des Rechts auf Gleichberechtigung von Frauen und Männern“ einzufügen, um deutlich zu machen, dass auf die Erfüllung der in § 15 geregelten Pflichten auch ein grundrechtlicher Anspruch besteht. So kann die verfehlte Auslegung des bisherigen § 12 BGleIG durch das BVerwG korrigiert werden, das die dort normierten Pflichten trotz der in § 1 BGleIG genannten Ziele auf rein objektivrechtliche Pflichten reduziert hat.

§ 16

In der Entwurfsbegründung zu Abs. 4 sollte klargestellt werden, dass die Regelung des neuen BGleIG wie die des aktuell geltenden von dem Vorbehalt des § 23 TzBfG Gebrauch machen, sodass für die Beschäftigten die individuell jeweils günstigere Regelung Anwendung findet.

§ 18

In Abs. 1 Nr. 3 ist neben der bestehenden auch die geplante Schwangerschaft aufzuführen, da der EuGH¹⁹ das Diskriminierungsverbot der RL 2006/54/EG auch auf diese Situationen bezieht.

Abs. 3 sollte wie folgt lauten:

„Schwangerschafts- und mutterschaftsbedingte Abwesenheitszeiten sind als aktive Beschäftigungszeiten zu behandeln und dürfen sich in keiner Weise nachteilig auf das Beschäftigungsverhältnis einschließlich des Entgelts oder des beruflichen Werdegangs auswirken; die Ableistung der beamtenrechtlichen Mindestprobezeit von einem Jahr bleibt unberührt. Nach der Rückkehr aus dem Mutterschutz oder einer Elternzeit besteht Anspruch auf Rückkehr an den bisherigen oder einen ihm gleichwertigen Arbeitsplatz; das gilt auch dann, wenn zuvor ein höherwertiger Arbeitsplatz oder ein Arbeitsplatz mit Vorgesetzten- oder Leitungsaufgaben übertragen war, ohne dass sich deshalb die Besoldung oder das Entgelt geändert hatte. Zeiten einer Beurlaubung, während derer Familien- oder Pflegeaufgaben wahrgenommen wurden, sind für die Feststellung der Qualifikation im Wege ihrer fiktiven Nachzeichnung zugunsten der Betroffenen zu berücksichtigen. Ent-

¹⁹ U. v. 28.2.2008 – Rs. C-506/06 – NZA 2008, 345, 347 Rn. 44 ff. = BGleIG-ES E.III.5 Art. 10 RL 92/85/EWG Nr. 4 – „Mayr“

sprechendes gilt für die Berechnung von Zeiten eines Aufstiegs in den Erfahrungsstufen eines Besoldungs- oder Entgeltsystems, vergleichbaren Zeiten für einen Bewährungs- oder Zeitaufstieg."

Der Vorschlag verbessert die bisher in § 15 Abs. 3, 4 BGleIG enthaltenen Regelungen und schafft zugleich mehr Klarheit über Art und Umfang des Benachteiligungsverbots. Abs. 3 S. 2 setzt Art. 15 RL 2006/54/EG bzw. § 5 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der RL 2010/18/EU um und schafft im nationalen Recht jedenfalls für Beschäftigte der Bundesverwaltung entsprechende individuelle Ansprüche. Abs. 3 ist im Gegensatz zur Entwurfsbegründung als statusgruppenübergreifende und einheitliche Regelung gedacht, die insoweit beamtenrechtliche Regelungen entbehrlich macht.

§ 19

In Abs. 1 S. 2 sollten nach dem Wort findet die Worte „zum gleichen Zeitpunkt“ eingefügt werden, um dadurch klarzustellen, dass die getrennten Wahlgänge nicht etwa nacheinander stattfinden.

Als Abs. 1a sollte eingefügt werden:

„Dienststellen mit in der Regel mindestens 50 Beschäftigten sollen eine Gleichstellungsbeauftragte und eine Stellvertreterin bestellen. Dienststellen mit in der Regel weniger als 50 Beschäftigten können eine Gleichstellungsbeauftragte und eine Stellvertreterin bestellen. In den Fällen der Sätze 1 und 2 kann nach dem Ermessen der Dienststellenleitung unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Personalrats nach § 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Bundespersonalvertretungsgesetz auf eine Wahl verzichtet werden."

In Abs. 3 sollte als weiterer Satz angefügt werden:

„Vor der Ermächtigung in Satz 1 darf nur Gebrauch gemacht werden, wenn unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Personalrats nach § 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 Bundespersonalvertretungsgesetz mit der Entscheidung für eine Verringerung der Zahl der Gleichstellungsbeauftragten eine verbindliche Mindestregelung getroffen worden ist, die den Anforderungen an die Ausstattung der Gleichstellungsbeauftragten einschließlich der Zuordnung von Mitarbeitern bzw. Mitarbeiterinnen entsprechend § 29 in einer der Zahl der vertretenen Beschäftigten

und den spezifischen organisatorischen Anforderungen für die Arbeit der Gleichstellungsbeauftragten in vollem Umfang Rechnung trägt. Das schließt eine Regelung zum Mindestumfang der Entlastung ein."

Der Vorschlag will dazu beitragen, dass – wie leider in Praxis häufiger anzutreffen – zunächst nur die Zahl der zu bestellenden Gleichstellungsbeauftragten verringert wird und die gesetzlich geschuldete Ausstattung nur teilweise oder mit erheblicher Verzögerung bereit gestellt wird.

Die Regelung in Abs. 4 sollte gestrichen werden. Anstatt die Zahl der Stellvertreterinnen zu erhöhen, sollte die personelle Ausstattung des Amtes der Gleichstellungsbeauftragten einschließlich der zur Sachbearbeitung befähigten Mitarbeiter/innen verbessert werden, um eine professionelle Arbeit des Büros der Gleichstellungsbeauftragten unter deren alleiniger Leitung zu ermöglichen. Die Erhöhung der Zahl der Stellvertreterinnen kann im Hinblick auf die nachfolgenden Regelungen zur ihrer Betrauung mit Aufgaben einer Gleichstellungsbeauftragten zu erheblichen Konflikten, Reibungsverlusten und mangelnder Effizienz führen, also das Gegenteil dessen bewirken, was – scheinbar – erreicht werden soll. Der Zugang durch Wahl anstelle einer professionalisierten Auswahl sollte auf die Gleichstellungsbeauftragte und eine Stellvertreterin beschränkt bleiben. Allenfalls kann überlegt werden, ob unter Rückgriff auf das Wahlergebnis im Falle des vorzeitigen Ausscheidens einer Gleichstellungsbeauftragten bzw. ihrer Stellvertreterin die Dienststelle diejenige Beschäftigte mit zweitbesten Wahlergebnis usw. zu bestellen hat.

§ 22

Siehe letzte Bemerkung zu § 20

§ 24

In Abs. 1 S. 1 sollten nach dem Wort Personalverwaltung die Worte „als Führungskraft“ eingefügt werden. Diese Klarstellung kann dazu beitragen, viele psychologische Hindernisse in den Dienststellen zu beseitigen, wenn insbesondere Beschäftigte aus einer niedrigeren Hierarchieebene kommend zur Gleichstellungsbeauftragten bestellt werden und ihnen die Möglichkeit/Fähigkeit abgesprochen wird, z. B. an Führungsklausuren, Führungskräftebesprechungen etc. teilzunehmen.

Als S. 2 sollte in Abs. 1 eingefügt werden:

„Ist die Gleichstellungsbeauftragte für mehrere Dienststellen zuständig, gehört sie der Personalabteilung jeder Dienststelle ihres Zuständigkeitsbereichs an und ist zugleich jeder Leitung einer Dienststelle in ihrem Zuständigkeitsbereich zugeordnet.“

Die Ergänzung ist im Hinblick auf die Fälle des § 19 Abs. 2, 3 nötig, weil nur so erreicht werden kann, dass die Gleichstellungsbeauftragte in jeder von ihr zu betreuenden Dienststelle ihr Amt in vollem Umfang ausüben kann.

§ 25

In Abs. 1 S. 1 sollten nach dem Wort Geschlechts zur Klarstellung die Worte „oder wegen ihrer sexuellen Identität“ eingefügt werden, wenn dieses Diskriminierungsmerkmal in die Zielsetzung des § 1 aufgenommen wird.

In Abs. 2 Nr. 1 sollten nach dem Wort Dienststelle die Worte „auf entsprechende Anfrage oder aus eigener Initiative“ eingefügt werden. Damit würde klargestellt, dass die Unterstützungspflicht sowohl auf Ersuchen der Dienststelle wie auch ggf. gegen deren Wünsche stattfinden kann.

Abs. 2 Nr. 2 sollte wie folgt gefasst werden:

„bei allen personellen, organisatorischen oder sozialen Angelegenheiten entsprechend § 27 mit dem Ziel mitwirken, die Ziele dieses Gesetzes besser zu erreichen, Benachteiligungen wegen des Geschlechts oder der sexuellen Identität zu verhindern, eingetretene entsprechende Benachteiligungen wiedergutzumachen, die Unterrepräsentanz von Frauen abzubauen, die Beschäftigten in ihrem Ziel einer besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu unterstützen, sexuelle Belästigungen aufzuklären und die nötigen Vorkehrungen zur ihrer künftigen Unterbindung einschließlich angemessener und erforderlicher Sanktionen zu ergreifen,“

Die Neufassung bringt einerseits den Charakter eines generalklauselartig gefassten Beteiligungsrechts entsprechend § 27 zum Ausdruck, beschränkt andererseits die Ausübung dieses Beteiligungsrechts auf die gleichstellungspolitischen Aspekte im Gegensatz zu den insoweit weiterreichenden Befugnissen der Personalvertretungen, für die die Wahrung der Ziele des BGleIG nur eine von mehreren Aufgaben ist.

§ 26

Zur Ermöglichung der Bestellung mehrerer Stellvertreterinnen wird auf § 19 verwiesen.

In Abs. 4 sollte - weitgehend entsprechend dem bisherigen Recht - die Möglichkeit erhalten bleiben bzw. geschaffen werden, einer Vertrauensfrau nach freier Entscheidung der Gleichstellungsbeauftragten deren Aufgaben teilweise zu übertragen. Das kann die Erledigung der Aufgaben vor Ort deutlich erleichtern.

Die Handlungsmöglichkeiten der Vertrauensfrau sollten klarstellend auf aktive Teilnahme an die eine abschließende Entscheidung vorbereitenden Entscheidungsprozesse erweitert werden. Die in der Entwurfsbegründung zu § 29 angegebene gegenteilige Auffassung des OVG NRW ist nicht nur verfehlt, sondern auch ohne eine Möglichkeit der Anrufung des BVerwG ergangen, obwohl von ihm zur entsprechenden Frage noch keine Rechtsprechung vorliegt. Das OVG verwechselt die allein der Gleichstellungsbeauftragten vorbehaltene Ausübung des Mitwirkungsrechts mit der aktiven Teilnahme an einem vorbereitenden Entscheidungsprozess. Diese Teilnahme dient in erster Linie der laufenden Unterrichtung der Gleichstellungsbeauftragten und bereitet die Ausübung des Mitwirkungsrechts durch die Abgabe eines Votums lediglich vor. Dieses Verständnis orientiert sich an dem Urteil des BVerwG²⁰, das zur Ermöglichung einer Teilnahme von Gleichstellungsbeauftragten an Führungsklausuren einer Dienststelle ergangen ist. Das OVG reflektiert diese Differenzierungen nicht.

§ 27

Es sollte entsprechend dem bisherigen Recht klarer zwischen der Beteiligung an Entscheidungen abschließenden Mitwirkung einerseits und auf den vorbereitenden Entscheidungsprozess bezogenen möglichen aktiven Teilnahme unterschieden werden.

Abs. 1 S. 1 sollte daher lauten:

„Die Gleichstellungsbeauftragte hat gegenüber einer Dienststelle in ihrem Zuständigkeitsbereich das Recht auf frühzeitige Mitwirkung an Entscheidungen der Dienststelle in personellen, organisatorischen und sozialen Angelegenheiten. Bei personellen Angelegenheiten bezieht sich das Mitwirkungsrecht auch auf die

²⁰ U. v. 8.4.2010 – 6 C 3.09 – BGleIG-ES E.II.2.1 § 20 BGleIG Nr. 9

Zwischenentscheidungen, die zur Vorbereitung einer die jeweilige Angelegenheit abschließenden Entscheidung ergehen. Zu den der Mitwirkung unterliegenden Angelegenheiten gehören insbesondere

- 1. die Vergabe von Ausbildungsplätzen,*
- 2. Einstellungen, Abordnungen, Versetzungen,*
- 3. Umsetzungen für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten,*
- 4. die Fortbildung,*
- 5. der berufliche Aufstieg von Beschäftigten,*
- 6. Abmahnungen,*
- 7. die Einleitung und der Abschluss von Disziplinarverfahren,*
- 8. eine vorläufige Dienstenthebung, ein Verbot der Führung der Dienstgeschäfte,*
- 9. eine vorzeitige Beendigung der Beschäftigung,*
- 10. die Abfassung oder Änderung von Beurteilungsrichtlinien,*
- 11. die Teilnahme an gemeinsamen Besprechungen zur Sicherstellung einer einheitlichen Handhabung von Beurteilungsrichtlinien in der Dienststelle oder im Geltungsbereich der jeweiligen Richtlinien,*
- 12. die Besetzung von Gremien einschließlich Auswahlkommissionen,*
- 13. die Teilnahme am Verfahren zur Besetzung von Gremien nach Maßgabe des Bundesgremienbesetzungsgesetzes,*
- 14. die Erstellung oder Änderung des Gleichstellungsplans."*

Die vorgeschlagene Fassung macht den in der Entwurfsbegründung enthaltenen Hinweis auf das Urteil des BVerwG zur Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten an einem Disziplinarverfahren hinfällig, weil es künftig nicht mehr darauf ankommt, in welchem Ausmaß konkrete Anhaltspunkte für eine konkrete Betroffenheit gleichstellungsmäßiger Belange im Disziplinarverfahren und wegen der Art des Dienstvergehens bestehen. Wie die jetzige Fassung der Entwurfsbegründung zutreffend betont, ist die konkrete Abklärung der Frage, ob und in welchen Ausmaß die jeweilige Entscheidungsabsicht ein gleichstellungsmäßiges Problem aufwirft, im jeweiligen Mitwirkungsverfahren von der Gleichstellungsbeauftragten zu beantworten, ohne dass dadurch die vorgängige gleich gelagerte Verantwortung der Dienststelle (§ 4) vermindert wäre.

Abs. 2 sollte lauten:

„Frühzeitig ist eine Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten nach Abs. 1 dann, wenn bereits unmittelbar nach vorläufiger Entscheidungsfindung auf Seiten der Dienststelle die Gleichstellungsbeauftragte zur Ausübung ihres Mitwirkungsrechts durch Abgabe eines Votums aufgefordert wird. Die Teilnahme am vorbereitenden Entscheidungsprozess stellt keine Ausübung des Mitwirkungsrechts dar. Das entsprechende Recht besteht unabhängig vom Mitwirkungsrecht.“

Der Vorschlag berücksichtigt die Trennung von Mitwirkung einerseits und Teilnahme am vorbereitenden Entscheidungsprozess andererseits.

§ 28

In Abs. 1 sollte als S. 2 eingefügt werden:

„Eine unzulässige Begünstigung liegt nicht vor, soweit aus den von der Gleichstellungsbeauftragten wahrgenommenen Aufgaben im Hinblick auf die damit typischerweise verbundenen Anforderungen auf der Grundlage der Aufgabenbeschreibung (Abs. 3 Satz 4) vor allem bei längerer Amtstätigkeit auf den Erwerb entsprechender persönlicher und fachlicher Qualifikationen geschlossen wird.“

In Abs. 2 sollte als S. 2 eingefügt werden:

„Dabei ist zugunsten der Gleichstellungsbeauftragten nicht nur auf die Zahl der Beschäftigten im Zuständigkeitsbereich der Gleichstellungsbeauftragten, sondern unter anderem auch auf die Art und den Umfang der Zuständigkeiten der ihr zugeordneten Dienststelle oder Dienststellen, den organisatorischen Aufwand zur Betreuung mehrerer Dienststellen, die Zusammensetzung des Personalkörpers abzustellen.“

Diese Klarstellung sorgt dafür, dass berücksichtigt wird, dass eine Dienststelle mit wenigen Beschäftigten gleichwohl für eine Vielzahl von Entscheidungen insbesondere personeller Art zuständig sein kann, wenn diese Entscheidungen für beschäftigungsstarke nachgeordnete Dienststellen zu treffen sind. Ebenso wird klar gestellt, dass Gleichstellungsbeauftragte mit einem großen – auch räumlichen – Zuständigkeitsbereich einen deutlich höheren Entlastungs- und Ausstattungsbedarf haben, als es die bloße Zahl der betreuten Beschäftigten vermuten lässt.

Die in Abs. 2 S. 4 für teilzeitbeschäftigte Gleichstellungsbeauftragte zwingend vorgesehene kompensierende Entlastung ihrer Stellvertreterin sollte in dieser Form aufgegeben werden. Es sollte dem gleichberechtigt die Möglichkeit an die Seite

gestellt werden, dass statt einer Entlastung der Stellvertreterin eine Mitarbeiterin bzw. ein Mitarbeiter im Umfang der noch nicht in Anspruch genommenen Entlastung zur Verfügung gestellt wird. Es kommt leider häufiger vor, dass die Stellvertreterin und die Amtsinhaberin nicht hinreichend harmonisieren und dadurch die Effizienz erheblich leidet. Das sollte man nicht noch durch eine Regelung wie Abs. 2 S. 4 zusätzlich befördern.

§ 29

In Abs. 1 sollte angefügt werden:

„Zur personellen Ausstattung gehört die Zuweisung einer Bürokraft entsprechend dem Umfang der zu erledigenden Aufgaben.“

Die Anfügung ist wichtig, weil in der Rechtsprechung teilweise der Standpunkt vertreten wird, dass in Dienststellen, die eine integrierte Sachbearbeitung eingeführt haben, kein Anspruch auf Büropersonal bestehe. Damit würde wertvolle Arbeitszeit der Gleichstellungsbeauftragten auf die Erledigung von Aufgaben verwendet, die lediglich organisatorischer und bürokratischer Art sind, mit dem Amtsinhalt jedoch eigentlich nichts zu tun haben. Der Entlastungsumfang sollte uneingeschränkt für die inhaltliche Amtsführung zur Verfügung stehen, sodass Aktenablage, Fertigung von Schreiben, Telefondienst, Führen des Terminkalenders, Wiedervorlagen etc. von Dritten erledigt werden. Sollte man sich nicht zur Ergänzung des Gesetzestextes verstehen, wäre es nötig, jedenfalls die Entwurfsbegründung entsprechend zu ergänzen.

Zu Abs. 2 wäre in der Entwurfsbegründung klarzustellen, dass die dort angesprochene Zuweisung sich auf Mitarbeiter/innen mit Sachbearbeitungskapazität, d. h. mit einer Befähigung mindestens für den gehobenen Dienst bezieht, in großen Einheiten oder einer obersten Bundesbehörde auch auf Beschäftigte mit Befähigung für den höheren Dienst.

Abs. 3 sollte wie folgt gefasst werden:

„Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter werden von der Gleichstellungsbeauftragten zur Vorbereitung und sonstigen Unterstützung ihrer Entscheidungen und Aufgaben eingesetzt. Dies schließt die Teilnahme einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters an einem vorbereitenden Entscheidungsprozess ein. Lediglich die Ausübung des Mitwirkungsrechts durch die Abgabe eines Votums ist der Gleichstellungsbeauftragten vorbehalten.“

Auf die entsprechenden Ausführungen zu § 26 wird verwiesen.

§ 30

Abs. 1 sollte folgende Fassung erhalten:

„Die Dienststellenleitung einschließlich der für sie tätigen Beschäftigten und die Gleichstellungsbeauftragte arbeiten zum Wohl der Beschäftigten, zur Erfüllung der Ziele des § 1 und der Verpflichtungen des § 4 eng zusammen und sind insoweit zur wechselseitigen Unterstützung verpflichtet.“

Der Vorschlag sorgt dafür, dass auch die für die Dienststellenleitung in deren Verantwortung tätigen Beschäftigten dem Gebot der engen Zusammenarbeit unterworfen sind, also entsprechend kooperieren müssen. Die Einbeziehung des § 4 trägt dazu bei, die Erfüllung des Prinzips Gender Mainstreaming zu einer gemeinsamen Angelegenheit zu machen.

In Abs. 2 sollte als letzter Satz angefügt werden:

„Das Teilnahmerecht nach Satz 3 bezieht sich auch auf diejenigen Teile eines von der Dienststelle in Gang gesetzten Entscheidungsprozesses, die sich unter anderem mit der Ermittlung von Sachverhalten, der Einholung von Gutachten, externen Stellungnahmen befassen.“

Das OVG NRW hat zu § 20 Abs. 1 S. 3 BGleG entschieden, dass die Sachverhaltsermittlung noch nicht zum Entscheidungsprozess gehöre. Diese Sichtweise ist eine rein richterliche, weil richterliche Entscheidungsprozesse entsprechend gegliedert werden können. Der Wirklichkeit von Verwaltungsprozessen in einer Verwaltung wird dies in keiner Weise gerecht, weil hier Art und Umfang einer Sachverhaltsermittlung meist mit der inhaltlichen Steuerung des Entscheidungsprozesses einhergehen. Es handelt sich oft um offene Entscheidungsprozesse, die sich jedenfalls anfangs eher als Such- oder Findungsprozesse denn als Verfahren darstellen, die von vornherein auf ein bestimmtes Ergebnis ausgerichtet sind. Daher ist die vorgeschlagene Klarstellung erforderlich, um auch den Zugang zu komplexen Entscheidungsprozessen mit inhaltlich völlig offenem Ausgang zu ermöglichen.

Die Beschränkung des Einsichtsrechts der Gleichstellungsbeauftragten in die Personalakten der Beschäftigten in Abs. 4 stellt einen deutlichen Rückschritt gegenüber dem derzeitigen Rechtsstand dar. Da die Gleichstellungsbeauftragte

nach § 24 Abs. 1 – in Übereinstimmung mit dem derzeit geltenden Recht, seinerzeit gefasst auf Anregung des Bundesdatenschutzbeauftragten – der Personalverwaltung angehört, ergibt sich das auf die dort verwalteten Akten bezogene Einsichtsrechts schon aus dieser organisatorischen Zugehörigkeit. Dem entspricht die Regelung in § 107 Abs. 1 S. 2 BBG. Der Verweis auf die anders gefassten Regelungen des BPersVG ist schon deshalb verfehlt, weil die Personalräte nicht Teile der Personalverwaltung, sondern im Verhältnis zu ihr externe Stellen sind. Die mit Erlass des BGleiG auf Vorschlag des Bundesdatenschutzbeauftragten vorgenommene Zuordnung der Gleichstellungsbeauftragten zur Personalverwaltung diene gerade dem Ziel, den Rechtfertigungsbedarf für eine bereichsüberschreitende Datenweitergabe entfallen zu lassen, weil die Datenweitergabe innerhalb des entsprechenden Bereichs, nämlich innerhalb der Personalverwaltung erfolgt. Die Gleichstellungsbeauftragte ist jedenfalls seitdem eine Angehörige der Personalverwaltung, wenn auch mit einem besonderen Status aufgrund ihrer vorrangig durch das weisungsfreie Gleichstellungscontrolling bestimmten Aufgaben.

§ 32

Die Einführung der neuen Votierungsfrist wird in der Entwurfsbegründung nicht näher begründet. Da es sich um eine Verschlechterung im Verhältnis zum erreichten Rechtsstand handelt, wäre die Erforderlichkeit entsprechend zu begründen. Vielfach beruht die Länge eines Mitwirkungsverfahrens auf der unzureichenden Unterrichtung durch die Dienststelle, die mangelnde Ausstattung oder Entlastung der Gleichstellungsbeauftragten, ist also in der Sphäre der Dienststelle zu suchen. Dies berücksichtigt die Entwurfsbegründung nicht.

Akzeptiert man gleichwohl die Einführung einer Votierungsfrist, wäre folgende Fassung von Abs. 2 S. 2, 1. Halbs. ratsam:

„Das Votum ist nach vollständiger Unterrichtung durch die Dienststelle (§ 30 Abs. 2) innerhalb von zehn Arbeitstagen ab der klaren Aufforderung zur Votierung hinsichtlich der konkret bezeichneten Entscheidungsabsicht in Textform abzugeben; ...“

Es ist klarzustellen, dass die Votierungsfrist nur nach vollständiger Unterrichtung zu laufen beginnen kann. Dies entspricht dem personalvertretungsrechtlichen Rechtsstand. Ferner sollte die Mitteilung der Dienststelle eine klare Aufforderung zur Votierung vergleichbar dem Antrag auf Zustimmung eines Personalrats enthalten. Auch dies dient der Rechts- und Verfahrenssicherheit.

Abs. 2 S. 4 sollte lauten:

„Gibt die Gleichstellungsbeauftragte innerhalb der Frist des Satzes 2 kein Votum in Textform ab, ist dies dahin zu verstehen, dass keine gleichstellungsmäßigen Einwände erhoben werden.“

Die im Entwurf gewählte Fiktion der Billigung ist im Hinblick auf den eingeschränkten Zweck des Mitwirkungsrechts verfehlt. Die Billigungsfiktion kann nur dahin lauten, dass keine gleichstellungsmäßigen Einwände erhoben wurden.

Abs. 3 sollte wie folgt gefasst werden:

„Folgt die Dienststelle dem Votum der Gleichstellungsbeauftragten nicht, unterrichtet die Dienststelle die Gleichstellungsbeauftragte unverzüglich von ihrer abweichenden Entscheidungsabsicht. Die Gleichstellungsbeauftragte kann innerhalb einer Woche ab Zugang der Mitteilung nach Satz 1 eine in Textform abgefasste Begründung für die abweichende Entscheidungsabsicht der Dienststelle verlangen. Für die Übermittlung dieser Begründung gelten die Fristen nach Abs. 2 Satz 2 und 3 entsprechend.“

Der Vorschlag strukturiert das Verfahren bei mangelnder Berücksichtigung des Votum übersichtlich und schafft klare Vorgaben.

Als neuer Abs. 5 sollte folgendes angefügt werden:

„Die Beachtung des Mitwirkungsrechts der Gleichstellungsbeauftragten ist Voraussetzung der Wirksamkeit der vom Mitwirkungsrecht erfassten Entscheidungen. Das Einspruchs- und Klagerecht der Gleichstellungsbeauftragten bleiben unberührt.“

Im Hinblick auf die Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es nötig, die Folgen einer mangelnden Beachtung des Mitwirkungsrechts der Gleichstellungsbeauftragten ausdrücklich gesetzlich zu regeln. Dies dient der Rechtssicherheit. Zugleich ist eine Folgenregelung geeignet, zur tatsächlichen Beachtung des Mitwirkungsrechts beizutragen und dadurch das Gebot der engen Zusammenarbeit von Dienststelle und Gleichstellungsbeauftragter effizient zu machen. Da die Mitwirkung in der im Entwurf – auch ohne Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Änderungen – als zwingend zu beachtende Verfahrensvorschrift ausgestaltet ist, und die Gleichstellungsbeauftragte Teil der Verwaltung ist, muss die Folge einer mangelnden Beachtung einer derartigen Verfahrenspflicht zulasten der

Dienststelle gehen. Das schafft auch für die Beschäftigten Klarheit und betont zugleich die Bedeutung, die dem Mitwirkungsrecht der Gleichstellungsbeauftragten für die praktische Realisierung der gesetzlichen Ziele zukommt.

Eine Regelung, wie sie in § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX enthalten ist, empfiehlt sich nicht, da sich diese Vorschrift, die inhaltsgleich auch in einigen Landesgleichstellungsgesetzen enthalten ist, aber schon 2001 zu Recht nicht in das BGleIG übernommen wurde, als ineffizient erwiesen hat, da individualrechtliche Folgen nur bei Entscheidungen mit Ermessens- oder Beurteilungsspielraum eintreten. Das genügt nicht, um auch über eine Sanktionsregelung dazu beitragen, dass die in der bisherigen Praxis oft übergangenen Mitwirkungsrechte der Gleichstellungsbeauftragten die nach dem Gesetz erforderliche tatsächliche Beachtung erfahren.

In Abs. 5 S. 2 des Vorschlags wird klargestellt, dass die Einspruchs- und Klagerechte der Gleichstellungsbeauftragten unberührt bleiben. Das ist angebracht, weil die Ausübung dieser Rechte eine andere Zielrichtung als die vorausgehende Sanktionsregelung hat. Sie betrifft das Verhältnis der Dienststelle zu den Beschäftigten, regelt also das „Außenverhältnis“. Die aus Anlass einer mangelnden Beachtung des Mitwirkungsrechts erfolgende Ausübung des Einspruchs- und Klagerechts betrifft dagegen nur das „Innenverhältnis“, weil es darum geht, wie die Rechte der Gleichstellungsbeauftragte gegenüber der Dienststelle zu verstehen sind, welche Reichweite sie haben, und welche Verfahrensvorgaben insoweit zu beachten sind.

Soweit man sich nicht zur Aufnahme einer ausdrücklichen und effizienten Sanktionsregelung in den Entwurf verstehen kann, wäre der in der Entwurfsbegründung enthaltene Hinweis auf das Einspruchsrecht als Möglichkeit einer Reaktion der Gleichstellungsbeauftragten auf eine mangelnde Beachtung des Mitwirkungsrechts durch den Hinweis zu ergänzen, dass es sich bei den gesetzlichen Vorgaben zur Mitwirkung der Gleichstellungsbeauftragten um zwingende Verfahrenspflichten der Dienststelle handelt, die auch im Interesse der von mitwirkungspflichtigen Entscheidungen betroffenen Beschäftigten oder Bewerberinnen bestehen.

§ 33

In Abs. 1 Nr. 6 sollte auch ein Verstoß gegen das Verbot einer Benachteiligung wegen der sexuellen Identität Erwähnung finden, wenn es bei der Aufnahme dieses Merkmals in das Gesetz bleiben sollte.

§ 34

Ich bleibe bei meinem Vorschlag, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren vorzusehen. Dies lehnt sich an die Regelung in § 2a Nr. 3a ArbGG an, wonach die ArbG über kollektive Angelegenheiten des SGB IX entscheiden, und zwar auch im öffentlichen Dienst. Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit wird den Vorteil haben, dass die Entscheidungen schneller fallen werden, was für alle Beteiligten von hohem Wert sein wird und länger andauernde Unsicherheiten vermeidet. In der Verwaltungsgerichtsbarkeit haben erstinstanzliche Verfahren oft schon mehrere Jahre, teilweise fast die gesamte Amtszeit einer Gleichstellungsbeauftragten in Anspruch genommen. Außerdem können die ArbG ihre Erfahrungen aus dem kollektiven Arbeitsrecht, d. h. den vielfach strukturell vergleichbaren Streitigkeiten aus dem Betriebsverfassung- und Personalvertretungsrecht nutzbar machen. Die meisten Verwaltungsrichter/innen verfügen im Gegensatz zu den Arbeitsrichtern und -richtern insoweit kaum über entsprechende Kenntnisse oder Erfahrungen.

Auf jeden Fall sollte in der Entwurfsbegründung klargestellt werden, dass § 34 Abs. 2 lediglich eine besondere Ausgestaltung der Klagebefugnis darstellt, aber keine Aussage darüber trifft, mit welcher Art von Klageanträgen ein Verwaltungsstreitverfahren geführt werden kann. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass auch Leistungs- und Unterlassungsanträge zulässig sind, um die Rechte einer Gleichstellungsbeauftragten effektiv und mit Vollstreckungsmöglichkeit durchzusetzen oder die Dienststelle zu bestimmten Handlungen in Bezug auf einen Gleichstellungsplan verurteilen zu lassen. Ebenso sollte klargestellt werden, dass auch die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht kommt.

§ 38

Der Verzicht auf § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGleG sollte unterbleiben. Eher sollte die Regelung zur Notenübersicht stärker detailliert werden, um aufgrund entsprechender Statistiken die Prüfung zu erleichtern, ob ein Beurteilungssystem, die Handhabung eines Beurteilungssystems in einer Dienststelle zur mittelbaren Diskriminierung von Frauen wegen ihres Geschlechts führt. Die entsprechenden Daten sollten insbesondere dienststellenbezogen zugänglich sein und dort auch publiziert werden. Die Verschlechterung gegenüber dem erreichten Rechtsstand wird in der Entwurfsbegründung nicht nachvollziehbar begründet.

Frankfurt am Main, 6. November 2014