



16. FEBRUAR 2015

STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF DES
BGREMBG UND DES BGLEIG

IM ENTWURF EINES GESETZES FÜR DIE GLEICH-
BERECHTIGTE TEILHABE VON FRAUEN UND
MÄNNERN IN FÜHRUNGSPPOSITIONEN IN DER
PRIVATWIRTSCHAFT UND IM ÖFFENTLICHEN
DIENST

BT-DRUCKS. 18/3784

DR. TORSTEN VON ROETTEKEN
VORSITZENDER RICHTER AM VG
Frankfurt am Main



Inhalt

| | | |
|------|---|----|
| I. | Zur Person | 4 |
| II. | Grundsatzkritik | 4 |
| III. | Art. 1 – BGremBG | 6 |
| 1. | Geschlechterparitätische Gremienbesetzung (§ 1)..... | 6 |
| 2. | Vorgaben für Aufsichtsgremien (§ 4) | 7 |
| 3. | Vorgaben für wesentliche Gremien (§ 5) | 7 |
| IV. | Art. 2 – BGleiG | 8 |
| 1. | Vorbemerkung..... | 8 |
| 2. | Wesentliche Mängel..... | 9 |
| 3. | Verschlechterungsverbot..... | 10 |
| 4. | Hinweis auf die Umsetzung der RL 2006/54/EG | 10 |
| 5. | Unzulässigkeit der angestrebten Geschlechterparität | 11 |
| 6. | Gleichstellung als Daueraufgabe..... | 16 |
| 7. | Gerichtliche Zuständigkeit | 16 |
| V. | Zu den einzelnen Regelungen des BGleiG-Entwurfs | 17 |
| 1. | Ziele des Gesetzes (§ 1) | 17 |
| 2. | Geltungsbereich (§ 2)..... | 18 |
| 3. | Begriffsbestimmungen (§ 3) | 20 |
| a) | Arbeitsplätze (§ 3 Nr. 1) | 20 |
| b) | Bereiche (§ 3 Nr. 2) | 20 |
| c) | Beruflicher Aufstieg (§ 3 Nr. 3) | 20 |
| d) | Beschäftigte (§ 3 Nr. 4) | 21 |
| e) | Dienststellen (§ 3 Nr. 5) | 22 |
| f) | Pflege (§ 3 Nr. 7)..... | 22 |
| g) | Unternehmen (§ 3 Nr. 9) | 23 |
| h) | Unterrepräsentanz (§ 3 Nr. 10) | 23 |
| 4. | Gender Mainstreaming (§ 4)..... | 25 |
| 5. | Grundsatz/Anwendungshinweis (§ 5) | 26 |
| 6. | Ausschreibung (§ 6) | 28 |
| a) | Pflicht zur Ausschreibung (§ 6 Abs. 2) | 28 |
| b) | Inhalt der Ausschreibung (§ 6 Abs. 3) | 29 |
| 7. | Bewerbungsgespräche (§ 7) | 30 |

| | | |
|-----|---|----|
| 8. | Auswahlentscheidungen (§ 8) | 30 |
| a) | Entscheidungsquote (§ 8 Abs. 1) | 30 |
| b) | Geltungsbereich (§ 8 Abs. 2, 3) | 32 |
| c) | Abbau struktureller Benachteiligungen (§ 8 Abs. 4)..... | 34 |
| 9. | Qualifikation (§ 9)..... | 35 |
| a) | Qualifikationsfeststellung/Anforderungsprofil (§ 9 Abs. 1) | 35 |
| b) | Unzulässige Merkmale (§ 9 Abs. 2) | 39 |
| 10. | Inhalt des Gleichstellungsplans (§ 13)..... | 41 |
| a) | Zielquote (§ 13 Abs. 2 S. 2) | 41 |
| b) | Personalabbau (§ 13 Abs. 4) | 42 |
| c) | Verbot personenbezogener Daten (§ 13 Abs. 5) | 42 |
| 11. | Arbeitszeiten etc. (§ 15) | 43 |
| 12. | Teilzeitbeschäftigung etc. (§ 16) | 44 |
| 13. | Wechsel zur Vollzeitbeschäftigung etc. (§ 17) | 44 |
| a) | Vorrang für Aufstocker oder Beurlaubte (§ 17 Abs. 1) | 44 |
| b) | Erleichterungen (§ 17 Abs. 2)..... | 45 |
| 14. | Verbot von Benachteiligungen (§ 18) | 45 |
| a) | Benachteiligungsverbot (§ 18 Abs. 1) | 45 |
| b) | Gleichzustellende Zeiten ohne Beschäftigung (§ 17 Abs. 3)..... | 46 |
| 15. | Wahl (§ 19) | 47 |
| a) | Zeitpunkt der Wahl (§ 19 Abs. 1)..... | 47 |
| b) | Sonderregelung für kleinere Dienststellen (§ 19 Abs. 1a neu) | 48 |
| c) | Verringerung der Zahl von Gleichstellungsbeauftragten (§ 19 Abs. 3) | 48 |
| d) | Mehrere Stellvertreterinnen (§ 19 Abs. 4) | 49 |
| 16. | Bestellung (§ 20) | 50 |
| 17. | Wahlanfechtung (§ 21) | 51 |
| 18. | Rechtsstellung (§ 24) | 52 |
| 19. | Aufgaben etc. (§ 25) | 52 |
| a) | Allgemeine Aufgaben und Pflichten (§ 25 Abs. 1) | 52 |
| b) | Aufgabenkatalog (§ 25 Abs. 2) | 53 |
| c) | Sprechstunden etc. (§ 25 Abs. 3) | 54 |
| d) | Informationsaustausch (§ 23 Abs. 5)..... | 54 |
| 20. | Aufgaben der Stellvertreterin (§ 26) | 55 |

| | | |
|-----|--|----|
| a) | Aufgabendelegation (§ 26 Abs. 2) | 55 |
| b) | Vertrauensfrauen (§ 26 Abs. 4) | 55 |
| 21. | Beteiligung etc. (§ 27) | 56 |
| a) | Mitwirkungsrecht (§ 27 Abs. 1) | 56 |
| b) | Zeitpunkt der Mitwirkung (§ 27 Abs. 2) | 59 |
| c) | Verhältnis zu den Beteiligungsrechten der Interessenvertretungen (§ 27 Abs. 3) | 59 |
| 22. | Schutzrechte (§ 28) | 61 |
| a) | Qualifikationszuwachs (§ 28 Abs. 1 S. 2 neu) | 61 |
| b) | Entlastung (§ 28 Abs. 2) | 61 |
| c) | Nachzeichnung (§ 28 Abs. 3) | 64 |
| 23. | Ausstattung (§ 29) | 65 |
| a) | Personelle Ausstattung (§ 29 Abs. 1) | 65 |
| b) | Zuordnung von Mitarbeitern, Mitarbeiterinnen (§ 29 Abs. 2) | 66 |
| c) | Rechtsstellung der Mitarbeiter/innen (§ 29 Abs. 3) | 67 |
| 24. | Zusammenarbeit (§ 30) | 68 |
| a) | Kooperationsgebot (§ 30 Abs. 1) | 68 |
| b) | Teilnahmerecht an Entscheidungsprozessen (§ 30 Abs. 2 S. 3) | 68 |
| 25. | Form der Mitwirkung (§ 32) | 69 |
| a) | Votierungsfrist (§ 32 Abs. 2 S. 2) | 69 |
| b) | Fiktion der Billigung (§ 32 Abs. 2 S. 4) | 70 |
| c) | Abweichung vom Votum der Gleichstellungsbeauftragten (§ 32 Abs. 3) | 70 |
| d) | Folgen der Nichtbeachtung des Mitwirkungsrechts | 70 |
| 26. | Einspruchsrecht (§ 33) | 72 |
| 27. | Gerichtliches Verfahren (§ 34) | 73 |
| 28. | Interministerieller Arbeitskreis (§ 36) | 74 |
| 29. | Statistik (§ 38) | 75 |

I. Zur Person

Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht in Frankfurt am Main; Verfasser des Standardkommentars zum Bundesgleichstellungsgesetz, zum Hessischen Gleichberechtigungsgesetz und eines Kommentars zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz; Kommentator des Hessischen Beamtengesetzes; Mitkommentator des Beamtenstatusgesetzes und des Hessischen Personalvertretungsgesetzes; Mit-herausgeber der Zeitschrift „Gleichstellung in der Praxis“.

II. Grundsatzkritik

Art 1 (Bundesgremienbesetzungsgesetz - BGremBG) und Art. 2 (Bundesgleichstellungsgesetz – BGleiG) gehen von der rechtlich und politisch falschen Annahme aus, im öffentlichen Bereich müsse eine geschlechterparitätische Besetzung erreicht und sichergestellt werden. Dieses Ziel ist offensichtlich verfassungswidrig und mit dem vorrangigen Recht der Europäischen Union (EU) unvereinbar. Alle Einzelregelungen, die mit dieser Zielsetzung verbunden sind, werden sich in der Praxis nicht anwenden lassen, sodass in den Gesetzen von vornherein erhebliche Regelungslücken auftreten werden. Es gibt, wie unten näher ausgeführt wird, derzeit keine validen Anhaltspunkte für eine strukturelle Benachteiligung von Männern aufgrund ihres Geschlechts am Arbeitsmarkt, auch nicht im Öffentlichen Dienst. Wo sie im Verhältnis zu Frauen weniger stark in bestimmten Berufen vertreten sind, handelt es sich überwiegend um weniger gut bezahlte und weniger einflussreiche Positionen. Ihre zahlenmäßige Unterrepräsentanz hängt jedoch anders als die der Frauen nicht mit ihrem Geschlecht zusammen, sondern beruht auf anderen Faktoren. Das sieht auch die Bundesregierung selbst so, wie die Antwort auf eine Kleine Anfrage im Deutschen Bundestag belegt¹. Warum diese Erkenntnis falsch geworden sein soll, wird aus der Entwurfsbegründung nicht deutlich.

Das Konzept einer dauerhaft geschlechterparitätischen Besetzung öffentlicher Ämter trägt stark planwirtschaftliche Züge. Es steht zum freiheitlichen Charakter der Grundrechte und unserer darauf beruhenden Gesellschaftsordnung (Art. 1 GG) in einem unüberbrückbaren Widerspruch.

Beide Gesetzentwürfe wurden ohne vorausgehende Analyse der bisherigen Praxis und ihrer gleichstellungspolitischen Schwächen erstellt und besitzen damit keine hinreichend erfahrungsgestützte Grundlage.

¹ BT-Drucks. 18/2402

Die Gesetzentwürfe sind technisch schlecht gemacht und enthalten zum Teil in sich widersprüchliche Regelungen.

Der Entwurf des BGleiG wird einen erheblichen Rückschritt in Gleichstellungspolitik bewirken und damit das Gegenteil dessen, was vorgeblich angestrebt wird. Das zeigt sich unter anderem daran, dass der Geltungsbereich des neuen BGleiG hinter dem des geltenden Gesetzes zurückbleibt und damit neue gleichstellungspolitische Lücken aufgerissen werden. Unternehmen wie die Deutsche Flugsicherung GmbH oder die Deutsche Gesellschaft für Luft- und Raumfahrt werden künftig aus den Vorgaben des BGleiG entlassen und müssen nur noch die deutlich laxeren Regelung für die Privatwirtschaft beachten.

Die Pflicht, bei Privatisierungen aus dem Bereich des Bundes heraus gleichwohl für die Fortgeltung des BGleiG zu sorgen, ist im neuen BGleiG nicht mehr enthalten.

Weitere Minuspunkte und Verluste sind

- der Verzicht auf gesetzlich zwingende Vorgaben für die Zielquoten im Gleichstellungsplan (derzeit 50%, künftig keine vergleichbare Vorgabe),
- die Aufgabe des Grundsatzes, die Unterrepräsentanz von Frauen im Hinblick auf alle in Betracht kommenden Bereiche als relevant einzustufen und damit die verschiedenen Formen der strukturellen Benachteiligung von Frauen besser zu erfassen,
- als Folge davon die mangelnde Durchschaubarkeit und Transparenz von Auswahlverfahren,
- als Folge davon eine steigende Zahl rechtlich fehlerhafter Verfahren zur Personalauswahl, einhergehend mit einer deutlich steigenden Zahl von Konkurrentenverfahren und dementsprechend langen Zeiten von Stellenvakanzanzen,
- die mangelnde Berücksichtigung der Eigenständigkeit von weiblichen Lebens- und Berufsentwürfen durch eine wieder stärkere Ausrichtung auf männliche Karrierevorstellungen (Einschränkung des Ausschlusses von regelmäßig eher Frauen diskriminierenden Hilfskriterien bei Auswahlentscheidungen in § 9 Abs. 2 E-BGleiG im Vergleich zum geltenden Recht),
- die unzureichende Ausstattung des Amtes der Gleichstellungsbeauftragten vor allem in personeller Hinsicht mit der Folge der Fortschreibung der bisherigen erheblichen Praxismängel (fehlendes Büropersonal und fehlende Mitarbeiter/innen),

- die Einschränkung der Mitwirkungsrechte der Gleichstellungsbeauftragten, d. h. eine Stärkung der Rolle der Dienststellenleitungen
- die mangelnde Sanktionierung der Missachtung des Mitwirkungsrechts der Gleichstellungsbeauftragten, obwohl die Zahl entsprechender Verstöße in der bisherigen Praxis erheblich ist.

III. Art. 1 – BGremBG

1. Geschlechterparitätische Gremienbesetzung (§ 1)

§ 1 lässt sich von rechtspolitisch falschen, zudem verfassungswidrigen und mit dem Recht der EU unvereinbaren Ziel leiten, eine geschlechterparitätische Besetzung von Gremien zu erreichen und auf Dauer zu gewährleisten. Die nähere Begründung für diese Einschätzung ist in den Vorbemerkungen zu Art. 2 (E-BGleiG) enthalten².

Zum Ausgleich der immer noch vorhandenen strukturellen Benachteiligung von Frauen kann es im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG nur darum gehen, einen Mindestanteil von Frauen in den Gremien zu erreichen und künftig so lange sicherzustellen, bis die zur geschlechtsbedingten Benachteiligung von Frauen führenden strukturellen Ursachen beseitigt bzw. verschwunden sind und damit das Ziel von Art. 3 Abs. 2 GG tatsächlich erreicht ist.

Die Zielsetzung in § 1 sollte daher in Anlehnung an § 12 Hessisches Gleichberechtigungsgesetz lauten:

„Ziel des Gesetzes ist, in Gremien zu gewährleisten, dass mindestens die Hälfte ihrer Mitglieder Frauen sind, soweit der Bund die Mitglieder des Gremiums bestimmen kann.“

Nicht nachvollziehbar ist, warum die Gremien der Gerichte, d. h. die für die Geschäftsverteilung zuständigen Präsidien von der Zielsetzung ausgenommen werden. Eine Rechtfertigung dafür liefert die Entwurfsbegründung nicht.

² IV.5

2. Vorgaben für Aufsichtsgremien (§ 4)

Zu § 4 Abs. 1 S. 1, 2 wird folgende Fassung vorgeschlagen:

„In einem ‚Aufsichtsgremium müssen ab dem 1. Januar 2016 mindestens 30 Prozent der durch den Bund zu bestimmenden Mitglieder Frauen sein. Der Mindestanteil ist bei einer erforderlichen Neuwahl, Berufungen oder sonstigen Entscheidungen zu Berufungen zu gewährleisten; ist das aufgrund der zu geringen Zahl von Besetzungsmöglichkeiten nicht zu erreichen, müssen Frauen mindestens die Hälfte die neuen Mitglieder ausmachen.“

Der Vorschlag beschleunigt das Erreichen der vorgegebenen Quote von 30%.

§ 4 Abs. 1 S. 5 sollte gestrichen werden.

Es ist kein Grund für die Eröffnung der Möglichkeit zu erkennen, bei zwei neu zu berufenden Mitgliedern in beiden Fällen Männer zu benennen. Der Zielsetzung des Art. 3 Abs. 2 GG würde mit einer Aufrechterhaltung von § 4 Abs. 1 S. 5 jedenfalls nicht gedient. So sieht § 12 Hessisches Gleichberechtigungsgesetz zu Recht vor, dass bei der Besetzung von Gremien mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen sein sollen. Der Bund sollte dies übernehmen.

3. Vorgaben für wesentliche Gremien (§ 5)

Zu § 5 Abs. 2 wird folgende Fassung vorgeschlagen:

„(2) Bei wesentlichen Gremien müssen die Institutionen des Bundes unter Mitwirkung der jeweils zuständigen Gleichstellungsbeauftragten gewährleisten, dass mindestens die Hälfte der Gremiumsmitglieder Frauen sind.“

Die Formulierung lehnt sich an § 12 Hessisches Gleichberechtigungsgesetz an und schafft klare Vorgaben im Sinne des Leitprinzips Gender Mainstreaming (Art. 29 RL 2006/54/EG) und der Forderung des Rates der EG laut Beschluss vom 27.3.1995 (95/C 168/02 – ABI. EG 1995 C 168 S. 3) zur ausgewogenen Mitwirkung von Frauen und Männern am Entscheidungsprozess. Auch trägt die Regelung dazu bei, den Auftrag des Art. 23 Abs. 1 GRCh zu erfüllen. Danach ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen sicherzustellen.

IV. Art. 2 – BGleiG

1. Vorbemerkung

Der Entwurf einer Neufassung des BGleiG zielt nach § 8 Abs. 4 und nach der Entwurfsbegründung maßgeblich auf eine paritätische Vertretung beider Geschlechter im Öffentlichen Dienst des Bundes, bezieht sich aber gleichzeitig darauf, strukturellen Benachteiligungen von Frauen entgegenzuwirken³. Ferner wird ausgeführt, für die Bundesverwaltung und die Unternehmen mit Bundesbeteiligung bleibe die – gleichstellungspolitische – Bilanz trotz gesetzlicher Maßnahmen wenig zufriedenstellend⁴. Ferner heißt es, die verschiedenen Gesetze zur Gleichstellung von Frauen und Männern im Öffentlichen Dienst hätten nur wenig Wirkung entfaltet⁵.

Die Neufassung des BGleiG leistet auch unter Berücksichtigung der Entwurfsbegründung keinen Beitrag, der mangelnden Wirksamkeit des bisherigen BGleiG abzuhelpen. Dies liegt vor allem daran, dass eine Auswertung der bisherigen Praxis in den Behörden und Betrieben oder der Entwicklungen in der Rechtsprechung vollständig unterblieben ist. Auch die in den bisherigen Erfahrungsberichten der Bundesregierung insgesamt eher zurückhaltend aufgezeigten Mängel hinsichtlich der Umsetzung des derzeit geltenden Rechts werden nicht darauf untersucht, wie eine Neufassung von gesetzlichen Vorschriften dazu beitragen könnte, einen höheren Wirkungsgrad im Sinne von mehr tatsächlich erlebbarer Gleichberechtigung für Frauen – der seit Langem und auch derzeit noch benachteiligten Geschlechtergruppe – zu erreichen.

Zwar enthält die Neufassung des BGleiG einige kleinere Verbesserungen, ist aber insgesamt durch eine Vielzahl von teilweise massiven Verschlechterungen im Verhältnis zum derzeit geltenden Recht gekennzeichnet. Dabei wird mit der Entwurfsbegründung davon ausgegangen, das aktuell geltende BGleiG sei verbesserungsbedürftig.

Die Neufassung des BGleiG ist zudem in vielen Punkten inkonsistent.

Manche Probleme sind nur unvollständig geregelt.

³ BT-Drucks. 18/3784 S. 79

⁴ BT-Drucks. 18/3784 S. 44

⁵ BT-Drucks. 18/3784 S. 45

2. Wesentliche Mängel

Wesentliche Mängel des Gesetzentwurfs sind:

- der – verfassungswidrige und mit dem Recht der EU unvereinbare - Wechsel zum Ziel einer Geschlechterparität in öffentlichen Ämtern und dem damit einhergehenden Gebot einer entsprechenden Bevorzugung von Männern,
- die Verringerung des sachlichen Geltungsbereichs des BGleiG durch die Ausklammerung von vielen Bereichen der mittelbaren Bundesverwaltung,
- der Verzicht auf gesetzlich zwingende Vorgaben für die Zielquoten im Gleichstellungsplan,
- die Aufgabe des Grundsatzes, die Unterrepräsentanz von Frauen im Hinblick auf alle in Betracht kommenden Bereiche als relevant einzustufen,
- die mangelnde Durchschaubarkeit von Auswahlverfahren verbunden mit einem Verlust an Akzeptanz von Auswahlentscheidungen,
- die mangelnde Berücksichtigung der Eigenständigkeit von weiblichen Lebens- und Berufsentwürfen durch eine wieder stärkere Ausrichtung auf männliche Karrierevorstellungen (Einschränkung des Ausschlusses von regelmäßig eher Frauen diskriminierenden Hilfskriterien bei Auswahlentscheidungen in § 9 Abs. 2 E-BGleiG im Vergleich zum geltenden Recht),
- die unzureichende Ausstattung des Amtes der Gleichstellungsbeauftragten vor allem in personeller Hinsicht durch Bürokräfte bzw. Mitarbeiter/innen,
- die Einschränkung der Mitwirkungsrechte der Gleichstellungsbeauftragten,
- die mangelnde Sanktionierung der Missachtung des Mitwirkungsrechts der Gleichstellungsbeauftragten.

Vergleicht man das geltende BGleiG mit dem E-BGleiG, so ist wenig verständlich, warum die geplante Neufassung nötig sein soll. Die Entwurfsbegründung liefert dafür keinerlei Begründung. Das in der Koalitionsvereinbarung genannte Ziel einer proaktiven Umsetzung des BGleiG im Sinne einer deutlichen Verbesserung der Gleichstellungspraxis wird jedenfalls klar verfehlt.

Dabei ist auffällig, dass der Schwerpunkt des Gesetzentwurfs in seiner Gesamtheit auf einer Verbesserung der Repräsentanz von Frauen in den Führungsfunktionen der Privatwirtschaft liegt, also die übrigen Bereiche der abhängigen Beschäftigung von Frauen in den privaten Betrieben ausklammert. Im Unterschied dazu bezieht sich das BGleiG nicht nur auf Führungspositionen, sondern gilt für alle Hierarchieebenen in der Bundesverwaltung, also auch diejenigen Beschäftigten in den

mittleren und unteren Gehalts- und Hierarchieebenen. Schon deshalb muss es im Geltungsbereich des BGleiG um etwas anderes und zugleich um mehr gehen als für den vom Gesetzentwurf ins Auge gefassten Teilbereich der Privatwirtschaft.

Meine nachfolgenden Vorschläge orientieren sich an dem im Koalitionsvertrag festgelegten Grundsatz der proaktiven Umsetzung und der durch den Entwurf vorgegebenen Grundstruktur, wollen aber keine selbstständige Alternativlösung aufzeigen. Beispiel einer Alternativlösung ist der Entwurf der SPD-Fraktion im Hessischen Landtag für ein neues Hessisches Gleichberechtigungsgesetz⁶, dessen wesentliche Elemente auf eine vorausgehende gemeinsame Arbeit mit den Frauenbeauftragten und ihren Erfahrungen zurückgehen.

3. Verschlechterungsverbot

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 vorliegende Entwurf nicht gerecht. Die entsprechenden Mängel lassen sich allerdings durch entsprechende Änderungen im Gesetzgebungsverfahren beseitigen. Die nachfolgenden Vorschläge zielen darauf, die wesentlichen Mängel des Entwurfs abzustellen.

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 in manchen Teilen nicht gerecht. Auch insoweit lässt sich der entsprechende Mangel durch Änderungen des Entwurfs beheben.

4. Hinweis auf die Umsetzung der RL 2006/54/EG

Gemäß Art. 33 Abs. 2 RL 2006/54/EG ist im Gesetz darauf hinzuweisen, dass seine Regelungen der Umsetzung der genannten RL dienen. Dies gilt für alle Teile des Entwurfs, nicht für die Art. 1 und 2. Hinsichtlich des BGleiG besteht nach Art. 3

⁶ LT-Drucks. 18/7246; 19/1509

Abs. 1 Unterabs. 2 S. 2 RL 2010/18/EU auch die Verpflichtung, auf die Umsetzung dieser RL durch das neue BGleIG hinzuweisen. Gleiches gilt nach Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 4 S. 1 RL 97/81/EG.

5. Unzulässigkeit der angestrebten Geschlechterparität

Das mit dem Entwurf verfolgte Ziel einer geschlechterparitätischen Besetzung öffentlicher Ämter in der Bundesverwaltung hat seinen Ausdruck in einer Reihe von Einzelregelungen des E-BGleIG gefunden, auf die im Bereich der Analyse der Einzelvorschriften noch eingegangen wird.

Das Ziel der Geschlechterparität ist neu und kein Inhalt des derzeit geltenden Rechts. § 7 Abs. 1 BGleIG sieht lediglich vor, dass mindestens so viele Frauen wie Männer zu einem Vorstellungsgespräch oder besonderen Auswahlverfahren einzuladen sind, sofern das Anforderungsprofil erfüllt wird und der Arbeitsplatz in einem Bereich liegt, in dem Frauen unterrepräsentiert sind. Sind Frauen nicht unterrepräsentiert, kommt § 7 Abs. 1 BGleIG schon deshalb nicht zur Anwendung. Muss die Regelung angewandt werden, können unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen und der Prinzipien der allgemeinen Chancengleichheit (Art. 33 Abs. 2 GG) so viele Frauen eingeladen werden, wie es die Dienststelle für sinnvoll hält. Eine Mindestquote von Männern legt § 7 Abs. 1 BGleIG in seiner geltenden Fassung nicht fest.

Die einzige Paritätsregelung findet sich derzeit in § 7 Abs. 3 BGleIG und ist, wie unten zu § 7 BGleIG noch auszuführen ist, den Besonderheiten der Eignungsdiagnostik im Auswahlverfahren und des dabei zu beachtenden Grundsatzes eines geschlechtergerechten Erkenntnis- und Bewertungsprozesses geschuldet. Es handelt sich aber nicht um eine verallgemeinerungsfähige Regelung.

Das Ziel einer allgemeinen Geschlechterparität in öffentlichen Ämtern ist mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbar und wird auch durch Art. 3 Abs. 2 GG nicht gerechtfertigt. Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 GG kann – zu Recht – keine dahin gehende Aussage entnommen werden. Die Entwurfsbegründung enthält insoweit auch keine eigenständige verfassungsrechtliche Begründung. Die behauptete Modernität des gleichstellungspolitischen Verständnisses suggeriert eine Begründung, die erst noch zu leisten wäre.

Die Gewährleistung der Gleichberechtigung als Grundrecht richtet sich in erster Linie auf die Überwindung tradiertter Benachteiligungen von Frauen in Wirtschaft und Gesellschaft. Ziel war und ist es, neben der formalen Gleichbehandlung (Art. 3 Abs.3 S. 1 GG) 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 bewirken⁷, ihre Lage im Verhältnis zu derjenigen der bessergestellten Männer zu verbessern und ihnen ungeachtet der Unterschiedlichkeit der Geschlechter die gleiche Bewertung zukommen zu lassen wie Männern.

Beispielhaft ist auf die immer noch aktuellen Ausführungen von **Elisabeth Selbert (SPD)** im Parlamentarischen Rat⁸ zu verweisen. Gleichberechtigung war und ist in erster Linie ein Frauengrundrecht. Es zielt allerdings gerade nicht, wie Elisabeth Selbert schon damals zutreffend betont hatte, auf eine Gleichmacherei, sondern auf die Gewährleistung der Gleichwertigkeit der Geschlechter in Anerkennung ihrer Unterschiedlichkeit und der Legitimität dieses Unterschieds. Es geht – unter anderem - um die Herstellung „wirklicher“ Chancengleichheit im Erwerbsleben, d. h. im Geltungsbereich des BGleiG um tatsächlich leb- und erfahrbare Chancengleichheit beim Zugang zu öffentlichen Ämtern, d. h. bei Einstellungen und bei der weiteren beruflichen Entwicklung.

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 auch dann vielfältige Vorurteile die Auswahl häufiger zugunsten des Mannes anstelle der Frau erfolgt⁹. Es geht um die Beseitigung in der sozialen Wirklichkeit bestehender faktischer Ungleichheiten¹⁰.

⁷ BVerfG U. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 u. a. – BVerfGE 85, 191, 207 = BGleiG-ES E.II.1 Art. 3 GG Nr. 2; B. v. 24.1.1995 – 1 BvL 18/93 u. a. - BVerfGE 92, 91, 109 = BGleiG-ES E.II.1 Art. 3 GG Nr. 6

⁸ V. Roetteken BGleiG § 1 BGleiG Rn. 45

⁹ 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“

¹⁰ EuGH U. v. 11.11.1997, a.a.O. Rn. 31

In dem daran anknüpfenden und zu Art. 141 Abs. 4 EG (abgelöst durch Art. 157 Abs. 4 AEUV) ergangenen Urteil des EuGH vom 19.3.2002¹¹ heißt es in Rn. 32:

Nach ständiger Rechtsprechung hat diese Vorschrift¹² den bestimmten und begrenzten Zweck, Maßnahmen zuzulassen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen. Sie lässt nationale Maßnahmen im Bereich des Zugangs zur Beschäftigung einschließlich des Aufstiegs zu, die Frauen spezifisch begünstigen und ihre Fähigkeit verbessern sollen, im Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt zu bestehen und unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn zu verfolgen.“¹³

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. Dem entspricht auch die Regelung in § 5 AGG. Die auf eine allgemeine Geschlechterparität zielenden Regelungen im Entwurf des BGleIG-neu und de neuen BGremBG widersprechen diesem gesetzlich anerkannten Konzept.

In ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage hat die Bundesregierung im August 2014 gegenüber dem Bundestag ausgeführt¹⁴, ihr lägen keine Erkenntnisse vor, nach denen es eine strukturelle Diskriminierung von Männern wegen ihres Geschlechts gebe, und diese deshalb in bestimmten Berufen oder Hierarchieebenen unterrepräsentiert seien¹⁵. Das halte ich für zutreffend. Warum diese Erkenntnis jetzt falsch geworden sein soll, ist weder dargelegt noch sonst erkennbar.

Die Begründung des Entwurfs legt an keiner Stelle dar, welche ausgleichsbedürftigen Nachteile für männliche Beschäftigte in Bezug auf ihre beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten in Betracht gezogen werden bzw. bestehen sollen und

¹¹ Rs. C- 476/99 - NZA 2002, 501, 503 = BGleIG-ES E.III.3.2 Art. 2 RL 76/207/EWG Nr. 23 – „Lommers“

¹² Gemeint ist Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG, heute abgelöst durch Art. 3 RL 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV, Art. 23 Abs. 2 GRCh; zur Übertragung der Grundsätze auf Art. 141 Abs. 4 EG, abgelöst durch Art. 157 Abs. 4 AEUV, EuGH U. v. 6.7.2000 – Rs. C- - NZA 2000, 935, 938 Rn. 43 = BGleIG-ES E.III.3.2 Art. 2 RL 2000/78/EG Nr. 20 – „Abrahamsson u. Anderson“

¹³ Unterstreichungen durch den Verf.

¹⁴ BT-Drucks. 18/2402

¹⁵ Ebenso die Ausschüsse des Bundesrates – BR-Drucks. 636/1/14 S. 3 f.

dementsprechend eines durch den Gesetzgeber angeordneten Ausgleichs bedürfen.

Geschlechterparität stellt als solche weder ein durch das GG noch ein durch das Recht der EU vorgegebenes oder auch nur zulässiges Ziel dar. Die Repräsentanz der Geschlechter – oder nach anderen Merkmalen unterschiedener Gruppen der Bevölkerung – kann nur dann ein taugliches Instrument zur Festlegung von 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 eines nur vermeintlich benachteiligten Personenkreises diskriminierungsrechtlich nicht rechtfertigen.

Vergleichbare Anforderungen ergeben sich aus Art. 5 des IAO-Übereinkommens Nr. 111¹⁶, Art. 2 Abs. 2, Art. 3, 25 Buchst. c, Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte¹⁷ und Art. 4 des VN-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau¹⁸.

Soweit in allgemeiner Form die Unterrepräsentanz eines Geschlechts in Art. 157 Abs. 4 AEUV oder Art. 23 Abs. 2 GRCh genannt wird, lässt sich daraus keine gegenteilige Schlussfolgerung ziehen. Die bereits genannte Rechtsprechung des EuGH hat insoweit und nach Art. 267 AEUV für die Mitgliedstaaten verbindlich geklärt, welche Reichweite derartige Bestimmungen als Ausnahme vom allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung haben dürfen. Das wird bestätigt durch die vormalige Erklärung Nr. 28 zu Art. 119 Abs. 4 des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft (später Art. 141 Abs. 4 EG). Danach dienen die dort – heute in Art. 157 Abs. 4 AEUV – angesprochenen Maßnahmen in erster Linie der Verbesserung der Lage von Frauen. Damit ist zwar eine gezielte Förderung benachteiligter Männer nicht ausgeschlossen, aber davon abhängig, dass eine derartige Verbesserung ihrer Lage zum Ausgleich entsprechender Nachteile im Beruf als erforderlich gelten kann (§ 5 AGG). Dafür fehlt es derzeit an jeglichen Anhaltspunkten.

Die eine Bevorzugung von Männern ermöglichenden Regelungen müssen daher aus dem Entwurf gestrichen werden, um ihn nicht nur verfassungskonform zu

¹⁶ BGBl. 1961 II S. 97

¹⁷ BGBl. 1973 II S. 1533

¹⁸ BGBl. 1985 II S. 647

machen, sondern auch in Übereinstimmung mit dem Recht der EU und den von der Bundesrepublik Deutschland im Übrigen eingegangenen und fortbestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen zu bringen.

Nur so werden sich auch die Regelungen des Entwurfs halten lassen, die das Amt der Gleichstellungsbeauftragten und ihrer Stellvertreterin nur weiblichen Beschäftigten zugänglich machen, und auch nur ihnen das aktive Wahlrecht für dieses Amt zuerkennen. Der Fortbestand dieser im Kern unverändert aus dem bisherigen BGleIG übernommenen Regelungen lässt sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nur rechtfertigen, wenn Männer nicht zu denjenigen gehören, die aufgrund des BGleIG ggf. gezielt gefördert werden müssen. Andernfalls wäre der Ausschluss von Männern vom aktiven und passiven Wahlrecht wohl nicht mehr zu rechtfertigen. Die Entwurfsbegründung lässt insoweit jegliche Begründung dafür vermissen, warum trotz gesetzlich gebotener Männerförderung dieser Gruppe kein Wahlrecht zustehen soll. Für das geltende BGleIG ist dies folgerichtig, weil dieses Gesetz in der Sache hauptsächlich ein Frauenförderungsgesetz ist und darauf abzielt, die Lage der Frauen im Bundesdienst so zu verbessern, dass sie künftig die verfassungs- und unionsrechtlich geforderte Chancengleichheit auch tatsächlich wahrnehmen können.

Da diese Frauenförderung zulasten der bisher in vielen Bereichen überwiegend besseren Chancen von Männern geht, und die Gleichstellungsbeauftragten darauf hinarbeiten haben, dieses dem Gleichberechtigungsgebot widersprechende Übermaß männlicher Chancen im Beruf zu vermindern, ist es folgerichtig, der insoweit von der Tätigkeit der Gleichstellungsbeauftragten nachteilig betroffenen Gruppe männlicher Beschäftigter kein Wahl- oder gar Vetorecht bei der Bestellung einer Gleichstellungsbeauftragten in die Hand zu geben. Würde man dies tun, brächte man die Gleichstellungsbeauftragte in eine Abhängigkeit von Interessen innerhalb ihrer Dienststelle, die eine effektive und den Zielen des BGleIG entsprechende Amtsführung vielfach unmöglich machen würde. Die Gleichstellungsbeauftragte soll gerade kein Zweitpersonalrat sein, sondern sich als – unabhängiger - Teil der Verwaltung davon deutlich unterscheiden. Daher ist es richtig, jedenfalls derzeit und auf absehbare Zukunft an den bisherigen Vorschriften zum aktiven und passiven Wahlrecht festzuhalten.

6. Gleichstellung als Daueraufgabe

Hält man mit dem Entwurf an dem Ziel der geschlechterparitätischen Zielsetzung öffentlicher Ämter fest, wird aus der grundsätzlich nur vorübergehenden Aufgabe einer aktiven Gleichstellungspolitik (zugunsten von Frauen) eine **ständige Aufgabe** mit auf Dauer institutionalisierten Gleichstellungsbeauftragten. Das folgt schon daraus, dass ein Geschlecht immer mehr oder weniger unterrepräsentiert sein wird. Wer das so will, muss dies auch hinsichtlich der weiteren Konsequenzen klar zum Ausdruck bringen.

Daneben wird sich dann auch die Frage in den Vordergrund schieben können, warum hinsichtlich anderer in § 1 AGG oder Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannter Merkmale nicht ebenfalls eine entsprechende Quotierung in der Besetzung öffentlicher Ämter erfolgen soll. Dem würde zumindest hinsichtlich einiger Merkmale auch Art. 33 Abs. 3 GG entgegenstehen.

Insgesamt trägt das Konzept einer dauerhaft geschlechterparitätischen Besetzung öffentlicher Ämter in seiner hier verfolgten Form stark planwirtschaftliche Züge. Es steht zum freiheitlichen Charakter der Grundrechte und unserer darauf beruhenden Gesellschaftsordnung (Art. 1 GG) in einem unüberbrückbaren Widerspruch. Der Schutz vor Benachteiligung und Diskriminierung soll die Freiheit sichern, anders sein oder bleiben zu können, ohne deshalb an wirklicher Chancengleichheit einzubüßen, ist aber keine Eintrittskarte in ein daran orientiertes, auf Dauer gestelltes Bewirtschaftungssystem.

7. Gerichtliche Zuständigkeit

Der Entwurf des BGleIG sieht im Anschluss an das derzeit geltende Recht an mehreren Stellen eine gerichtliche Entscheidungszuständigkeit vor. Ich bleibe bei meinem schon im Referentenentwurfsverfahren geäußerten 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. Diese Regelung hat sich bewährt.

Auch der Entwurf der SPD-Fraktion im Hessischen Landtag für ein Hessisches Gleichberechtigungsgesetz¹⁹ sieht eine derartige gerichtliche Zuständigkeit vor.

¹⁹ LT-Drucks. 18/7246; 19/1509

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 vierjährige Amtszeit einer Gleichstellungsbeauftragten in Anspruch genommen²⁰.

Außerdem können die Arbeitsgerichte ihre Erfahrungen aus dem kollektiven Arbeitsrecht, d. h. den vielfach strukturell vergleichbaren Streitigkeiten aus dem Betriebsverfassung-, Personalvertretungs- und Schwerbehindertenrecht nutzbar machen. Die meisten Verwaltungsrichter/innen verfügen im Gegensatz zu den Arbeitsrichtern und -richterrinnen insoweit kaum über entsprechende Kenntnisse oder Erfahrungen. Für sie handelt es sich um eine allenfalls gelegentlich oder gar nie anfallende Aufgabenstellung. Daher ist von einer arbeitsgerichtlichen Praxis ein professionelleres und ausgewogeneres Niveau zu erwarten. Zudem gehört die Mehrzahl der Beschäftigten im Geltungsbereich des BGleIG zu den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, sodass auch unter diesem Blickwinkel die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte näher liegt als die der Verwaltungsgerichte.

Davon abgesehen, ist die Durchführung von Beschlussverfahren nach § 2 Abs. 2 GKG - im Gegensatz zu den Verwaltungsstreitverfahren - gerichtskostenfrei, sodass entsprechende Aufwendungen eingespart werden können.

Ggf. sollte erwogen werden, § 2a ArbGG entsprechend zu ergänzen. § 2a Abs. 1 ArbGG wäre dann um die Nr. 3h zu ergänzen. Sie könnte lauten:

„3h. Angelegenheiten nach dem Bundesgleichstellungsgesetz, soweit dort ausdrücklich die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts vorgesehen ist,“

V. Zu den einzelnen Regelungen des BGleIG-Entwurfs

1. Ziele des Gesetzes (§ 1)

In § 1 Abs. 1 Nr. 1 sollte die Zielsetzung klarer auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben bezogen werden, indem auf die Verwirklichung der Gleichberechtigung durch eine Gleichstellung von Frauen mit Männern abgestellt wird.

²⁰ Vgl. VG Hamburg U. v. 30.10.2013 – 9 K 671/11 – BGleIG-ES E.II.2.2 § 18 BGleIG Nr. 8

§ 1 Abs. 1 Nr. 1 sollte lauten:

„1. die tatsächliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern durch die Gleichstellung von Frauen mit Männern, den Abbau struktureller Nachteile von Frauen und ihre gezielte Förderung zu verwirklichen,“

§ 1 Abs. 2 sollte dann entfallen.

2. Geltungsbereich (§ 2)

Für den Geltungsbereich des BGleIG sollte zumindest an der bisherigen Regelung in § 3 BGleIG festgehalten werden. Es ist kein nachvollziehbarer Grund erkennbar, der die angestrebte deutliche Verringerung des bisherigen sachlichen Geltungsbereichs rechtfertigt.

Die Entwurfsbegründung macht deutlich, dass z. B. die verschiedenen Sondervermögen des Bundes künftig aus dem Geltungsbereich des BGleIG herausfallen würden (Beispiele: Bundeseisenbahnvermögen, Finanzmarktstabilisierungsfonds). Gleiches würde für die in privater Rechtsform geführten Unternehmen gelten, die Aufgaben der bundeseigenen Verwaltung wahrnehmen (Beispiele: Deutsche Flugsicherung GmbH, Deutsche Gesellschaft für Luft- und Raumfahrt, Bundesrepublik Deutschland Finanzagentur GmbH). Ferner ist kein Grund zu erkennen, Betriebe aus dem Geltungsbereich des BGleIG-neu herausfallen zu lassen, wie dies die Entwurfsbegründung z. B. für Bundesbetriebe i. S. d. § 26 Abs. 1 BHO ebenfalls annimmt.

Die Reduzierung des sachlichen Geltungsbereichs hätte insbesondere zur Folge, dass die materiellrechtlichen Regelungen zur Erleichterung der Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf in den §§ 15 ff. für die Beschäftigten dieser ausgeklammerten Sondervermögen, Unternehmen und Betriebe nicht mehr gelten würden. Damit könnte ein in der Entwurfsbegründung zu Recht als wesentlich bezeichnetes Ziel des neuen Gesetzes nicht erreicht werden, da die für die Beschäftigten in der Privatwirtschaft geltenden Regelungen insoweit nicht das Niveau des BGleIG erreichen, sondern deutlich dahinter zurückbleiben. Für die den Postunternehmen zugewiesenen Beamtinnen und Beamten ist dies bereits durch die Rechtsprechung anerkannt, da sich diese Beschäftigtengruppe schon heute nicht auf die Regelungen der §§ 12 ff. BGleIG berufen kann²¹. Die Verringerung des

²¹ BayVGH U. v. 9.2.2012 – 6 B 11.417 – BayVBl. 2012, 665 = GiP 1/2013, 34 = BGleIG-ES E.II.2.2 § 3 BGleIG Nr. 3

sachlichen Geltungsbereichs würde dann noch weitere Beschäftigtengruppen entsprechenden Konsequenzen unterwerfen. Für diese Beschäftigtengruppen würde ein echter Rechtsverlust eintreten.

Daneben sollte das BGleiG auch für Unternehmen gelten, an denen der Bund oder seiner Aufsicht unterstehende öffentlich-rechtliche Rechtsträger mit mehr als 50% beteiligt sind, oder die auf vergleichbare Weise beherrscht werden. Die entsprechende Regelung kann § 5 Abs. 2 des Entwurfs der SPD-Fraktion im Hessischen Landtag für ein Hessisches Gleichberechtigungsgesetz²² entnommen werden.

Die derzeitige Regelung in § 3 Abs. 2 BGleiG soll im neuen Gesetz nicht enthalten sein. Es ist nach wie vor nötig, ein Ausscheiden aus dem Geltungsbereich des BGleiG auszuschließen, wenn eine (Teil)Privatisierung erfolgt. Der Formwechsel ändert nichts an den Erfordernissen, auch künftig eine tatsächliche Verwirklichung der Gleichberechtigung für die dort vorhandenen oder neu hinzukommenden Beschäftigten zu gewährleisten.

§ 2 sollte daher wie folgt lauten:

„(1) Dieses Gesetz gilt für die gesamte unmittelbare und mittelbare Bundesverwaltung unabhängig von ihrer Rechtsform sowie in den Gerichten des Bundes. Zur Bundesverwaltung im Sinne dieses Gesetzes gehören auch die in bundeseigener Verwaltung geführten öffentlichen Unternehmen einschließlich sonstiger Betriebsverwaltungen. Entsprechendes gilt für sonstige Unternehmen, an denen der Bund oder ein seiner Aufsicht unterstehender Rechtsträger allein oder zusammen mehrheitlich die Gesellschaftsanteile innehaben oder das Unternehmen sonst in vergleichbarer Weise beherrschen.

(2) Bei der Umwandlung eines Unternehmens oder einer Dienststelle oder Teilen eines Unternehmens oder einer Dienststelle aus bundeseigener Verwaltung in die Rechtsform eines Unternehmens des privaten Rechts außerhalb des durch Absatz 1 bestimmten Geltungsbereichs ist die entsprechende Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes unter Mitwirkung der Gleichstellungsbeauftragten zu gewährleisten.“

²² LT-Drucks. 18/7246; 19/1509

3. Begriffsbestimmungen (§ 3)

a) Arbeitsplätze (§ 3 Nr. 1)

Der Begriff des Arbeitsplatzes in § 3 Nr. 1 sollte mit Inhalt gefüllt werden und nicht durch Verweisung auf andere ihrerseits interpretationsbedürftige Begriffe erläutert werden.

In Anlehnung an § 4 des Entwurfs der SPD-Fraktion im Hessischen Landtag²³ für ein Hessisches Gleichberechtigungsgesetz sollte § 3 Nr. 1 folgenden Wortlaut erhalten:

„1. Arbeitsplätze: alle nach objektiven Kriterien zusammengefassten Aufgabebereiche, zu deren Erledigung Personen eingesetzt werden können; unter anderem sind Arbeitsplätze alle Dienstposten und Ausbildungsplätze, ferner sonstige Stellen, Planstellen oder sonstige Organisationseinheiten, für deren personelle Ausführung lediglich finanzielle Mittel benötigt werden; ohne Bedeutung ist, ob die Beschäftigung aus für Stellen bereitgestellten Haushaltsmitteln, insbesondere den im Haushalt verfügbaren Stellen, oder sonstigen Mitteln finanziert werden kann,“

b) Bereiche (§ 3 Nr. 2)

§ 3 Nr. 2 sollte zur Verdeutlichung des Inhalts präziser gefasst werden, um sowohl die Ämter mit Amtszulage als eigene Bereiche zu bestimmen, wie auch die im bisher geltenden BGlG genannten Fachrichtungen eines Tarifvertrages zu erfassen und deutlich zu machen, dass jede einzelne Besoldungsgruppe, jede einzelne Fachrichtung etc. einen eigenen Bereich darstellt:

„2. Bereiche: einzelne Besoldungsgruppen und Zwischenämter, einzelne Entgeltgruppen, einzelne Laufbahngruppen, einzelne Laufbahnen, einzelne Fachrichtungen eines Tarifvertrages, einzelne Berufsausbildungsgänge und Vorbereitungsdienste, die verschiedenen Ebenen der mit Vorgesetzten- oder Leitungsaufgaben betrauten Personen einschließlich der Ämter Vorsitzender Richterinnen und Richter,“

c) Beruflicher Aufstieg (§ 3 Nr. 3)

Die Definition des beruflichen Aufstiegs in § 3 Nr. 3 ist zu eng gefasst, weil z. B. die in Personalentwicklungskonzepten vorgesehenen Personalbewegungen in

²³ LT-Drucks. 18/7246 ; 19/1509

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 nimmt die Entwurfsfassung damit vor allem eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 8, 9 vor. 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.

§ 3 Nr. 3 sollte daher lauten:

„3. Beruflicher Aufstieg: insbesondere die Übertragung eines höherwertigen Arbeitsplatzes, Beförderung, Höhergruppierung, Höherreihung, Teilnahme an Personalmaßnahmen zur Erfüllung oder Verbesserung von Voraussetzungen für die Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit, Beförderung, Höhergruppierung oder Höherreihung,“

d) Beschäftigte (§ 3 Nr. 4)

Der Beschäftigtenbegriff sollte ehrenamtlich Tätige ausdrücklich ausklammern. Das ist durch den bisherigen Wortlaut nicht gewährleistet. Andererseits sollten die Praktikantinnen und Praktikanten ausdrücklich einbezogen werden, um ihnen den vollen Schutz des Gesetzes zu vermitteln einschließlich der Möglichkeit, sich von der Gleichstellungsbeauftragten beraten oder unterstützen zu lassen. Die entsprechende Regelung in § 25 Abs. 2 Nr. 3 knüpft an den Beschäftigtenbegriff an. Gleiches gilt für § 16 Abs. 1, 2. Ferner sollten insbesondere im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse der Deutschen Welle auch die arbeitnehmerähnlichen Personen in den personellen Geltungsbereich einbezogen werden. Damit würde eine Diskrepanz zu § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG vermieden. In der Begründung sollte zudem klargestellt werden, dass auch Volontärinnen, Volontäre oder Leiharbeitskräfte sowie zugewiesene Beschäftigte dem Geltungsbereich unterfallen.

Ferner sollten im Hinblick auf § 6 Abs. 1 S. 2 AGG auch die Bewerber/innen für eine Einstellung in den Geltungsbereich einbezogen werden, soweit es um die An-

wendung der §§ 6-9, 25, 27, 31 geht. Damit wird gewährleistet, dass sich Bewerber/innen auch aus eigenem Recht auf die Einhaltung der genannten Regelungen des BGleG berufen können, wenn ihre Bewerbung erfolglos bleibt oder sie sich im Bewerbungsverfahren durch die mangelnde Anwendung der genannten Regelungen benachteiligt glauben, z. B. die mangelnde Beachtung des Frageverbots in § 7 Abs. 2 des Entwurfs oder der Zusammensetzung einer Auswahlkommission in § 7 Abs. 3 des Entwurfs. Auch können sich Bewerber/innen ggf. von der Gleichstellungsbeauftragten nach § 25 Abs. 2 Nr. 3 des Entwurfs beraten lassen. In der bisherigen Praxis sind insoweit schon Unklarheiten hinsichtlich der Anwendung von § 19 Abs. 1 S. 4 BGleG aufgetreten.

§3 Nr. 4 sollte daher lauten:

„4. Beschäftigte: Beamtinnen und Beamte im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, Probe, Widerruf oder Zeit, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Praktikantinnen und Praktikanten, arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des 6 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Auszubildende, Richterinnen und Richter im Richterverhältnis auf Probe und Lebenszeit, Inhaberinnen und Inhaber öffentlicher Ämter ohne Rücksicht auf die Art des dem Amt zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses oder Anstellungsvertrages und hinsichtlich der Anwendung der §§ 6 bis 9, 25, 27, 31 dieses Gesetzes Bewerberinnen und Bewerberinnen für ein Beschäftigungsverhältnis,“

e) Dienststellen (§ 3 Nr. 5)

Die Änderung des Dienststellenbegriffs wird hier als Konsequenz der Übernahme von § 3 BGleG derzeitiger Fassung in § 2 des Entwurfs vorgeschlagen.

§ 3 Nr. 5 sollte in Anlehnung an § 6 BPersVG lauten:

„5. Dienststellen: die einzelnen Behörden, Verwaltungsstellen und Betriebe der in § 2 genannten Verwaltungen und Unternehmen sowie die Gerichte; § 6 Abs. 2, 4 Bundespersonalvertretungsgesetz gilt entsprechend,“

f) Pflege (§ 3 Nr. 7)

In § 3 Nr. 7 sollte der Bezug auf die „häusliche“ Pflege entfallen. Das Wort „häusliche“ sollte gestrichen werden, da eine Beteiligung an Pflegeaufgaben auch erfolgen kann, wenn sich jemand in einer Pflegeeinrichtung zusätzlich zum Pflegepersonal um die pflegebedürftige Person kümmert.

g) Unternehmen (§ 3 Nr. 9)

Auf die gesonderte Definition von Unternehmen kann bei der vorgeschlagenen Ausweitung des sachlichen Geltungsbereichs verzichtet werden. Die bisherige Nr. 8 sollte daher entfallen und die Definition der Unterrepräsentanz, im Entwurf Nr. 9, ersetzt werden.

h) Unterrepräsentanz (§ 3 Nr. 10)

Die Definition der Unterrepräsentanz kann aus dem derzeit geltenden BGleiG (§ 4 Abs. 6) übernommen werden, da auf Regelungen verzichtet werden sollte, die auf eine Unterrepräsentanz von Männern abstellen. Darüber hinaus kann hier auch in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht klargestellt werden, dass Unterrepräsentanz immer dann vorliegt, wenn – entgegen dem Entwurf und seiner Begründung – Frauen in einem von mehreren Bereichen weniger als die Hälfte ausmachen.

Der Entwurf will stattdessen nur auf einen von ggf. mehreren einschlägigen Bereichen abstellen und die Auswahl des im konkreten Fall maßgebenden Bereichs letztlich dem Ermessen der Dienststelle überlassen. Zwar soll es nach der Entwurfsfassung darauf ankommen, in welchem Bereich sich eine Maßnahme hauptsächlich auswirkt. Eine solche Beurteilung ist jedoch bei Personalmaßnahmen nicht möglich, da meist mehrere Bereiche betroffen sein werden. So lässt sich z. B. bei der Übertragung einer höherwertiger Tätigkeit, mit der auch Leitungsfunktionen ausgeübt werden, nicht objektiv nachvollziehbar begründen, warum nur die Besoldungs- oder Entgeltgruppe, die Laufbahngruppe, die Laufbahn bzw. die Fachrichtung eines Tarifvertrages oder der Bereich der Vorgesetzten- und Leitungsaufgaben im konkreten Fall maßgebend sein soll. Entsprechende Argumente zur konkreten Auswahl des jeweils für maßgebend erachteten Bereichs werden (und müssen) völlig beliebig sein.

Aus rechtlicher Sicht wird dies als verfassungswidrige Willkür einzustufen sein. Faktisch hätte es nämlich die Dienststelle in der Hand, sich nach Belieben den aus ihrer Sicht „günstigsten“ Bereich herauszusuchen.

Dies würde den Rechtsfrieden gefährden und im Hinblick auf die mangelnde Vorhersehbarkeit der jeweiligen Entscheidungen auch vermehrt zu Rechtsstreitigkeiten führen. Durch eine Beibehaltung des bisherigen Rechts lassen sich diese Nachteile vermeiden.

Sollte man sich zur Beibehaltung der im Entwurf vorgesehenen Männerbevorzugung entschließen, würde die Zahl derartiger Auseinandersetzungen erheblich zunehmen, weil je nach Wahl des für die Annahme einer Unterrepräsentanz maßgebenden Bereichs mal das eine, mal das andere Geschlecht den entsprechenden Vorteil hätte.

Die Folge wäre das, was der EuGH in seiner Rechtsprechung als ein undurchschaubares und damit bereits diskriminierendes System einer Personalauswahl charakterisiert und verworfen hat²⁴. Auf dieser Grundlage wären zentrale Regelungen in Abschnitt 2 des BGleiG, soweit sie an die Unterrepräsentanz anknüpfen, unanwendbar. Die entsprechenden Regelungen würden leerlaufen. Damit wäre ein massiver Rückschritt im Verhältnis zum geltenden BGleiG verbunden. Deshalb ist es nicht nur zweckmäßig, sondern zur Vermeidung der Unvereinbarkeit des neuen BGleiG mit dem Recht der EU zwingend geboten, an der bisher geltenden Anknüpfung an alle in Betracht kommenden Bereiche festzuhalten, soweit darüber die Unterrepräsentanz von Frauen bestimmt werden soll (als Voraussetzung für die Anwendung weiterer Regelungen zur Personalrekrutierung und –auswahl).

Daneben besteht die Notwendigkeit, Teilzeitbeschäftigte nur anteilig bei der Berechnung der Unterrepräsentanz zu berücksichtigen, da ein wesentlicher Teil der strukturellen Benachteiligung von Frauen sich gerade in ihrem hohen Anteil unter den Teilzeitbeschäftigten ausdrückt, und Teilzeitbeschäftigung in erheblichem Umfang für den sog. Gender-Pay-Gap mitverantwortlich ist. Ein näherungsweise sachgerechtes Abbild der Ressourcenverteilung unter den Geschlechtern wird daher nur dann erreicht werden können, wenn Teilzeitbeschäftigte nicht eins zu eins wie Vollzeitbeschäftigte in die Bilanz eingehen, sondern mit dem Anteil ihrer jeweiligen Arbeitszeit. Sind von acht Referatsleitungen z. B. vier mit Frauen und vier mit Männern besetzt, unter ihnen jedoch zwei nur mit halber Arbeitszeit beschäftigte Frauen, besteht nach wie vor ein männlicher Vorteil beim Zugang zu den durch den Beruf vermittelten Ressourcen des Einkommens, des Einflusses auf die Gestaltung der Aufgaben innerhalb der Dienststelle. Das Beispiel macht die Notwendigkeit einer entsprechenden Differenzierung deutlich.

²⁴ Vgl. EuGH U. v. 30.6.1988 – Rs. 318/86 – Slg. 1986, 3559 = BGleiG-ES E.III.3.2 Art. 2 RL 76/207/EWG Nr. 4 Rn. 26 ff. – „Kommission/Frankreich“; 17.10.1989 – Rs. 109/88 – NZA 1990, 772 Rn. 12 = BGleiG-ES E.III.3.1 Art. 1 RL 76/117/EWG Nr. 12 – „Danfoss“

Schließlich muss berücksichtigt werden, dass intersexuelle Personen, die sich weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnen lassen bzw. die einer solchen Einordnung im Hinblick auf ihre Zwischengeschlechtlichkeit widersprechen, in die Gruppenverteilung einbezogen werden. Intersexualität ist wie die Transsexualität nach dem Unionsrecht in Auslegung durch den EuGH nicht dem Merkmal der sexuellen Identität bzw. Orientierung, sondern dem Merkmal des Geschlechts zuzuordnen²⁵.

Es wird daher für § 3 Nr. 9 neu (§ 3 Nr. 10 alt) folgende Fassung vorgeschlagen:

„9. Unterrepräsentanz: Frauen sind in einem Bereich mit weniger als der Hälfte der dort vorhandenen Beschäftigten vertreten, wobei in Teilzeit tätige Beschäftigte auf Vollzeitstellen umzurechnen sind, und intersexuelle Personen, soweit bekannt, der Gruppe der Frauen zuzurechnen sind.“

4. Gender Mainstreaming (§ 4)

In § 4 Abs. 1 S. 2 sollte der Bezug auf „Maßnahmen“ durch den Bezug auf „Entscheidungen“ ersetzt werden. Der Begriff der Maßnahme könnte in Anlehnung an die personalvertretungsrechtliche wie die zum derzeit geltenden BGlG ergangene Rechtsprechung dahin missverstanden werden, dass nur Entscheidungen gemeint wären, die auf eine Änderung des Rechtsstandes von Beschäftigten abzielen. Der Begriff der Entscheidung lässt keine derartig einschränkende Auslegung zu und stellt damit – in Übereinstimmung mit den Zielen der Entwurfsbegründung - den angestrebten weiten Anwendungsbereich der Regelung sicher.

Zugleich sollte auf das Wort „berücksichtigen“ verzichtet werden, da aus ihm eine Abschwächung der gewollten Verbindlichkeit des Leitprinzips hergeleitet werden könnte. Mit der Änderung wird ein besserer Anschluss an die zugrunde liegende Regelung des Art. 29 RL 2006/54/EG gewonnen, der eine entsprechende Ergebnispflicht für die Mitgliedstaaten begründet.

§ 4 Abs. 1 S. 2 sollte daher lauten:

„Diese Verpflichtung ist durchgängiges Leitprinzip bei allen Aufgabenbereichen und Entscheidungen der Dienststellen und bei der Zusammenarbeit von Dienststellen.“

²⁵ Vgl. zu Transsexuellen EuGH U. v. 30.4.1996 – Rs. C-13/94 – NJW 1996, 2321 Rn. 16 – „P/S“

§ 4 Abs. 2 sollte um einen Zusatz ergänzt werden, durch den die Mitwirkung der Gleichstellungsbeauftragten an der Festlegung derjenigen Vorschriften des BGleIG gesichert wird, die vom Leistungsempfänger anzuwenden sind. Dies dient der Transparenz entsprechender Vorgänge und bietet einen gewissen Schutz vor einer unzulässigen Missachtung der gesetzlichen Vorgabe. Durch die Mitwirkung der Gleichstellungsbeauftragten wird sichergestellt, dass ohne ihr Votum keine entsprechende Festlegung erfolgen kann. Außerdem sollte eine unbedingte Verpflichtung zur Anwendung des BGleIG normiert werden.

§ 4 Abs. 2 sollte daher wie folgt lauten:

„Gewähren Dienststellen Zuwendungen nach § 23 Bundeshaushaltsordnung als institutionelle Förderungen, so werden die geförderten Einrichtungen durch Nebenbestimmung zum Zuwendungsbescheid oder vertragliche Vereinbarung auf die Anwendung der Grundzüge dieses Gesetzes verpflichtet. Aus der Nebenbestimmung zum Zuwendungsbescheid oder der vertraglichen Vereinbarung muss hervorgehen, welche Vorschriften anzuwenden sind. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für den Fall, dass Stellen außerhalb der Bundesverwaltung mit Bundesmitteln im Wege der Zuweisung institutionell gefördert werden, soweit nicht auf die Einrichtung ein Gleichstellungsgesetz eines Bundeslandes anzuwenden ist. Die Gleichstellungsbefugte wirkt an der Festlegung der in der geförderten Einrichtung entsprechend anzuwendenden Bestimmungen dieses Gesetzes mit.“

5. Grundsatz/Anwendungshinweis (§ 5)

Die heutige Fassung von § 5 BGleIG und die künftige Fassung von § 5 Abs. 1 haben einen überschießenden Inhalt und bedürfen im Hinblick auf den verfolgten Zweck einer einschränkenden Auslegung. Diese Einschränkung sollte im Interesse der Rechtsklarheit in den Wortlaut der Regelung aufgenommen werden, um die Sicherheit der Rechtsanwendung zu erhöhen.

Nach dem Ziel der Regelung kann lediglich die Anwendung von Regelungen entfallen, die eine Konkurrenz von Frauen und Männern voraussetzen. Das ist nicht der Fall, soweit es um die Teilbarkeit von Stellen, die Frageverbote, die Zusammensetzung von Auswahlkommissionen, die Kriterien der Qualifikationsfeststellung und die dafür einschließlich der Personalauswahl ausgeschlossenen Gründe geht, da in sämtlichen vorgenannten Bereichen der Regelungszweck des BGleIG unabhängig davon besteht, ob nur eine Person eines bestimmten Geschlechts für einen Arbeitsplatz in Betracht kommt.

Gleichzeitig ist es sachgerecht, unmittelbar an § 8 Abs. 1 AGG anzuknüpfen und keine eigene Definition der Voraussetzungen einer geschlechtsbezogenen Begrenzung von Personalauswahlentscheidungen vorzunehmen.

§ 5 Abs. 1 sollte daher lauten:

„(1) Wenn unter Beachtung der Voraussetzungen des § 8 Absatz 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz nur Angehörige eines Geschlechts für die Besetzung eines Arbeitsplatzes in Betracht kommen, sind von den Vorschriften dieses Abschnitts nicht anzuwenden § 6 Absatz 1 Sätze 1-3, § 6 Absatz 2 Sätze 2²⁶, § 7 Absatz 1, § 8.“

§ 5 Abs. 2 ist an sich überflüssig und war daher zu Recht nicht im derzeitigen BGleIG enthalten. Will man jedoch an der Entwurfsregelung festhalten, müsste auch klargestellt werden, dass die Rechte der Schwerbehindertenvertretung unberührt bleiben. Außerdem kann es nicht nur um „Beteiligungsrechte“ gehen. Die Klarstellung müsste sich auf alle Rechte der Interessenvertretungen erstrecken. Schließlich sind auch die Betriebsräte einzubeziehen, wenn nach dem hier geäußerten Vorschlag und entsprechend dem derzeit geltenden Recht privatrechtlich verfasste Organisationseinheiten dem unmittelbaren Geltungsbereich des BGleIG ebenfalls unterworfen werden.

Im Falle der Beibehaltung der Regelung müsste dann zusätzlich klargestellt werden, dass sowohl der Personalrat wie auch die Schwerbehindertenvertretung und der Betriebsrat auf die Erfüllung des BGleIG zu achten haben und an seiner wirksamen Umsetzung mitzuwirken haben. Letzteres entspricht (teilweise) § 17 Abs. 1 AGG für den Bereich der Betriebsverfassung und nimmt den Gedanken dieser Regelung für das BGleIG auf.

Soweit es bei § 5 Abs. 2 bleiben soll, müsste die Regelung lauten:

„(2) Die Rechte einer Personalvertretung, eines Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung bleiben unberührt. Jede Vertretung ist ihrerseits verpflichtet, auf die Einhaltung dieses Gesetzes zu achten und an seiner wirksamen Umsetzung mitzuarbeiten.“

²⁶ Bezieht sich auf meinen Änderungsvorschlag zu § 6 Abs. 2

6. Ausschreibung (§ 6)

a) Pflicht zur Ausschreibung (§ 6 Abs. 2)

Verzichtet man entsprechend meinem Vorschlag auf die Männerförderung, muss § 6 Abs. 2 schon deshalb neu formuliert werden. Übernimmt man aus dem Entwurf das faktisch eintretende Resultat der geplanten Regelung, wäre nahezu immer von einer Unterrepräsentanz des einen oder des anderen Geschlechts auszugehen, sodass deshalb stets das Ausschreibungsgebot eingreifen würde. Die Entwurfsbegründung erweckt diesbezüglich zwar einen gegenteiligen Eindruck, hat aber offenbar die Konsequenzen einer Ausweitung des Begriffs der Unterrepräsentanz auch insoweit nicht ausreichend bedacht.

Hält man eine weit gefasste Ausschreibungspflicht jedenfalls im Hinblick auf die tatsächliche Gewährleistung der Möglichkeit eines chancengleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern²⁷ für richtig, so liegt eine entsprechende Neufassung des Ausschreibungsgebots im BGleIG nahe. Daran orientiert sich der nachfolgende Vorschlag. Er berücksichtigt zudem, dass § 8 Abs. 1 BBG seit 2009 ohnehin ein umfassendes Ausschreibungsgebot für alle Stellen enthält, die mit einer Beamtin oder einem Beamten besetzt werden sollen. Es ist sinnvoll, für die anderen Statusgruppen eine vergleichbare Situation zu schaffen, auch zur Förderung der Transparenz entsprechender Stellenbesetzungsverfahren.

§ 6 Abs. 2 sollte daher lauten:

„(2) Besetzbare Arbeitsplätze sind jedenfalls innerhalb der Dienststelle auszuscheiden. Eine dienststellenübergreifende oder öffentliche Ausschreibung soll erfolgen, wenn durch eine hausinterne Ausschreibung keine genügende Zahl qualifizierter Bewerberinnen angesprochen werden kann, und der Arbeitsplatz in einem Bereich liegt, in dem Frauen unterrepräsentiert sind. § 8 Bundesbeamtengesetz und die auf der Grundlage von § 8 Absatz 1 Satz 3 Bundesbeamtengesetz zugelassenen Ausnahmen vom Gebot einer Ausschreibung für eine Besetzung von Arbeitsplätzen mit Beschäftigten im Beamtenverhältnis bleiben unberührt. Sonstige Ausnahmen vom Ausschreibungsgebot setzen die Zustimmung der Gleichstellungsbeauftragten voraus.“

²⁷ Vgl. Art. 25 Buchst. c des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte

b) Inhalt der Ausschreibung (§ 6 Abs. 3)

Der Inhalt von Ausschreibungen bedarf der Konkretisierung. Ziel sollte es sein, die Möglichkeit einer statusgruppenübergreifenden Ausschreibung und eines an einheitlichen Kriterien ausgerichteten statusgruppenübergreifenden Auswahlverfahrens bis zur Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen zu gewährleisten. In vielen Bundesbehörden besteht daran nach meiner Erfahrung ein massives Interesse. Hinzukommt, dass die Rechtsprechung des BAG es ausschließt, in einer statusgruppenübergreifenden Ausschreibung laufbahnrechtliche Anforderungen zu stellen, deren Erfüllung nur im Beamtenverhältnis möglich ist²⁸. Da das Zugangsrecht aus Art. 33 Abs. 2 GG vorbehaltlich des Art. 33 Abs. 4 GG²⁹ statusgruppengreifend gilt³⁰, muss dem auch im Rahmen von Regelungen zur Personalauswahl Rechnung getragen werden. Die vorgeschlagene Fassung schafft insoweit ein höheres Maß an Rechtssicherheit und erleichtert die Praxis.

§ 6 Abs. 3 sollte daher lauten:

„(3) Arbeitsplatzausschreibungen müssen die Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes festlegen. Sie dürfen im Hinblick auf künftige Funktionen der Bewerberinnen und Bewerber auch auf das Anforderungs- und Qualifikationsprofil des in der Personalplanung festgelegten Funktionsbereichs abstellen. Im Anwendungsbereich von Artikel 33 Absatz 4 Grundgesetz darf auch auf die Anforderungen der Laufbahn abgestellt werden, wenn der Arbeitsplatz nur für Beschäftigte im Beamtenverhältnis ausgeschrieben wird.“

²⁸ BAG U. v. 6.5.2014 – 9 AZR 724/12 – ZTR 2014, 610, 611 f. Rn. 16 ff.; 18.9.2001 – 9 AZR 410/00 – NZA 2002, 271; 5.3.2005 – 9 AZR 142/04 – NZA 2005, 1185; LAG Hamm 7.8.2008 – 11 Sa 284/08 – LAGE § 15 AGG Nr. 6 betr. Justizvollzug; v. Roetteken jurisPR-ArbR 18/2009 Anm. 5

²⁹ BAG U. v. 11.8.1998 – 9 AZR 155/97 – NZA 1999, 882, 884 u. – 9 AZR 445/96 – NZA 1998, 884, 886

³⁰ BVerfG U. v. 8.7.1997 – 1 BvR 1242/96 u. a. BVerfGE 96, 152, 163 u. 171, 180 f. u. 189, 202 f. u. 205, 211; BAG U. v. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – NZA-RR 2011, 216, 217 Rn 33 u. 9 AZR 518/09 – NZA 2011, 306, 307 Rn 16; 24.3.2009 – 9 AZR 277/08 – NZA 2009, 901, 903 Rn 30; 19.2.2008 – 9 AZR 70/07 – NZA 2008, 1016, 1018; Rn 23; 5.3.2005 – 9 AZR 142/04 – NZA 2005, 1185, 1187; 21.1.2003 – 9 AZR 72/02 – AP Nr. 59 zu Art. 33 Abs. 2 GG; 28.5.2002 – 9 AZR 751/00 – NZA 2003, 324, 325; st. Rspr. seit BAG 2.12.1970 – 4 AZR 59/70 – AP Nr. 1 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Hense in BeckOK GG Art. 33 GG Rn 9; Kunig in v. Münch/Kunig Art. 33 GG Rn 20; Battis in Sachs Art. 33 GG Rn 24; Badura in Maunz/Dürig Art. 33 GG Rn 35; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 33 GG Rn 9

7. Bewerbungsgespräche (§ 7)

Verzichtet man entsprechend meinem Vorschlag auf die Männerförderung, muss § 7 Abs. 1 S. 3 aus dem Entwurf gestrichen werden.

§ 7 Abs. 3 sollte im Grad der Verpflichtung zur paritätischen Besetzung von Auswahlkommissionen verbessert werden. Es handelt sich nach meinen Erfahrungen eine in der Praxis vielfach missachtete Regelung. Die hier auch schon im geltenden Recht vorgegebene Geschlechterparität hat ihren Sinn einerseits darin, dass Frauen und Männer das Verhalten von Frauen und Männern auch bedingt durch ihr Geschlecht oft unterschiedlich bewerten, verschiedene Dinge für wichtig oder weniger wichtig halten. Daher stellt hier die Parität eine aufgabenbezogene sinnvolle Konkretisierung des Prinzips Gender Mainstreaming dar und erhöht zugleich die Chancen für eine bessere Akzeptanz von Auswahlentscheidungen durch diejenigen, die nicht ausgewählt worden sind. Andererseits sollte ein besserer Kontrollfilter eingebaut werden, um der verbreiteten mangelnden Beachtung der Regelung besser entgegenzutreten. Dafür eignet sich in Anlehnung an § 8 Abs. 3 Hessisches Gleichberechtigungsgesetz die Zustimmung der Gleichstellungsbeauftragten für eine Abweichung vom Paritätsgebot. Zudem will die vorgeschlagene Neuformulierung sicherstellen, dass die für eine Ausnahme maßgebenden Gründe aktenkundig gemacht werden, bevor die Kommission ihre Arbeit aufnimmt.

§ 7 Abs. 3 sollte deshalb lauten:

„(3) Auswahlkommissionen sind paritätisch mit Frauen und Männern zu besetzen. Ausnahmen sind zulässig, wenn triftige Gründe für die Abweichung vorliegen, die Gleichstellungsbeauftragte zustimmt und die maßgebenden Gründen aktenkundig gemacht worden sind.“

8. Auswahlentscheidungen (§ 8)

a) Entscheidungsquote (§ 8 Abs. 1)

§ 8 muss geändert werden, wenn man entsprechend meinem Vorschlag auf eine Männerförderung verzichtet.

Die Regelung muss auch deshalb geändert werden, weil die aktuelle Regelung in § 8 BGlG in der Praxis relativ selten zur Anwendung gekommen ist. Gerichtsentscheidungen zur Norm liegen kaum vor, weil Auswahlentscheidungen meist so begründet wurden, dass es auf die Regelung nicht mehr ankommt. Die Einzelheiten und Gründe dafür legt der ehemalige Präsident des BVerfG Prof. Dr. Papier in

seinem Gutachten für die Landesregierung Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 2014 dar³¹. Die dort vorgenommene Auswertung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und die sich daraus ergebende Nichtanwendung von § 8 BGleIG bzw. vergleichbarer landesrechtlicher Regelungen kann ich aus meiner richterlichen Erfahrung als Vorsitzender einer Kammer, die seit mehr als 20 Jahren für das Dienstrecht und die Überprüfung von Auswahlentscheidungen zuständig ist, ebenso bestätigen wie aufgrund meiner Erfahrung aus Anlass von Vorträgen in einer Vielzahl von Bundesbehörden.

Papier hat deshalb zu Recht vorgeschlagen, den regelhaften Auswahlvorrang von Frauen nur dann entfallen zu lassen, wenn ein männlicher Konkurrent offensichtlich besser qualifiziert ist. Eine derartige Regelung wäre aufgrund von Art. 3 Abs. 2 GG ebenso zulässig wie im Hinblick auf Art. 3, 14 Abs. 1 RL 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV, Art. 23 Abs. 2 GRCh. Dies hat der EuGH³² im Jahr 2000 bereits entschieden. Der EuGH hat eine Bevorzugung von Frauen bei deren Unterrepräsentanz zugelassen, wenn die Verdienste der Bewerber und Bewerberinnen als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind³³. An der Voraussetzung „fast gleichwertig“ fehlt es, wenn offensichtlich ist, dass die andere Person besser qualifiziert ist. Damit würde es im Ausgangspunkt entgegen der bisherigen gerichtlichen Praxis nicht mehr auf eine sog. Feinauswahl unter detaillierte Auswertung auch kleiner Beurteilungsunterschiede³⁴ ankommen, wie Papier in seinem Gutachten zutreffend ausführt. Dem schließe ich mich an, vor allem, weil nach meiner richterlichen Erfahrung nur so ein besserer und wirksamer Beitrag dazu geleistet werden kann, dass die gesetzlich vorgegebene Entscheidungsquote zugunsten von Frauen zwecks Verringerung ihrer Unterrepräsentanz tatsächlich zu den gewollten praktischen Ergebnissen führt und nicht unterlaufen wird.

³¹ Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung von Prof. Dr. Papier unter Mitwirkung von Dr. Heidebach, im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen, 2014

³² U. v. 6.7.2000 – Rs. C-407/98 – NZA 2000, 935 = BGleIG-ES E.III.3.2 Art. 2 RL 2000/78/EG Nr. 20 – „Abrahamsson u. Anderson“

³³ EuGH U. v. 6.7.2000, a.a.O. S. 939 Rn. 62

³⁴ So jedoch z. B. BVerwG 30.6.2011 – 2 C 19.10 – ZBR 2012, 42, 43 Rn. 17

Der Formulierungsvorschlag greift gleichzeitig im Interesse der Transparenz und Rechtsklarheit die in der Rechtsprechung des EuGH³⁵ entwickelten und für die Mitgliedstaaten ohnehin verbindlichen weiteren Voraussetzungen für die Anwendung einer Entscheidungsquote auf, um deren Anwendung auf das nach dem Recht der EU zulässige Maß zu begrenzen.

§ 8 Abs. 1 sollt daher wie folgt lauten:

„(1) Sind Frauen in einem Bereich oder in mehreren Bereichen unterrepräsentiert, sind sie für die Besetzung eines Arbeitsplatzes, der ein einem solchen Bereich oder in mehreren solcher Bereiche liegt, bevorzugt auszuwählen, wenn nicht ein männlicher Bewerber offensichtlich besser qualifiziert ist. Der Auswahl hat in diesem Fall die Feststellung vorauszugehen, welche individuellen Besonderheiten bei den in die engere Auswahl einzubeziehenden Bewerberinnen und Bewerber vorliegen, und ob sich im Hinblick auf derartige Besonderheiten unter Beachtung von § 9 Gründe ergeben, die abweichend von Satz 1 ausnahmsweise eine Auswahl des männlichen Bewerbers rechtfertigen, wobei die individuellen Gründe nicht ihrerseits gegen das Verbot der Benachteiligung des § 7 Absatz 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz verstoßen dürfen. Die Abwägung der verschiedenen individuellen Besonderheiten obliegt der pflichtgemäßen Ermessensausübung unter Beachtung des grundsätzlichen Vorrangs von Frauen entsprechend Satz 1.“

b) Geltungsbereich (§ 8 Abs. 2, 3)

Der Geltungsbereich der Regelung sollte auf möglichst viele Personalauswahlentscheidungen zur Besetzung von Arbeitsplätzen ausgedehnt werden. Dementsprechend sollte die amtliche Überschrift nur noch aus dem Wort „*Auswahlentscheidungen*“ bestehen.

Die vollständige Herausnahme von Auswahlentscheidungen für die Berufung von Richterinnen und Richtern an den obersten Bundesgerichten oder der Mitglieder des Bundesrechnungshofs war schon bisher nicht überzeugend begründet. Zwar ist es vertretbar, die vom Richterwahlausschuss zu treffenden Entscheidungen nicht zu erfassen, wenn man sie als echte Wahlen einordnet. Ebenso wäre es aber möglich, diese Auswahlentscheidungen als Kollegialentscheidungen eines besonderen Organs mit Verwaltungsbefugnissen einzuordnen und dann in vollem

³⁵ – Rs. C-407/98 – NZA 2000, 935, 938 Rn. 43 = BGleIG-ES E.III.3.2 Art. 2 RL 2000/78/EG Nr. 20 – „Abrahamsson u. Anderson“; 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“

Umfang der Entscheidungsquote zu unterwerfen. Ansatzpunkt für die Anwendung von § 8 Abs. 1 ist jedoch unabhängig von der vorstehenden Frage die dem Richterwahlausschuss nach Art. 95 Abs. 2 GG gleichgeordnete Kompetenz des zuständigen Bundesministeriums³⁶ am Ernennungsvorschlag gegenüber dem Bundespräsidenten. Daran kann die Auswahlvorgabe des § 8 Abs. 1 sachgerecht ansetzen.

Andererseits könnte es dabei bleiben, Entscheidungen von Gremien, die nach gesetzlicher Vorschrift durch eine Wahl getroffen werden, von § 8 Abs. 1 freizustellen. Ebenso wäre es aber auch denkbar, derartige Wahlentscheidungen ihrerseits von der Beachtung des § 8 Abs. 1 abhängig zu machen. Dafür wäre wiederum entscheidend, ob das zur Entscheidung durch Wahl berufene Gremium nur über die Mindesteignung für ein öffentliches Amt zu entscheiden hat, oder aber auch zum Grad der Qualifikation eine Entscheidung treffen darf. Welche der beiden Alternativen auf den Richterwahlausschuss i. S. d. Art. 95 Abs. 2 GG zutrifft, ist nach derzeitigem Meinungsstand wohl als offen zu bezeichnen. Auf der Grundlage des zum hessischen Richterwahlausschuss ergangenen Urteils des HessStGH³⁷ wäre davon auszugehen, dass der Ausschuss auch über alle Elemente der Qualifikation mitzuentcheiden hätte. Dann allerdings wäre die strikte Bindung dieses Ausschusses an § 8 Abs. 1 konsequent. Dieser Variante schließt sich der hier geäußerte Formulierungsvorschlag an.

§ 8 Abs. 2 und 3 sollten daher wie folgt lauten:

„(2) Absatz 1 gilt insbesondere für Einstellungen, den beruflichen Aufstieg, die Besetzung von Arbeitsplätzen mit Vorgesetzten- und Leitungsaufgaben ungeachtet der Hierarchieebene und die Besetzung von ausgeschriebenen Arbeitsplätzen.

(3) Absatz 2 gilt nicht für Entscheidungen von Gremien, die ihre Personalentscheidungen aufgrund gesetzlicher Regelung durch eine Wahl treffen oder die an einer Personalentscheidung aufgrund gesetzlicher Regelung durch eine Wahl mitwirken. Zu diesen Gremien gehört nicht der nach Art. 95 Absatz 2 Grundgesetz eingerichtete Richterwahlausschuss.“

³⁶ Vgl. HessStGH U. v. 19.5.1976 – P. St. 757 – ESVGh 27, 15, 22; vom Einigungszwang ausgehend Morgenthaler in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 95 GG Rn. 10; Meyer in v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl., Art. 95 GG Rn. 10; Jachmann in Maunz/Dürig Art. 95 GG Rn. 132; Detterbeck in Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 95 GG Rn. 14

³⁷ U. v. 19.6.1976 – P. St. 757 – ESVGh 27, 15, 27 ff.

c) Abbau struktureller Benachteiligungen (§ 8 Abs. 4)

Die Gleichrangigkeit der Förderung von Frauen und Männern bei jeweiliger Unterrepräsentanz mit dem Ziel einer paritätischen Vertretung von Frauen und Männern soll nicht gelten, wenn man sich dazu zwecks Abbaus struktureller Benachteiligungen von Frauen entschließt. Hier wird die Dienststelle aber nicht verpflichtet, entsprechend zu verfahren, sondern kann nach Ermessen handeln. Das öffnet Beliebigkeiten jeglicher Art Tür und Tor, insbesondere im Zusammenwirken mit der Ermächtigung, sich den jeweils maßgebenden Bereich für die Beurteilung einer Unterrepräsentanz herauszusuchen. Auswahlverfahren werden damit letztlich unberechenbar und im Sinne der bereits genannten Rechtsprechung des EuGH undurchschaubar.

Die Regelung führt darüber hinaus zu einem Widerspruch der gesetzlichen Regelungen in sich. Grundgedanke der Anknüpfung an eine Unterrepräsentanz ist, dass sich in ihr nicht näher fassbare und vor allem nicht im Rahmen eines Auswahlverfahrens benennbare strukturelle Nachteile für Frauen, an- und fortdauernd für einen langen Zeitraum ausdrücken. Nach § 8 Abs. 4 E-BGleiG sollen derartige strukturelle Nachteile auch dann vorliegen, wenn Frauen nicht unterrepräsentiert sind. Damit wird dem Aspekt der Unterrepräsentanz die ihm gesetzlich zugeordnete Kernaussage genommen. Die Unterrepräsentanz wird auf ein Vehikel von Vorstellungen einer geschlechterparitätisch durchgestalteten Berufswelt reduziert. Damit kann grds. nur noch die Paritätsvorgabe eine Bevorzugung in der Auswahlentscheidung rechtfertigen. Sie soll aber außer Kraft gesetzt werden können, wenn trotz hinreichender Repräsentanz strukturelle Nachteile von Frauen dies rechtfertigen. Damit werden diese Nachteile offenkundig nicht mehr von der Unterrepräsentanz selbst, wenn auch nur in pauschalierter Form, erfasst. Es bleibt dem Belieben der Dienststelle überlassen, das Vorliegen struktureller Nachteile von Frauen geltend zu machen, ohne sie allerdings vermutlich konkret nachweisen zu können. Folglich wird die Regelung in § 8 Abs. 4 schon deshalb in der Praxis außer Anwendung bleiben, weil keine Dienststelle das Risiko eingehen wird, mit der Geltendmachung nicht näher belegbarer struktureller Nachteile vor Gericht zu gehen und dort von vornherein absehbar zu unterliegen.

Wenn von § 8 Abs. 1 nach § 8 Abs. 4 zum Abbau struktureller Benachteiligungen im Einzelfall nach Ermessen abgewichen werden darf, liegt dies im Übrigen regelungstechnisch auf demselben Niveau wie die schwedische Regelung, die der

EuGH im Jahr 2000 beurteilt und verworfen hatte. Seinerzeit hatte er ausgeführt, die Tragweite der – vergleichbaren – Regelung könne nicht genau bestimmt werden. Zudem sei nicht gewährleistet, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung seien, bei der die individuelle Lage aller Bewerber/innen berücksichtigt werde. Folglich sei die Regelung mit dem Recht der EU unvereinbar³⁸. Das Gleiche gilt im Hinblick auf Art. 157 Abs. 4 AEUV, Art. 23 Abs. 2 GRCh.

In der Praxis wird § 8 Abs. 4 E-BGleiG schließlich schon deshalb keine Rolle spielen, weil die Auswahlpraxis an gerichtsfesten Auswahlentscheidungen interessiert ist und daher die Anwendung der in ihr Ermessen gestellten Regelung des § 8 Abs. 4 E-BGleiG vermeiden wird, da deren Anwendungsvoraussetzungen unkalkulierbar sind. Wer diese Bestimmung ggf. in Kombination mit den Regelungen zur Auswahl des Bereichs, in dem Unterrepräsentanz besteht, anwendet, wird sich stets dem Vorwurf eines willkürlichen Verhaltens ausgesetzt sehen. Dies zu vermeiden, wird eine der Hauptinteressen der Auswahlbehörden sein (müssen). § 8 Abs. 4 E-BGleiG ist deshalb nicht nur mangels Bestimmtheit verfassungswidrig und mit dem Recht der EU unvereinbar, sondern auch in jeder Hinsicht untauglich, das vorgegebene Ziel zu erreichen. Im Rahmen von § 8 wird der Abbau struktureller Benachteiligungen rechtstechnisch zum begründungsbedürftigen Ausnahmefall. Die Regelung in § 8 Abs. 4 kann die ihr zugeordnete Funktion einer sachgerechten Begrenzung der grundsätzlich vorgesehenen bevorzugten Auswahl von Männern nicht erfüllen.

9. Qualifikation (§ 9)

a) Qualifikationsfeststellung/Anforderungsprofil (§ 9 Abs. 1)

Entgegen der Entwurfsbegründung muss in Übereinstimmung mit dem derzeit geltenden Recht an der ausschließlichen Ausrichtung der Qualifikationsfeststellung auf das Anforderungsprofil des konkret zu besetzenden Arbeitsplatzes festgehalten werden. Es handelt sich um eine zentrale gleichstellungspolitische Vorgabe zur rationalen und möglichst diskriminierungsfreien Ausgestaltung personeller Auswahlverfahren und der für sie erforderlichen Qualifikationsfeststellungen, wie dies der EuGH³⁹ bereits für einen Fall in Schweden zum Ausdruck gebracht hat. Auch das Gutachten von Papier stellt fest, dass der mangelnde Erfolg im Abbau der

³⁸ EuGH U. v. 6.7.2000, S. 938 Rn. 53

³⁹ U. v. 6.7.2000, a.a.O. S. 938 Rn. 50

Unterrepräsentanz von Frauen vor allem in der Handhabung der Qualifikationskriterien liegt, die derzeit ganz überwiegend den dienstlichen Beurteilungen entnommen werden, obwohl diese ohne eine Ausrichtung auf ein vorab klar definiertes Anforderungsprofil erstellt werden. Das BVerwG hat diese gleichstellungspolitisch völlig verfehlte Praxis ausdrücklich gebilligt⁴⁰ und sich damit auch in Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH gesetzt.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine im Jahr 2014 vorgelegte, im Auftrag des Umweltbundesamtes im November 2013 erstellte Untersuchung durch externe Sachverständige⁴¹ die Diskriminierungspotenziale herkömmlicher dienstlicher Beurteilungen und der bei ihnen angewandten Verfahren eindrucksvoll darstellt und aufzeigt, dass gerade Frauen in Auswahlverfahren, die ausschließlich oder maßgeblich auf der Grundlage tradierter dienstlicher Beurteilungen (ohne Ausrichtung auf einen klar definierten Merkmalen eines Anforderungsprofils) erfolgen, in erheblichem Ausmaß Gefahr laufen, durch die entsprechenden Beurteilungsmerkmale und deren übliche Handhabung in unzulässiger Weise entgegen § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt zu werden. Das Konzept eines rationalen, auf klaren Anforderungsprofilmerkmalen beruhenden Auswahl- und Qualifikationsfeststellungsverfahrens entsprechend den Anforderungen des EuGH kann dem entsprechend den Aufträgen aus Art. 3 Abs. 2 GG, Art. 23 Abs. 1 GRCh, Art. 27 RL 2006/54/EG entgegenwirken und die Diskriminierungsgefahren vermindern, wirkt also entsprechend präventiv.

Es besteht deshalb überhaupt kein Anlass, den im Jahr 2001 durch das BGleIG und eine Reihe von Landesgleichstellungsgesetzen⁴² eingeschlagenen Weg zu verlassen, die Qualifikationsfeststellung für eine Auswahlentscheidung zur Besetzung eines Arbeitsplatzes auf dessen spezifisches Anforderungsprofil zu beziehen. Sowohl das BVerfG wie auch das BAG, der 5. Senat des BVerwG und sein Wehrdienstsenat gehen übereinstimmend davon aus, dass Art. 33 Abs. 2 GG und die sonstigen Bestimmungen des GG der Einschränkung des allgemeinen Zugangs-

⁴⁰ BVerwG B. 10.5.2006 – 2 B 2-06 – ZTR 2006, 616 = BGleIG-ES E.II.2.2 § 9 BGleIG Nr. 3; 6.6.2006 – 2 B 5.06 - juris

⁴¹ Karin Tondorf/Gisela Ludwig: Gutachten für das Umweltbundesamt, Dessau-Roßlau, Untersuchung von geschlechtsspezifischen Diskriminierungspotenzialen in Beurteilungsrichtlinien und –verfahren zu Regelbeurteilungen von Beamtinnen und Beamten, November 2013

⁴² Z. B.: § 8 Abs. 1 S. 2, § 10 Abs. 1 S. 1 HGIG; § 10 Abs. 1 S. 1 LGG NW

rechts zu öffentlichen Ämtern durch ein arbeitsplatzspezifisches und in angemessener Weise auf die jeweiligen Aufgaben bezogenes Anforderungsprofil nicht entgegen stehen⁴³. Das BVerfG geht in seiner Kammerrechtsprechung insbesondere 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 Amtes⁴⁴. Das gilt vor allem dann, wenn es entsprechend Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG um die Vermeidung einer Benachteiligung von Menschen mit einer Behinderung geht⁴⁵. Für diesen Fall hat das BVerfG verlangt, nur auf die Anforderungen des konkreten Dienstpostens abzustellen.

Die gegenteilige Auffassung des BVerwG (2. Senat) in seinem in der Entwurfsbegründung genannten Beschluss vom 20.6.2013⁴⁶ nimmt zu den gegenläufigen Ansätzen des BGleiG ebenso wenig Stellung⁴⁷ wie zur abweichenden Rechtsprechung des 5. Senats des BVerwG, seines Wehrdienstsenats, des BAG und des BVerfG. Die derzeit im BGleiG in Konkretisierung von Art. 3 Abs. 2, Art. 33 Abs. 2 GG getroffenen Aussagen zur Gestaltung von Auswahl- und Qualifikationsfeststellungsverfahren werden schlicht ignoriert. 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 nachvollziehbaren Grund die bisherige Konzeption einer auf die jeweiligen Fachaufgaben ausgerichteten und damit auch professionell gestalteten Personalauswahl zugunsten einer dem Peter-Prinzip huldigenden Personalauswahl aufgegeben wird.

Seitens aller Dienststellen im Geltungsbereich des BGleiG besteht zudem, wie bereits zu § 6 ausgeführt, ein massives Interesse an der Möglichkeit zur Durchführung statusgruppenübergreifender Auswahlverfahren nach Maßgabe eines einheitlichen Anforderungsprofils. § 9 Abs. 1 S. 1 BGleiG i. V. m. § 6 Abs. 3 BGleiG

⁴³ Im Einzelnen v. Roetteken jurisPR-ArbR 1/2014 Anm. 4 m.w.N.; jüngst BAG U. v. 6.5.2014 – 9 AZR 724/12 – ZTR 2014, 610, 611 Rn. 12 f.; BVerwG B. v. 11.12.2014 – 1 WB 30.14 – Rn. 47

⁴⁴ BVerfG, stattgebender und deshalb nach § 93c BVerfGG bindender Kammerbeschluss v. 7.03.2013 - 2 BvR 2582/12 - ZBR 2013, 346, 347 Rn. 16 f.; B. v. 25.11.2011 - 2 BvR 2305/11 - ZBR 2012, 252, 254 Rn. 13 ff.; 26.11.2010 - 2 BvR 2435/10 - NVwZ 2011, 746, 747 Rn. 12 f.; im Einzelnen v. Roetteken jurisPR-ArbR 1/2014 Anm. 4; ZBR 2012, 25, 30 u. 230, 231 f. m.w.N.

⁴⁵ BVerfG, stattgebender und deshalb nach § 93c BVerfGG bindender Kammerbeschluss v. 10.12.2008 - 2 BvR 2571/07 - ZBR 2009, 125, 126

⁴⁶ 2 VR 1.13 – ZBR 2013, 376, 379 Rn. 28

⁴⁷ Es unterbleibt schon jede Erwähnung der § 6 Abs. 3, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 S. 1 BGleiG, als ob der Bundesgesetzgeber diese Regelungen gar nicht erlassen hätte.

bildet derzeit die Grundlage für eine derartige Strukturierung von Auswahlverfahren. Daran sollte auch im Hinblick auf das vorgenannte berechnigte Interesse festgehalten werden. Die Auswahlpraxis der Behörden würde damit erheblich erleichtert.

Die unter Berufung auf das Laufbahnprinzip erfolgende ausschließliche Ausrichtung von Auswahlentscheidungen auf die Anforderungen des statusrechtlichen Amtes, wie sie der 2. Senat des BVerwG – und nur dieser - unter gleichzeitiger Abkehr von seiner bis 2013 ergangenen Rechtsprechung für geboten hält, zerstört diese Möglichkeit. Auswahlverfahren werden damit komplizierter und aufwendiger.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass seitens des BAG⁴⁸ die Aufnahme rein laufbahnbezogener Anforderungen in ein Anforderungsprofil als Zugangshindernis insoweit für unzulässig gehalten wird, wie damit die Zugangschancen zu einem Arbeitsverhältnis oder der 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, deren Präzisierung und die deutliche Zurückweisung der gegenteiligen Erwägungen des 2. Senats des BVerwG in der Entwurfsbegründung unter Bezug auf die gegenteilige Rechtsprechung des BVerfG, BAG, des 5. Senats des BVerwG und seines Wehrdienstsenats ist daher auch aus diesen Gründen dringend angeraten. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass im SGleiG dem derzeit geltenden BGleiG nachgebildete Regelungen enthalten sind, die bei einer Änderung des BGleiG ebenfalls infrage gestellt werden könnten.

Die Argumentation des 2. Senats des BVerwG nimmt zwar auf Art. 33 Abs. 2 GG Bezug, enthält aber in der Sache nur eine Konkretisierung des allgemeinen Laufbahnprinzips. Damit bewegt sich die Argumentation des 2. Senats des BVerwG nicht auf der Ebene des Verfassungsrechts, sondern auf der Ebene des einfachen Bundesrechts, wie das OVG Berlin-Brandenburg⁴⁹ zutreffend ausführt. Die einfachgesetzliche Ausrichtung aller Personalauswahlentscheidungen im Öffentlichen Dienst des Bundes auf ein arbeitsplatzspezifisches Anforderungsprofil stellt daher beamtenrechtlich gesehen eine verfassungsrechtlich zulässige Konkretisierung des Laufbahnprinzips dar.

48 U. v. 6.5.2014 – 9 AZR 724/12 – ZTR 2014, 610, 611 f. Rn. 16 ff.

49 B. v. 14.4.2014 – OVG 7 S 19.14 – ZBR 2014, 256, 257

Diesen Grundsatz kann im Übrigen nicht das vom 2. Senat des BVerwG angenommene Prinzip entnommen werden, die erfolgreiche Wahrnehmung eines Amtes qualifiziere auch für die erfolgreiche Wahrnehmung des nächsthöheren Amtes. Das GG enthält keine derartige Anerkennung des Peter-Prinzips für den Öffentlichen Dienst.

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

In § 9 Abs. 1 S. 2 sollte das bisherige Verbot erhalten bleiben, auf das Lebensalter abzustellen. Es handelt sich für die Praxis nach wie vor um eine bedeutsame Regelung, weil unter Beschäftigten noch immer Vorstellungen weit verbreitet sind, Auswahlentscheidungen für den beruflichen Aufstieg sollten nicht nur mit Rücksicht auf das Dienstalder, sondern auch mit Rücksicht auf das Lebensalter erfolgen.

§ 9 Abs. 1 sollte daher lauten:

„(1) 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. Dienstalder, Lebensalter und der Zeitpunkt der letzten Beförderung finden nur insoweit Berücksichtigung, wie ihnen für die Qualifikation der Bewerberinnen und Bewerber hinsichtlich des konkreten Arbeitsplatzes Bedeutung zukommt. Spezifische durch Familien- oder Pflegeaufgaben erworbene Qualifikationen sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit ihnen für die Ausübung der jeweiligen Tätigkeit Bedeutung zukommt.“

b) Unzulässige Merkmale (§ 9 Abs. 2)

Die Neuregelung bewirkt erhebliche Verschlechterungen im Verhältnis zum derzeit geltenden § 9 Abs. 2 BGlG. Laut Entwurf erfasst § 9 Abs. 2 Nr. 1 nur noch Situationen, in denen maßgebender Grund für die Arbeitszeitreduzierung etc. die Wahrnehmung von Familien- oder Pflegeaufgaben war bzw. ist. Eine derartige Einschränkung enthält das derzeit geltende Recht nicht. Sie stünde 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 § 9 Abs. 2 Nr. 3 des Entwurfs enthaltenen Regelung (künftige Arbeitszeitreduzierung oder Beurlaubung). Der Vorschlag zur klar gegliederten Neufassung schließt derartige Verstöße aus.

Im Übrigen trägt die Entwurfsfassung Art. 3 Abs. 2 GG auch deshalb nicht ausreichend Rechnung, weil die verbreitete und legitime Andersartigkeit von weiblichen Lebens- und Berufsentwürfen nicht angemessen berücksichtigt wird. Der Entwurfsfassung liegt ein Modell zugrunde, das auf männliche Lebens- und Berufsentwürfe ausgerichtet ist und Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit, Reduzierungen der individuellen Arbeitszeit als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme begreift, ohne anzuerkennen, dass damit auch legitimerweise ein anderes Lebensmodell verfolgt werden kann. Art. 3 Abs. 2 GG gewährleistet die Gleichwertigkeit anderer geschlechtsbezogener Lebens- und Berufsentwürfe⁵⁰. Diese verfassungsrechtlich vorgegebene Gleichwertigkeit ist im einfachen Recht aufgrund des verbindlichen Auftrags in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG zu gewährleisten.

Die Entwurfsfassung könnte darüber hinaus dazu führen, die Gründe für eine Inanspruchnahme von Teilzeit oder Beurlaubung, Unterbrechungen der beruflichen Tätigkeit durch die Dienststelle näher auszuforschen. Dieser Ausforschung privater Lebensbereiche wären vor allem Frauen ausgesetzt. Sie müssten sich gleichsam für ihr Lebens- und Berufsmodell rechtfertigen. Dies führt zu einem direkten Wertungswiderspruch zum Frageverbot des § 7 Abs. 2. Derartige Ausforschungen müssen unterbleiben, auch um durch Diskriminierungen wegen des Geschlechts durch derartige Verfahrensweisen zuverlässig auszuschließen.

Davon unberührt bleibt die Prüfung, ob die Bewerberinnen und Bewerber die in rechtmäßiger Weise in ein Anforderungsprofil aufgenommenen Anforderungen zum Nachweis der entsprechenden Qualifikation erfüllen. Derartige Anforderungen müssen sich jedoch im Hinblick auf eine richtig gefasste Regelung in § 9 Abs. 2 dahin rechtfertigen, dass sie eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen, der damit verfolgte Zweck rechtmäßig und angemessen ist.

⁵⁰ Elisabeth Selbert im Parlamentarischen Rat

Es würde insoweit der Maßstab des § 8 Abs. 1 AGG gelten⁵¹, die ihrerseits Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG entsprechen.

§ 9 Abs. 2 sollte daher lauten:

„Folgende Umstände dürfen nicht Teil der Qualifikationsfeststellung oder einer vergleichenden Bewertung sein:

- 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 Lebenspartnerin oder des Lebenspartners, einer Lebensgefährtin oder eines Lebensgefährten,*
- 6. die Absicht, von der Möglichkeit einer Arbeitszeitreduzierung oder Arbeitszeitaufstockung 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.*

§ 8 Absatz 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz bleibt unberührt.“

10. Inhalt des Gleichstellungsplans (§ 13)

a) Zielquote (§ 13 Abs. 2 S. 2)

Der Verzicht auf eine gesetzlich verbindliche Vorgabe zur Höhe der Zielquoten im Gleichstellungsplan stellt einen nicht näher begründeten Rückschritt im Verhältnis zum erreichten Rechtsstand dar. Die entsprechend unverbindlichen Regelungen im früheren FFG von 1994 hatten sich nicht bewährt, wie der letzte Erfahrungsbericht der Bundesregierung zum FFG dokumentiert hatte⁵². Es ist nicht erkennbar, warum

⁵¹ Vgl. VG Frankfurt a. M. B. v. 8.4.2010 – 9 L 3428/09.F – juris = BGleIG-ES E.IV.7.3 § 10 HGIG 2007 Nr. 3

⁵² BT-Drucks. 14/5003

die mangelnde Bereitschaft der Dienststellen, das aktuell geltende Recht zu befolgen, jetzt gleichsam als berechtigt anerkannt werden soll.

§ 13 Abs. 2 S. 2 sollte daher lauten:

„Ausgehend von der Zahl und der Art der mutmaßlich zu besetzenden Arbeitsplätze ist vorzusehen, dass mindestens die Hälfte der zu besetzenden Arbeitsplätze für eine Besetzung mit Frauen vorzusehen ist, soweit diese in einem Bereich, in dem Arbeitsplätze zu besetzen sind, unterrepräsentiert sind; ist konkret absehbar, dass nicht genügend Frauen mit der notwendigen Qualifikation gewonnen werden können, darf eine entsprechend niedrigere Zielvorgabe in den Gleichstellungsplan aufgenommen werden, soweit dies dort nachvollziehbar begründet wird.“

b) Personalabbau (§ 13 Abs. 4)

§ 13 Abs. 4 sollte um einen weiteren Satz ergänzt werden. Es muss sichergestellt werden, dass die dort in Übereinstimmung mit dem geltenden BGleG enthaltene Verpflichtung auch dann zu beachten ist, wenn es keinen Gleichstellungsplan gibt, bzw. dieser die gesetzlich vorgegebene Verpflichtung nicht aufnimmt. In der Behördenpraxis ist hier mitunter eingewandt worden: Gibt es keinen Gleichstellungsplan, muss die entsprechende Verpflichtung nicht beachtet werden. Dieser Ausweg sollte entsprechend der gesetzlichen Zielsetzung versperrt werden.

Als § 13 Abs. 4 S. 2 sollte deshalb angefügt werden:

„Die Verpflichtung zum Erhalt des Frauenanteils in den einzelnen Bereichen gilt auch dann, wenn kein Gleichstellungsplan erstellt wird, dieser fehlerhaft ist oder aus anderen Gründen die Verpflichtung aus Satz 1 nicht enthält.“

c) Verbot personenbezogener Daten (§ 13 Abs. 5)

Die Regelung in § 13 Abs. 5 des Entwurfs stellt unerfüllbare Forderungen. In kleineren Dienststellen oder im zahlenmäßig geringen Bereich höherer Entgelt- oder Besoldungsgruppen wird sich die Identifikation der erfassten Beschäftigten mitunter kaum vermeiden lassen. Das hat in der Praxis zu Versuchen geführt, entsprechend detaillierte Angaben im Gleichstellungsplan zu vermeiden und z. B. Beschäftigte mehrerer Besoldungsgruppen zusammenzufassen, obwohl das gesetzeswidrig ist und künftig sein wird. Die Regelung muss sich deshalb realistischerweise darauf beschränken, die Wiedergabe personenbezogener Daten im Rahmen des rechtlich und tatsächlich 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.

§ 13 Abs. 5 sollte daher wie folgt lauten:

„Der Gleichstellungsplan soll nach Möglichkeit keine personenbezogenen Daten enthalten.“

11. Arbeitszeiten etc. (§ 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 der Dienststelle auch ein individueller grundrechtlicher Anspruch besteht, der ggf. eingeklagt werden kann. 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 objektiv-rechtliche Pflichten reduziert hat, auf deren Erfüllung kein klagbarer Anspruch bestehe⁵³. Nur so kann auch erreicht werden, dass die allgemeinen Angebote, die nach § 15 zu entwickeln sind, über § 16 Abs. 1 S. 2 zum Gegenstand eines individuellen Antrags gemacht und ggf. gerichtlich durchgesetzt werden können.

Die geschlechtsneutrale Fassung sichert, dass sowohl Männer wie Frauen einen Anspruch auf eine familienfreundliche Arbeitszeit und sonstige Rahmenbedingungen haben.

§ 15 S. 1 sollte deshalb lauten:

„Die Dienststellen haben zur Gewährleistung des Rechts auf Gleichberechtigung Arbeitszeiten und sonstige Rahmenbedingungen anzubieten, die Frauen und Männern die Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Berufstätigkeit erleichtern, soweit zwingende dienstliche Belange nicht entgegenstehen.“

⁵³ Vgl. BVerwG U. v. 31.1.2008 – 2 C 31.06 – GiP 6/2008, 38 mit abl. Anm. v. Roetteken = BGleiG-ES E.II.2.2 § 13 BGleiG Nr. 3 Rn. 18 ff.; zur Kritik s. auch v. Roetteken ZTR 2009, 121 – Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie nach dem Bundesgleichstellungsgesetz

12. Teilzeitbeschäftigung etc. (§ 16)

In § 16 Abs. 1 S. 2 sollte hinter dem Begriff der „dienstlichen Möglichkeiten“ ein Verweis auf § 15 angefügt werden, um deutlich zu machen, dass der Begriff der dienstlichen Möglichkeiten nicht allgemein auf das – vermeintlich unbeschränkte - Organisationsermessen der Dienststelle abstellt, sondern auf das durch § 15 im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG in erheblichem Umfang eingeschränkte Ermessen. Zudem sollte zusätzlich zu dem Begriff der Arbeitszeiten auch der Begriff der Präsenzzeiten eingefügt werden, um auch diese Variante der flexiblen Arbeitszeitgestaltung als Mittel der besseren Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Pflege hervorzuheben.

§ 16 Abs. 1 S. 2 sollte deshalb lauten:

„Im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten (§ 15) haben die Dienststellen den Beschäftigten mit Familien- und Pflegeaufgaben auch Telearbeitsplätze, mobile Arbeitsplätze oder familien- oder pflegefreundliche Arbeitszeit- und Präsenzmodelle anzubieten.“

13. Wechsel zur Vollzeitbeschäftigung etc. (§ 17)

a) Vorrang für Aufstocker oder Beurlaubte (§ 17 Abs. 1)

§ 17 Abs. 1 muss infolge der vorgeschlagenen Änderung von § 8 angepasst werden, um Wertungswidersprüche innerhalb des Gesetzes zu vermeiden. Kommt es für den Vorrang von Frauen nach § 8 darauf an, dass ein männlicher Konkurrent nicht offensichtlich besser geeignet ist, muss das auch im Rahmen von § 17 Abs. 1 gelten. Zudem muss auch der Konflikt aufgelöst werden, wenn ein Mann und eine Frau die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 erfüllen. Im Hinblick auf das Ziel, die Unterrepräsentanz abzubauen, ist es folgerichtig, in einer solchen Auswahl-situation § 8 vorrangig anzuwenden.

§ 17 Abs. 1 sollte daher lauten:

„(1) Bei der Besetzung von Arbeitsplätzen müssen unter vorrangiger Beachtung von § 8 bevorzugt berücksichtigt werden

1. Teilzeitbeschäftigte mit Familien- und Pflegeaufgaben, die eine Vollzeitbeschäftigung oder eine Erhöhung ihrer Arbeitszeit beantragen, sowie

2. beurlaubte Beschäftigte, die während der Beurlaubung Familien- oder Pflegeaufgaben wahrgenommen haben und eine vorzeitige Rückkehr aus der Beurlaubung beantragen,

wenn nicht ein anderer Bewerber oder eine andere Bewerberin offensichtlich besser qualifiziert ist."

b) Erleichterungen (§ 17 Abs. 2)

§ 17 Abs. 2 Nr. 2 ist nicht mit § 16 Abs. 1 S. 1 synchronisiert. Folgerichtig wäre es, dort zunächst auf § 16 Abs. 1 S. 1 BGlG (neu) und erst danach auf das TzBfG zu verweisen. Zudem ist auch bezüglich der Verweisung auf das TzBfG deutlich zu machen, dass nur zwingende dienstliche Gründe einer Teilzeitbeschäftigung entgegenstehen können, wie dies bereits in § 6 Abs. 1 S. 4 geregelt ist. Auch insoweit ist die nötige Folgerichtigkeit innerhalb des Gesetzes herzustellen.

§ 17 Abs. 2 Nr. 2 sollte daher lauten:

„2. die Möglichkeit einer Teilzeitbeschäftigung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 oder dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, soweit zwingende dienstliche Belange nicht entgegenstehen,“

In § 17 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 sollte verdeutlicht werden, dass eine Urlaubs- oder Krankheitsvertretung durch beurlaubte Beschäftigte der Beurlaubung im Übrigen nicht unterbricht, diese also nicht etwa endet und anschließend neu beantragt und bewilligt bzw. vereinbart werden muss.

§ 17 Abs. 2 Nr. 5 sollte daher lauten:

„5. das Angebot von Urlaubs- oder Krankheitsvertretungen ohne Unterbrechung der der Beurlaubung im Übrigen.“

14. Verbot von Benachteiligungen (§ 18)

a) Benachteiligungsverbot (§ 18 Abs. 1)

§ 18 Abs. 1 ist lückenhaft.

In § 18 Abs. 1 Nr. 2 muss auch die Teilnahme an flexiblen Arbeits- und Präsenzzeiten erfasst werden, da mit Bezug darauf ebenfalls Benachteiligungen erfolgen.

§ 18 Abs. 1 Nr. 2 sollte daher lauten:

„2. Telearbeit, mobiles Arbeiten, Teilnahme an flexiblen Arbeits- oder Präsenzzeiten,“

§ 18 Abs. 1 Nr. 3 ist sowohl im Hinblick auf § 7 Abs. 2 wie auch in Bezug auf Art. 14 Abs. 1 RL 2006/54/EG lückenhaft. In § 18 Abs. 1 Nr. 3 ist neben der bestehenden auch die geplante Schwangerschaft aufzuführen, da der EuGH⁵⁴ das Diskriminierungsverbot des Art. 14 Abs. 1 RL 2006/54/EG auch auf diese Situationen bezieht. Dies ist im nationalen Recht umzusetzen.

§ 18 Abs. 1 Nr. 3 sollte daher lauten:

„3. Vorstellungen zur Familienplanung einschließlich einer bestehenden Schwangerschaft,“

b) Gleichzustellende Zeiten ohne Beschäftigung (§ 17 Abs. 3)

§ 18 Abs. 3 darf nicht hinter die derzeit in § 15 Abs. 3, 4 BGleIG enthaltenen Regelungen zurückfallen. Zudem müssen Art. 15 RL 2006/54/EG und § 5 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der RL 2010/18/EU umgesetzt werden. Dazu bedarf es im nationalen Recht einer Vorschrift, die entsprechende individuelle Ansprüche begründet. Es genügt insoweit nicht, auf das allgemeine Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG zu vertrauen oder darauf zu verweisen. Der EuGH⁵⁵ hat festgestellt, dass Art. 15 RL 2006/54/EG eine dem allgemeinen Diskriminierungsverbot in Art. 14 Abs. 1 RL 2006/54/EG vorgehende Spezialregelung enthält. Das ist BGleIG nachzuvollziehen⁵⁶.

§ 18 Abs. 3 sollte zudem statusgruppenübergreifend und damit einheitlich ausgestaltet werden, sodass beamtenrechtliche Sonderregelungen entbehrlich werden.

Ferner bedarf es zur Anerkennung der Gleichwertigkeit des oft unterschiedlichen Verlaufs der beruflichen Entwicklung von Männern und Frauen im Hinblick auf die Unterbrechungen von Erwerbstätigkeiten mit Rücksicht auf familiäre oder pflegerische Aufgaben einer kompensatorischen Anerkennung im Bereich der Erfahrungsstufen des Besoldungs- und Tarifrechts, da die genannten Tätigkeiten immer noch überwiegend von Frauen wahrgenommen werden. Eine solche Anerkennung bewirkt entsprechend Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG einen konkreten Nachteilsausgleich und deshalb verfassungsrechtlich geboten.

⁵⁴ 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“

⁵⁵ U. v. 6.3.2012 – Rs. C-595/12 – NZA 2014, 715, 717 Rn. 29 – „Napoli“

⁵⁶ Eine dahingehende Umsetzung ist im Übrigen auch im sonstigen Arbeits- und Dienstrecht vorzunehmen.

Das hinzutretende Gebot einer fiktiven Nachzeichnung der Qualifikation im Hinblick auf derartige Unterbrechungen des Berufslebens übernimmt die Auslegung landesrechtlicher Bestimmungen durch das OVG NW⁵⁷.

§ 18 Abs. 3 sollte daher 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. Entsprechendes gilt für die Berechnung von Zeiten eines Aufstiegs in den Erfahrungsstufen eines Besoldungs- oder Entgeltsystems, vergleichbaren Zeiten für einen Bewährungs- oder Zeitaufstieg.“

15. Wahl (§ 19)

a) Zeitpunkt der Wahl (§ 19 Abs. 1)

In § 19 Abs. 1 S. 3 sollten nach dem Wort „findet“ die Worte „zum gleichen Zeitpunkt“ eingefügt werden, um dadurch klarzustellen, dass die getrennten Wahlgänge zeitgleich und nicht etwa nacheinander stattfinden. Damit wird die in der Entwurfsbegründung enthaltene Absicht konkretisiert und klar erkennbar zum Norminhalt gemacht. Entsprechendes gilt für den Zusatz, dass eine Bewerbung nur für eines der beiden Ämter erfolgen darf. Auch insoweit wird die Entwurfsbegründung aufgenommen und normativ abgesichert.

⁵⁷ OVG NW B. v. 1.6.2005 – 6 B 689/05 – GiP 5/2005, 40 = BGleIG-ES E.IV.10.2 § 85a LBG NW Nr. 1; 4.4.2007 – 6 B 57/07 – ZBR 2007, 421 = BGleIG-ES E.III.3.2 Art. 3 RL 76/207/EWG Nr. 6

Andererseits sollte die Möglichkeit einer Ticketbewerbung eröffnet werden, sodass sich Beschäftigte als Team für das Amt einer Gleichstellungsbeauftragten und als Stellvertreterin bewerben und dementsprechend auch gewählt werden können.

Ferner ist in § 19 Abs. 1 klarzustellen, dass in jeder Gemeinsamen Einrichtung i. S. d. § 44b SGB II entsprechend § 44j S. 1 SGB II eine Gleichstellungsbeauftragte bestellt wird. Dies wäre durch die Ergänzung von § 19 Abs. 1 S. 2 zu regeln.

§ 19 Abs. 1 S. 2-5 sollte deshalb lauten:

„Satz 1 gilt auch für oberste Bundesbehörden und Gemeinsamen Einrichtungen mit in der Regel weniger als 100 Beschäftigten. Die Wahlen finden in getrennten Wahlgängen zum gleichen Zeitpunkt unter Beachtung der allgemeinen Wahlrechtsgrundsätze statt. Beschäftigte können sich nur für eines der beiden Ämter bewerben. Zulässig sind neben Einzelbewerbungen für eines der beiden Ämter auch Wahlbewerbungen, die eine einheitliche Wahlbewerbung von zwei Beschäftigten für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten einerseits und das Amt ihrer Stellvertreterin andererseits enthalten.“

b) Sonderregelung für kleinere Dienststellen (§ 19 Abs. 1a neu)

Für kleine Dienststellen sollte in Präzisierung der in der Entwurfsbegründung enthaltenen Begründung eine Auffangregelung aufgenommen werden, die eine Bestellung von Gleichstellungsbeauftragten im Ermessenswege gestattet. Dies verbessert die Rechtssicherheit und schafft für einzelnen Dienststellen mehr Klarheit.

Als § 19 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. Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt.“

c) Verringerung der Zahl von Gleichstellungsbeauftragten (§ 19 Abs. 3)

§ 19 Abs. 3 sollte um eine Regelung ergänzt werden, die bei einer Verringerung Zahl von Gleichstellungsbeauftragten, insbesondere durch die Zusammenfassung

mehrerer Dienststellen zu einem „Gleichstellungsbezirk“, die Arbeitsfähigkeit der nun für mehrere Dienststellen zuständigen Gleichstellungsbeauftragten bereits zu Beginn ihrer Amtszeit sicherstellt. Insoweit sind mir aus der bisherigen Praxis teilweise erhebliche Defizite bekannt geworden. Es muss vermieden werden, dass – wie leider in Praxis häufiger anzutreffen – zunächst nur die Zahl der zu bestellenden Gleichstellungsbeauftragten verringert wird, und die gesetzlich geschuldete Ausstattung und Entlastung nur teilweise oder nur mit erheblicher Verzögerung bereit gestellt wird.

In § 19 Abs. 3 sollte als weiterer Satz angefügt werden:

„Von 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 wird, die den Anforderungen an die Entlastung und 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. Weitergehende Ansprüche der Gleichstellungsbeauftragten nach § 29 bleiben unberührt.“

d) Mehrere Stellvertreterinnen (§ 19 Abs. 4)

Die Regelung in § 19 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 im entsprechenden Umfang 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 zu ihrer Betrauung mit Aufgaben einer Gleichstellungsbeauftragten nach meinen Erfahrungen aus Praxis zu erheblichen Konflikten untereinander und damit zu mangelnder Effizienz in der Amtsausübung führen, also das Gegenteil dessen bewirken, was nach der Entwurfsbegründung angestrebt wird. 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 dem zweitbesten Wahlergebnis usw. zu bestellen wäre. Insoweit würde dann das Modell der Ersatzmitgliedschaft des Personalvertretungsrechts übernommen. Insoweit könnte § 22 Abs. 1 S. 2 entsprechend modifiziert werden.

In den nachfolgenden Vorschlägen gehe ich davon aus, dass § 19 Abs. 4 gestrichen wird.

16. Bestellung (§ 20)

§ 20 Abs. 1 S. 2 ist im Verhältnis zum geltenden Recht lückenhaft, da das Verbot einer gleichzeitigen anderweitigen Zuständigkeit der Gleichstellungsbeauftragten in Personalangelegenheiten als Bestellungs voraussetzung nicht folgerichtig umgesetzt ist. Auch werden die Konstellationen einer Ersatzmitgliedschaft im Personalrat nicht erfasst.

§ 20 Abs. 1 S. 2 sollte daher lauten:

„Die Bestellung setzt voraus, dass die gewählte Beschäftigte weder einer Personalvertretung noch einer Schwerbehindertenvertretung angehört, eine eventuelle Ersatzmitgliedschaft beendet ist, und die gewählte Beschäftigte von jeder sonstigen Zuständigkeit zur Entscheidung oder Vorbereitung personeller Angelegenheiten entbunden wird; § 24 Absatz 2 Satz 2 bleibt unberührt.“

§ 20 Abs. 3 S. 1 ist anzupassen, wenn auf die Bestellung mehrerer Stellvertreterinnen verzichtet wird.

§ 20 Abs. 3 S. 1 müsste dann wie folgt lauten:

„(3) Findet sich für die Wahl der Stellvertreterin keine Kandidatin, oder ist nach der Wahl keine Kandidatin gewählt, bestellt die Dienststellenleitung die Stellvertreterin auf Vorschlag der Gleichstellungsbeauftragten von Amts wegen.“

In § 20 Abs. 4 S. 2 müsste eine Regelung eingefügt werden, die den Besonderheiten Rechnung trägt, die sich aus der Anwendung von § 19 Abs. 3 ergeben können. So wird z. B. im Bereich der Bundesagentur für Arbeit für mehrere Agenturen nur eine Gleichstellungsbeauftragte bestellt, in der Regel bei derjenigen Agentur, bei der die Geschäftsführung Interner Service angesiedelt ist. Da die anderen Agenturen nach wie vor selbstständige Dienststellen und keine bloßen

Nebenstellen einer anderen Dienststelle sind, können jene Dienststellen über die Regelungen mit Bezug auf eine Neben- oder Außenstelle bzw. einen weit entfernt liegenden Teil der Dienststelle nicht erfasst werden. Das hätte zur Folge, dass in solchen zu einem Gleichstellungsbezirk zusammengefassten, organisatorisch aber nach wie vor im Übrigen selbstständigen Dienststellen keine Vertrauensfrauen bestellt werden könnten. Dies widerspricht der gegenwärtigen Praxis. Daher sollte auch künftig die Möglichkeit bestehen, in derartigen Fällen Vertrauensfrauen zu bestellen. Im Übrigen handelt es sich um eine Folgeänderung zu § 26 Abs. 4 S. 4, in der mit Bezug auf § 19 Abs. 3 von „örtlichen Dienststellen“ die Rede ist. Es ist daher nur konsequent, diesen vom Entwurf offenbar geteilten Gedanken im Gesetzestext zum Ausdruck zu bringen.

Nach § 20 Abs. 4 S. 2 müsste deshalb angefügt werden:

„Als Nebenstellen im Sinne von Satz 1 gelten auch diejenigen Dienststellen, in denen bei Anwendung des § 19 Absatz 3 keine eigene Gleichstellungsbeauftragte bestellt wird.“

Das bisherige Recht kennt im Unterschied zu einigen Landesgesetzen⁵⁸ keine Möglichkeit, eine Gleichstellungsbeauftragte oder ihrer Stellvertreterin vorzeitig aus ihrem Amt abzuberufen. Eine solche Möglichkeit sollte jedoch bestehen, da sie grundsätzlich für jedes öffentliche Amt vorhanden ist bzw. sein muss. Eine entsprechende Regelung könnte in Anlehnung an § 28 Abs. 1 S. 3 BPersVG geschaffen werden.

§ 20 Abs. 5 neu sollte wie folgt lauten:

„(5) Die Dienststellenleitung oder ein Viertel der Wahlberechtigten können beim Arbeitsgericht den Widerruf der Bestellung der Gleichstellungsbeauftragten beantragen. Das Gericht darf den Widerruf nur verfügen, wenn die Gleichstellungsbeauftragte ihre Pflichten aus diesem Amt grob verletzt oder vernachlässigt hat. Gleiches gilt für den Widerruf der Bestellung der Stellvertreterin. Das Arbeitsgericht entscheidet im Beschlussverfahren.“

17. Wahlanfechtung (§ 21)

Entscheidet man sich für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, wäre § 21 Abs. 3 entsprechend anzupassen und müsste dann wie folgt lauten:

⁵⁸ Z. B. § 15 Abs. 2 HGIG

„(3) Die Wahlanfechtung muss beim Arbeitsgericht innerhalb von zwölf Arbeitstagen nach der Bekanntgabe des Wahlergebnisses erfolgen. Das Arbeitsgericht entscheidet im Beschlussverfahren.“

18. Rechtsstellung (§ 24)

Für die Praxis und das für die Amtsausübung notwendige Renommee wäre eine Klarstellung im Gesetz außerordentlich hilfreich, nach der die Gleichstellungsbeauftragte aufgrund ihrer Aufgabenstellung und ihrer unmittelbaren Zuordnung zur Dienststellenleitung kraft Gesetzes als Führungskraft der Dienststelle tätig wird. Zugleich sollte eine Regelung für diejenigen Fälle getroffen werden, in denen die Gleichstellungsbeauftragte für mehrere Dienststellen zuständig ist.

§ 24 Abs. 1 sollte dann wie folgt lauten:

„(1) Die Gleichstellungsbeauftragte gehört der Personalverwaltung an und wird als Führungskraft der Dienststellenleitung unmittelbar zugeordnet. Ist die Gleichstellungsbeauftragte für mehrere Dienststellen zuständig, gehört sie der Personalverwaltung jeder Dienststelle dieses Zuständigkeitsbereichs an und ist zugleich jeder Leitung der entsprechenden Dienststellen zugeordnet. Bei obersten Bundesbehörden ist auch eine Zuordnung zur Leitung der Zentralabteilung zulässig.“

19. Aufgaben etc. (§ 25)

a) Allgemeine Aufgaben und Pflichten (§ 25 Abs. 1)

In § 25 Abs. 1 muss präzisiert werden, dass die Aufgabenstellung der Gleichstellungsbeauftragten sich auf den Vollzug aller gleichstellungsrechtlichen Vorschriften bezieht, soweit diese auf das Geschlecht abstellen.

Zugleich sollte die Zuweisung der Aufgabenstellung mit einer entsprechenden Pflichtenstellung verbunden werden.

Ferner ist klarzustellen, dass die Aufgaben der Gleichstellungsbeauftragten sich auch darauf beziehen, wie nach einer erfolgten Benachteiligung einzelner Personen verfahren wird, insbesondere um Wiedergutmachung zu leisten oder angemessene Sanktionen zu ergreifen. Das ist vor allem bei Belästigungen wegen des Geschlechts oder sexuellen Belästigungen von Bedeutung.

§ 25 Abs. 1 sollte daher lauten:

„(1) Die Gleichstellungsbeauftragte hat die Aufgabe und die Pflicht, den Vollzug

dieses Gesetzes, des Bundesgremienbesetzungsgesetzes und anderer gleichstellungsrechtlicher Vorschriften zum Schutz vor Benachteiligungen wegen des Geschlechts zu fördern und zu überwachen. Dies schließt die Wiedergutmachung eingetretener Benachteiligungen und deren Sanktionierung ein, insbesondere bei sexueller Belästigung, und erfasst darüber hinaus die Belange von Frauen, die behindert sind oder von einer Behinderung bedroht sind."

b) Aufgabenkatalog (§ 25 Abs. 2)

In § 25 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 aus Eigeninitiative der Gleichstellungsbeauftragten stattfinden kann. Zudem sollte der Katalog der Pflichten- und Aufgabensstellung in Abs. 1 angepasst werden.

§ 25 Abs. 2 Nr. 1 sollte daher wie folgt lauten:

„1. aus eigener Initiative oder Anfrage der die Dienststelle diese dabei zu unterstützen, die Ziele dieses Gesetzes, des Bundesgremienbesetzungsgesetzes oder anderer gleichstellungsrechtlicher Vorschriften zu erreichen, den Gleichstellungsplan umzusetzen und an der Erfüllung der allgemeinen Pflichten des § 4 mitzuwirken,“

In § 25 Abs. 2 Nr. 2 sollte einerseits der Charakter eines generalklauselartig gefassten Beteiligungsrechts entsprechend § 27 zum Ausdruck gebracht werden. Andererseits sollte hier verdeutlicht werden, dass sich dieses umfassende angelegte Mitwirkungsrecht auf die Wahrnehmung gleichstellungspolitischer Ziele beschränkt und sich insoweit von Befugnissen der Personalvertretungen unterscheidet, bei denen die Wahrung der Ziele des Gleichstellungsrechts nur eine von mehreren Aufgaben ist.

§ 25 Abs. 2 Nr. 2 sollte daher wie folgt gefasst werden:

„2. bei allen personellen, organisatorischen oder sozialen Angelegenheiten entsprechend § 27 mit dem Ziel mitwirken, die Ziele dieses Gesetzes, des Bundesgremienbesetzungsgesetzes und anderer gleichstellungsrechtlicher Vorschriften mit Bezug auf das Geschlecht besser zu erreichen, Benachteiligungen wegen des Geschlechts zu verhindern, eingetretene entsprechende Benachteiligungen wiedergutzumachen oder zu ahnden, die Unterrepräsentanz von Frauen abzubauen, die Beschäftigten in ihrem Ziel einer besseren Vereinbarkeit von Beruf und

Familie oder Pflege zu unterstützen, sexuelle Belästigungen aufzuklären und die nötigen Vorkehrungen zur ihrer künftigen Unterbindung einschließlich angemessener und erforderlicher Sanktionen zu ergreifen,“

In § 25 Abs. 3 S. 1 sollte entsprechend den Absichten der Entwurfsbegründung im Wortlaut der Regelung klargestellt werden, dass eine Versammlung weiblicher Beschäftigter mindestens einmal jährlich durchgeführt wird.

c) Sprechstunden etc. (§ 25 Abs. 3)

§ 25 Abs. 3 S. 1 sollte daher lauten:

„(3) Die Gleichstellungsbeauftragte kann Sprechstunden abhalten und soll mindestens einmal im Jahr Versammlungen weiblicher Beschäftigter der Dienststelle durchführen.“

In § 25 Abs. 3 S. 3 sollte klargestellt werden, dass die Gleichstellungsbeauftragte in allen Personalversammlungen, die innerhalb ihres mehrere Dienststellen umfassenden Zuständigkeitsbereichs stattfinden, ein Teilnahme- und Rederecht hat.

§ 25 Abs. 3 S. 3 sollte daher lauten:

„Die Gleichstellungsbeauftragte kann an Personalversammlungen in Dienststellen ihres Zuständigkeitsbereichs teilnehmen und hat dort ein Rederecht.“

Davon ausgehend kann § 25 Abs. 4 S. 2 gestrichen werden.

d) Informationsaustausch (§ 23 Abs. 5)

§ 23 Abs. 5 sollte um zwei weitere Sätze ergänzt werden, um einerseits den in der Praxis bereits gelebten Informations- und Erfahrungsaustausch auf regionaler Ebene in das Gesetz einzubeziehen, andererseits für vereinzelt Gleichstellungsbeauftragten der Jobcenter eine Plattform für einen eigenständigen Informations- und Erfahrungsaustausch zu eröffnen. Diese Gleichstellungsbeauftragten haben keine ihnen „übergeordnete“ Koordinationseinheit, die nach derzeitiger Rechtslage zu einer Koordination des Erfahrungs- und Informationsaustauschs in der Lage wäre. Diesem Mangel sollte das künftige Recht abhelfen.

§ 25 Abs. 5 sollte daher um die S. 2, 3 ergänzt werden:

„Entsprechendes gilt für die Gleichstellungsbeauftragten von Mittelbehörden. Für die Gleichstellungsbeauftragten der Gemeinsamen Einrichtungen nach § 44b

Sozialgesetzbuch Zweites Buch führt die Gleichstellungsbeauftragte des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung den bundesweiten Informations- und Erfahrungsaustausch durch; auf regionaler Ebene sind die Gleichstellungsbeauftragten der Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit zuständig."

20. Aufgaben der Stellvertreterin (§ 26)

a) Aufgabendelegation (§ 26 Abs. 2)

Übernimmt man meinen Vorschlag, auf die Bestellung mehrerer Stellvertreterinnen zu verzichten, müsste § 27 Abs. 2 entsprechend angepasst werden. Zudem ist zu regeln, dass im Falle eines Teilentzugs von Aufgaben sich die Frage neu stellen kann, ob die Stellvertreterin mit der verbliebenen Teildelegation von Aufgaben überhaupt noch einverstanden ist.

§ 26 Abs. 2 sollte daher lauten:

„(1) Abweichend von Absatz 1 kann die Gleichstellungsbeauftragte ihrer Stellvertreterin mit deren Einverständnis einen Teil der Aufgaben (§ 25) zur eigenständigen Erledigung übertragen. Für die Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben gilt § 24 Absatz 2 Satz 2 entsprechend. Eine Aufhebung der Aufgabenübertragung ist jederzeit ohne Zustimmung der Stellvertreterin zulässig. Erfolgt nur eine Teilaufhebung, muss die Stellvertreterin mit dem Umfang verbliebenen Aufgabenübertragung einverstanden sein."

b) Vertrauensfrauen (§ 26 Abs. 4)

Die Befugnisse der Vertrauensfrauen sollten unter den im Entwurf genannten Voraussetzungen dahin erweitert werden, dass sie im Auftrag der Gleichstellungsbeauftragten auch an den Entscheidungsprozessen i. S. d. § 30 Abs. 2 S. 3 teilnehmen können. Dies entspricht praktischen Bedürfnissen angesichts der meist zu kargen Entlastung der Gleichstellungsbeauftragten. Zudem ist gerade dann, wenn nach dem Gesetz die Bestellung einer Vertrauensfrau geboten ist oder in Betracht kommt, eine Präsenz der Gleichstellungsbeauftragten in jeder örtlichen Dienststelle, Nebenstelle etc. oft aus rein praktischen Gründen nicht möglich. Soweit in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten wird, auch die Ausübung des Teilnahmerechts nach § 30 Abs. 2 S. 3 müsse der Gleichstellungsbeauftragten vorbehalten bleiben, weil nur sie das Mitwirkungsrecht ausüben könne, wird verkannt, dass die Ausübung des Teilnahmerechts der Ausübung des Mitwirkungsrechts

vorausgeht⁵⁹ und im derzeit geltenden Recht wie im Entwurf „nur“ als Teil der umfassend verstandenen Informationsverpflichtungen der Dienststelle ausgestaltet ist.

§ 26 Abs. 4 S. 3 sollte daher lauten:

„Sind sowohl die Gleichstellungsbeauftragte als auch ihre Stellvertreterinnen verhindert, kann die Vertrauensfrau im Auftrag der Gleichstellungsbeauftragten an Vorstellungsgesprächen, besonderen Auswahlverfahren oder Sitzungen von Auswahlkommissionen teilnehmen oder das Teilnahmerecht der Gleichstellungsbeauftragten nach § 30 Abs. 2 Satz 3 wahrnehmen; die Ausübung des Mitwirkungsrechts nach § 32 bleibt der Gleichstellungsbeauftragten vorbehalten.“ (Einfügung unterstrichen)

21. Beteiligung etc. (§ 27)

a) Mitwirkungsrecht (§ 27 Abs. 1)

Es sollte entsprechend dem derzeit geltenden Recht klarer zwischen der die Beteiligung an Entscheidungen abschließenden Mitwirkung einerseits und der auf den vorbereitenden Entscheidungsprozess bezogenen möglichen aktiven Teilnahme unterschieden werden. Es handelt sich zwei unterschiedliche Sachverhalte. Zeitlich und sachlich gesehen stellt die ggf. aktive Teilnahme der Gleichstellungsbeauftragten am vorbereitenden Entscheidungsprozess den ersten Schritt dar. Diese Teilnahme zielt jedoch nicht unmittelbar auf das Ergebnis, das mit dem Abschluss des Entscheidungsprozesses aufseiten der Dienststelle erzielt wird. Nur dieses abschließende Ergebnis kann den Gegenstand der auf Entscheidungen bezogenen Mitwirkung sein. Dem entspricht, dass der Gleichstellungsbeauftragten lediglich die Möglichkeit anzubieten ist, sich freiwillig am Entscheidungsprozess zu beteiligen. Dagegen ist ihre Mitwirkung, bezogen auf das Ergebnis des Entscheidungsprozesses obligatorisch. Der Entwurfsfassung gelingt diese von der Rechtsprechung des BVerwG herausgearbeitete Trennung der beiden Verfahrensabschnitte nicht ausreichend, obwohl die Entwurfsbegründung diese Trennung ebenfalls sieht. Aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Vermeidung überflüssiger Auslegungstreitigkeiten sollte daher eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext vorgenommen werden.

⁵⁹ BVerwG U. v. 8.4.2010 – 6 C 3.09 – GiP 4/2010, 44 = BGleIG-ES E.II.2.2 § 20 BGleIG Nr. 9 Rn. 20

Im Hinblick auf die Fassung der Klagegründe in § 34 Abs. 2 Nr. 1 sollte zur Klarstellung ferner zum Ausdruck gebracht werden, dass der Gleichstellungsbeauftragten ein organschaftliches Recht auf Mitwirkung zusteht.

Im Übrigen sollte sich das BGleiG vom Begriff der Maßnahme lösen, da es im Gleichstellungsrecht nicht nur um Entscheidungen gehen kann, die – als Maßnahme - den Rechtsstand von Beschäftigten verändern sollen, sondern oft schon darum, dass durch bestimmte Entscheidungen an vorhandenen Strukturen und Zuständen nichts geändert wird, obwohl zu deren Veränderung Entscheidungsprozesse eingeleitet wurden. In der Rechtsprechung wird zwischen Maßnahme und Entscheidung differenziert, sodass die unbedachte Verwendung des Begriffs der Maßnahme zu entsprechenden rechtstechnischen, gleichwohl unerwünschten Folgen führen kann.

Schließlich soll der Gegenstand der Mitwirkung an der Vorbereitung von Entscheidungen in personellen Angelegenheiten deutlicher gefasst und damit für die Praxis leichter handhabbar gemacht werden. Es geht um die genaue Erfassung der bisher schon vom Mitwirkungsrecht erfassten Zwischenentscheidungen innerhalb eines Verfahrens, das auf eine abschließende Entscheidung in einer personellen Angelegenheit zielt. Bedeutung hat dies vor allem für Auswahlverfahren, um die Zwischenentscheidungen zur Ausschreibung, Vorsortierung der Bewerbungen, zur Festlegung der für ein Vorstellungsgespräch einzuladenden Personen, die Themenstellung des Vorstellungsgesprächs, die Zusammensetzung von Auswahlkommissionen etc. für die Ausübung des Mitwirkungsrechts zu erfassen.

§ 27 Abs. 1 sollte daher lauten:

„(1) Die Gleichstellungsbeauftragte hat gegenüber einer Dienststelle in ihrem Zuständigkeitsbereich zur Erfüllung ihrer Aufgaben (§ 25) das Recht auf frühzeitige Mitwirkung an Entscheidungen der Dienststelle in allen personellen, organisatorischen und sozialen Angelegenheiten. Bei personellen Angelegenheiten bezieht sich das Mitwirkungsrecht auch auf die Zwischenentscheidungen, die zur Vorbereitung einer die jeweilige Angelegenheit abschließenden Entscheidung ergehen. Zu den der Mitwirkung unterliegenden Angelegenheiten gehören unter anderem.

- 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. *eine Abmahnung,*
7. *die Einleitung und der Abschluss von Disziplinarverfahren,*
8. *eine vorläufige Dienstenthebung, ein Verbot der Führung der Dienstgeschäfte,*
9. *eine vorzeitige Beendigung der Beschäftigung, insbesondere Kündigung, Entlassung, Versetzung in den Ruhestand oder Abschluss eines Aufhebungsvertrages,*
10. *die Änderung eines Arbeitsvertrages,*
11. *die Abfassung oder Änderung von Beurteilungsrichtlinien,*
12. *die Teilnahme an gemeinsamen Besprechungen zur Sicherstellung einer einheitlichen Handhabung von Beurteilungsrichtlinien in der Dienststelle oder im Geltungsbereich der jeweiligen Richtlinien,*
13. *die Besetzung von Gremien einschließlich Auswahlkommissionen,*
14. *die Teilnahme am Verfahren zur Besetzung von Gremien nach Maßgabe des Bundesgremienbesetzungsgesetzes,*
15. *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 Entwurfsbegründung im Übrigen zutreffend betont, ist die konkrete Abklärung der Frage, ob und in welchem 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. Die vorgeschlagene Fassung bringt auf diese Weise die laut Entwurfsbegründung verfolgten Ziele lediglich klarer zum Ausdruck und vermeidet Fehlinterpretationen in der Praxis. Die im Entwurf vorgeschlagene Fassung könnte jedoch zu derartigen fehlerhaften Auslegungen führen, wie meine vielfältigen Erfahrungen mit der Behördenpraxis zeigen.

Die Begrenzung der Ausübung des umfassend angelegten Mitwirkungsrechts auf die Prüfung und Geltendmachung von Gleichstellungsbelangen folgt aus der Aufgabenbeschreibung in § 25 Abs. 2 Nr. 2 in der hier vorgeschlagenen Fassung. Dieser innere Zusammenhang wird durch den ausdrücklichen Verweis auf die Aufgaben lt. § 25 noch einmal aufgenommen.

b) Zeitpunkt der Mitwirkung (§ 27 Abs. 2)

Da der Entwurf insbesondere bei der Definition des Begriffs der frühzeitigen Beteiligung nicht hinreichend zwischen den vorbereitenden Entscheidungsprozessen i. S. d. § 30 Abs. 2 S. 3 einerseits und den dies Prozesse abschließenden und der Mitwirkung unterliegenden Entscheidungen andererseits unterscheidet, ist in Übereinstimmung mit dem grundsätzlich im Entwurf verfolgten Ziel eine veränderte Begriffsbestimmung nötig. Sie wird die gewünschte höhere Rechtssicherheit vermitteln können.

§ 27 Abs. 2 sollte daher lauten:

„(2) Frühzeitig ist eine Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten nach Absatz 1 dann, wenn bereits unmittelbar nach vorläufiger Entscheidungsfindung aufseiten der Dienststelle die Gleichstellungsbeauftragte zur Ausübung ihres Mitwirkungsrechts durch Abgabe eines Votums aufgefordert wird. Die Teilnahme an einem vorbereitenden Entscheidungsprozess (§ 30 Absatz 2 Satz 3) stellt keine Ausübung des Mitwirkungsrechts dar. Das entsprechende Recht besteht unabhängig vom Mitwirkungsrecht.“

c) Verhältnis zu den Beteiligungsrechten der Interessenvertretungen (§ 27 Abs. 3)

§ 27 Abs. 3 S. 1 stellt in Kern eine Regelung des Personalvertretungs- bzw. Schwerbehindertenrechts dar. Es ist nämlich die Aufgabe dieser Interessenvertretungen, darüber zu wachen, ob die gleichstellungsrechtlichen Bestimmungen, d. h. hier die des BGleG, eingehalten werden. Das gilt auch für die Frage, ob das Mitwirkungsrecht der Gleichstellungsbeauftragten beachtet und das Mitwirkungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Stellt sich diese Frage bei einer der Beteiligung der Interessenvertretung unterliegenden Entscheidung, können die Interessenvertretungen einer solchen Entscheidung unter anderem mit dem Argument entgegen treten, es fehle an der vorausgehenden ordnungs-

gemäßen Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten. Dies ist in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt⁶⁰ und in der Literatur ohne Widerspruch geblieben. Daran sollte sich entsprechend der Entwurfsbegründung auch künftig nichts ändern.

Allerdings kann sich die vorgezogene Beteiligung von Personalräten auch als ein Instrument darstellen, die Gleichstellungsbeauftragte mit dem Argument unter Druck zu setzen, der Personalrat habe einer der Mitwirkung unterliegenden Maßnahme bereits zugestimmt. Deshalb ist es sachgerecht, eine Regelung wie § 27 Abs. 3 S. 1 in das BGleIG aufzunehmen, um dadurch entsprechenden Behinderungen der Gleichstellungsbeauftragten in der Ausübung ihres Amtes vorzubeugen. Wählt man diesen Weg, darf man keine beliebigen Ausnahmen zulassen. Die Dienststellen müssen ihre Zeitplanung darauf einrichten, dass die Ausübung des Mitwirkungsrechts der Gleichstellungsbeauftragten der Ausübung der personalvertretungsrechtlichen Beteiligungsrechte vorausgeht.

Das ist allerdings nicht möglich, wenn z. B. die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB für eine außerordentliche Kündigung zu wahren ist, da insoweit in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt ist, dass Regelungen zur Beteiligung eines Betriebs- oder Personalrats die Ausschlussfrist für den Ausspruch einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nicht verlängern. Hier wird es aus praktischen Gründen erforderlich sein, eine Parallelbeteiligung von Gleichstellungsbeauftragter und Interessenvertretung(en) zuzulassen. Eine Alternative wäre es, gesetzlich zu regeln, dass die Ausschlussfrist erst nach dem Ende gesetzlich vorgeschriebener Mitwirkungs- und Beteiligungsverfahren zu laufen beginnt, sofern im Übrigen die Vorbereitung der Kündigung zügig betrieben wird.

Für fristlose Entlassungen aus dem Beamtenverhältnis stellt sich das zuvor beschriebene Problem nicht, da insoweit beamtenrechtlich keine Ausschlussfrist gilt.

Die Ausnahme vom Verbot der Parallelbeteiligung sollte sich auf die Fälle der Wahrung einer Ausschlussfrist beschränken, die höchstens einen Monat beträgt.

§ 27 Abs. 3 S. 2 sollte daher lauten:

„Von Satz 1 darf abgewichen werden, wenn eine parallele Beteiligung der Gleich-

⁶⁰ BVerwG B. v. 20.3.1996 – 6 P 7.94 – PersR 1996, 319, 321 f.

stellungsbeauftragten und einer in Satz 1 genannten Interessenvertretung bei Entscheidungen erforderlich ist, für die eine höchstens auf einen Monat festgelegte Ausschlussfrist zu wahren ist."

22. Schutzrechte (§ 28)

a) Qualifikationszuwachs (§ 28 Abs. 1 S. 2 neu)

In § 28 Abs. 1 sollte klargestellt werden, dass die Tätigkeit als Gleichstellungsbeauftragte typischerweise mit einem Qualifikationszuwachs verbunden ist, wie schon das Instrument der Aufgabenbeschreibung in Abs. 3 S. 5 deutlich macht. Der dahinter stehende Gedanke sollte zugunsten der das Amt ausübenden Beschäftigten und zur Steigerung der Attraktivität des Amtes für die Qualifikationsfeststellung nutzbar gemacht werden, da die fiktive Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs dies allein nicht leisten kann.

In § 28 Abs. 1 sollte als S. 2 deshalb 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 (Absatz 3 Satz 4) vor allem bei längerer Amtsausübung auf den Erwerb entsprechender persönlicher und fachlicher Qualifikationen geschlossen wird.“

b) Entlastung (§ 28 Abs. 2)

Bei der Bemessung der Entlastung von anderen dienstlichen Aufgaben sollte eine Synchronisation mit den auf vergleichbare Probleme zugeschnittenen Regelungen des Personalvertretungsrechts hergestellt werden. Maßgebend ist insoweit die Freistellungsstaffel des § 46 Abs. 4 BPersVG. Da der Aufgabenbereich der Gleichstellungsbeauftragten und insbesondere der Umfang ihres Mitwirkungsrechts weit über die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten der Personalräte nach Maßgabe der §§ 75 ff. BPersVG hinausgeht (Allzuständigkeit der Gleichstellungsbeauftragten), sind sowohl das derzeit geltende Recht wie auch die Entwurfsfassung verbesserungsbedürftig (Grundsatz der proaktiven Umsetzung). Soweit die Freistellungsstaffel des § 46 Abs. 4 BPersVG nicht ausgeschöpft werden kann, weil das Amt der Gleichstellungsbeauftragten ein Einpersonenunternehmen ist, muss die erforderliche Kompensation über die Zuordnung von Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern im entsprechenden Umfang erfolgen.

Die mangelnde Entlastung von Gleichstellungsbeauftragten stellt einen Kardinalfehler der bisherigen Gleichstellungspraxis in den Bundesbehörden dar. Daher sind bessere und eindeutigere Vorgaben unverzichtbar, will man tatsächlich bessere Voraussetzungen für die Arbeit der Gleichstellungsbeauftragten schaffen, wie dies die Entwurfsbegründung im Übrigen selbst anstrebt. Es ist kein nachvollziehbarer Grund erkennbar, der die gegenwärtig vorhandene und grds. fortgeschriebene Schlechterstellung der Gleichstellungsbeauftragten im Verhältnis zur deutlich besseren Rechtsstellung der Personalräte rechtfertigen kann.

Ferner muss berücksichtigt werden, in welchem Ausmaß eine Gleichstellungsbeauftragte aufgrund der Zuständigkeiten ihrer Dienststelle für Angelegenheiten von Beschäftigten in den nachgeordneten Dienststellen ebenfalls zuständig ist, ohne dass sich dieser Umfang der Aufgaben aufgrund der Zahl von Beschäftigten in derjenigen Dienststelle beurteilen lässt, für die eine Bestellung als Gleichstellungsbeauftragte erfolgt ist. Beispielsweise sind die teilweise mit Beschäftigten von etwas über 100 ausgestatteten Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit für eine Vielzahl von Personalangelegenheiten in den nachgeordneten Agenturen für Arbeit zuständig, sodass sich der Aufgabenumfang der bei der Regionaldirektion bestellten Gleichstellungsbeauftragten danach bemisst und damit deutlich höher ist, als es die Zahl der Beschäftigten der Regionaldirektion vermuten lässt. Über die im Verhältnis dazu geringe Zahl der Beschäftigten der Regionaldirektion lassen sich derartige Belastungen einer Gleichstellungsbeauftragten der Regionaldirektion deshalb nicht sachgerecht erfassen. Dem sollte durch einen entsprechenden Zusatz in § 28 Abs. 2 Rechnung getragen werden.

In § 28 Abs. 2 sollte daher lauten:

„(2) Die Gleichstellungsbeauftragte wird von anderen dienstlichen Tätigkeiten entlastet, wenn und soweit dies nach Umfang und Art der Dienststelle zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Dabei ist zugunsten der Gleichstellungsbeauftragten nicht nur auf die Zahl der Beschäftigten im unmittelbaren Zuständigkeitsbereich der Gleichstellungsbeauftragten abzustellen, sondern 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 oder andere Besonderheiten.“

Diese Präzisierung 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 klargestellt, 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. Außerdem kann so besser berücksichtigt werden, dass die Struktur des Personalkörpers durch Besonderheiten gekennzeichnet sein kann, die einen erheblichen Mehraufwand erfordern. So gehören z. B. den Gemeinsamen Einrichtungen i. S. d. § 44b SGB II, den Jobcentern, Beschäftigte von zwei Arbeitgebern bzw. Dienstherrn an, für die jeweils eigene tarifliche bzw. beamtenrechtliche Regelungen gelten. Es handelt sich damit um einen sehr vielschichtigen Personalkörper. Der Umgang mit einem solchen Personalkörper wirft erheblich mehr Probleme auf, als dies für eine im Übrigen zahlenmäßig vergleichbar große Dienststelle der „normalen“ Bundesverwaltung gilt.

In einem neuen Abs. 2a sollten die bisher in § 28 Abs. 2 S. 2 ff. enthaltenen Regelungen aufgenommen werden. Die Aufspaltung in mehrere Absätze folgt dem Modell des § 46 Abs. 3, 4 BPersVG. Dabei ist daran festzuhalten, dass jede Gleichstellungsbeauftragte in einer Dienststelle mit mindestens 100 Beschäftigten mindestens mit der Hälfte der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft von anderen dienstlichen Aufgaben entlastet wird. Allerdings ist die Entlastung als zwingend auszugestalten, da in vielen Dienststellen, auch solchen mit deutlich mehr als 100 Beschäftigten, selbst diese heute – nur für den Regelfall – vorgesehene Mindestentlastung nicht gewährt wird.

Die in § 28 Abs. 2 S. 4 des Entwurfs bei teilzeitbeschäftigten Gleichstellungsbeauftragten zwingend vorgesehene kompensierende Entlastung ihrer Stellvertreterin sollte in dieser Form aufgegeben werden. Es sollte dem gleichberechtigt die Möglichkeit an die Seite gestellt werden, dass der teilzeitbeschäftigten Gleichstellungsbeauftragten 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 miteinander harmonieren und dadurch die Effizienz der Gleichstellungsarbeit erheblich leidet. Das sollte man

nicht noch durch eine Regelung wie § 28 Abs. 2 S. 4 der Entwurfsfassung zusätzlich befördern.

§ 28 Abs. 2a neu sollte daher lauten:

„(2a) In Dienststellen mit in der Regel mindestens 100 Beschäftigten muss die Entlastung der Gleichstellungsbeauftragten mindestens im Umfang der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit einer Vollzeitkraft erfolgen. In Dienststellen mit in der Regel mehr als 300 Beschäftigten muss die Entlastung im Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit einer Vollzeitkraft erfolgen. Übt die Gleichstellungsbeauftragte eine Teilzeitbeschäftigung aus, ist der von ihr aufgrund der ermäßigten Arbeitszeit nicht in Anspruch genommene Entlastungsanteil nach Wahl der Gleichstellungsbeauftragten entweder durch die Zuteilung einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters mit entsprechendem Zeitkontingent oder durch eine entsprechende Entlastung ihrer Stellvertreterin bereitzustellen; dies gilt unabhängig von den Vorgaben zur Entlastung der Stellvertreterin in Absatz 5.“

c) Nachzeichnung (§ 28 Abs. 3)

In § 28 Abs. 3 S. 3 sollte die Nachzeichnung nicht nur auf die Personalauswahl bezogen werden, sondern auch Beförderungen, Höhergruppierungen oder die Unterstellung einer Übertragung höherwertiger Tätigkeiten einschließen. Die Beschränkung auf eine Personalauswahl würde zu dem wenig sinnvollen Ergebnis führen, dass sich eine Gleichstellungsbeauftragte auf Arbeitsplätze bewerben müsste, von denen sie und womöglich auch die Dienststellen von vornherein annehmen, dass der Arbeitsplatz nie ausgeführt werden wird, weil das Amt der Gleichstellungsbeauftragten nicht aufgegeben wird. Es macht daher keinen Sinn, derartige Phantombewerbungen vorauszusetzen. Vielmehr ist es ggf. geboten, die nach den Grundsätzen fiktiver Nachzeichnung fällige Beförderung, Höhergruppierung etc. vorzunehmen, ohne dass ein bestimmter Arbeitsplatz zugewiesen wird.

§ 28 Abs. 3 S. 3 sollte daher lauten:

„Die fiktive Nachzeichnung dient als Grundlage für Personalauswahlentscheidungen, eine Beförderung, Höhergruppierung oder die Annahme einer fiktiven Übertragung eines Arbeitsplatzes, insbesondere wenn mit ihm höherwertige Aufgaben verbunden sind, oder die Wahrnehmung eines solchen Arbeitsplatzes sonst Voraussetzung für einen beruflichen Aufstieg ist oder ihm zumindest dienlich sein kann.“

Auf die Regelung in § 28 Abs. 3 S. 4 und den dortigen Verweis auf § 33 Abs. 3 BLV sollte verzichtet werden. Die laubahnrechtliche Regelung zur fiktiven Nachzeichnung einer dienstlichen Beurteilung gilt einerseits lediglich für Beamtinnen und Beamte und steht andererseits im Widerspruch zur Neuregelung in § 28 Abs. 3 S. 2, wonach das Gebot der fiktiven Nachzeichnung in Abs. 3 S. 1 ohne Rücksicht auf den Umfang der Entlastung, d. h. den Umfang der verbliebenen anderweitigen dienstlichen Aufgaben gilt. Darin liegt eine Änderung im Vergleich zum derzeit geltenden Recht. Folgerichtig müsste dem auch § 33 Abs. 3 BLV angepasst werden, da dort eine fiktive Nachzeichnung der Beurteilung (nicht des beruflichen Werdegangs) nur für den Fall vorgesehen ist, dass der Umfang sonstiger dienstlicher Aufgaben weniger als 25% einer Vollzeitkraft beträgt. Künftig wird im Hinblick auf § 28 Abs. 3 S. 1, 2 immer eine fiktive Nachzeichnung stattfinden müssen, die sich bei einem Entlastungsumfang bis zu 75%, bezogen auf eine Vollzeitkraft, aus einer dienstlichen Beurteilung einerseits und den parallel hinzutretenden Elementen einer fiktiven Nachzeichnung andererseits zusammensetzen müssen.

Denkbar ist allenfalls eine Regelung, nach der die Notwendigkeit der Erstellung einer dienstlichen Beurteilung für Angehörige aller Statusgruppen entfällt, wenn der Umfang sonstiger dienstlicher Aufgaben weniger als 25% der Arbeitszeit einer im Übrigen vergleichbaren Vollzeitkraft beträgt.

Davon ausgehend könnte § 28 Abs. 3 S. 3 lauten:

„Die Erstellung einer dienstlichen Beurteilung hinsichtlich der neben dem Amt als Gleichstellungsbeauftragte wahrgenommenen dienstlichen Aufgaben entfällt, wenn der Umfang dieser Aufgaben weniger als ein Viertel der Arbeitszeit einer im Übrigen vergleichbaren Vollzeitkraft beträgt.“

§ 28 Abs. 5 S. 3 ist zu streichen, wenn auf die Bestellung mehrerer Stellvertreterinnen verzichtet wird.

23. Ausstattung (§ 29)

a) Personelle Ausstattung (§ 29 Abs. 1)

§ 29 Abs. 1 ist dahin zu ergänzen, dass zur personellen Ausstattung auf jeden Fall die Zuordnung von Büropersonal gehört, weil die Gleichstellungsbeauftragte ihr insgesamt geringes Zeitvolumen ausschließlich für die Sacharbeit, nicht aber für arbeitstechnische Angelegenheiten einsetzen muss. Das würde auch der Rechtslage und Praxis im Bereich des Personalvertretungsrechts entsprechen.

Allerdings wird in der Rechtsprechung⁶¹ vereinzelt der Standpunkt vertreten, dass in Dienststellen, die eine integrierte Sachbearbeitung eingeführt haben, kein Anspruch auf Büropersonal bestehe. Dies zugrunde gelegt, wäre wertvolle Arbeitszeit der Gleichstellungsbeauftragten auf die Erledigung von Aufgaben zu verwenden, die lediglich organisatorischer und bürokratischer Art sind, mit dem eigentlichen Amtsinhalt jedoch 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 anderem Personal erledigt werden. Sollte man sich nicht zur Ergänzung des Gesetzestextes verstehen, wäre es nötig, jedenfalls die Entwurfsbegründung entsprechend zu ergänzen.

In § 29 Abs. 1 sollte als S. 2 angefügt werden:

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

b) Zuordnung von Mitarbeitern, Mitarbeiterinnen (§ 29 Abs. 2)

§ 29 Abs. 2 muss im Hinblick auf die gegenteilige Auffassung in der Entwurfsbegründung dahin ergänzt werden, dass ein/e Mitarbeiter/in mit Sachbearbeitungskapazität zuzuordnen ist. Es muss sich um Beschäftigte handeln, die zumindest Aufgaben des gehobenen Dienstes wahrnehmen können, weil andernfalls eine arbeitsteilige effiziente Amtsführung unmöglich ist, berücksichtigt man die Vielzahl der mitwirkungspflichtigen Vorgänge und die mit der Beschäftigtenzahl steigende Komplexität der Aufgaben insgesamt. Die Entwurfsbegründung will der Dienststelle die Wahl lassen, ob sie im Rahmen von Abs. 3 Beschäftigte mit einer Qualifikation für Aufgaben des mittleren Dienstes oder mit einer Qualifikation des gehobenen Dienstes als Mitarbeiter/in zuordnet. Das ginge an den objektiv berechtigten Bedürfnissen der Gleichstellungsbeauftragten völlig vorbei und würde ihre bisherige Unterausstattung auf ewig festschreiben, wenn nicht die Dienststelle selbst zu einer anderen Überzeugung kommt. Nach meinen vielfältigen Erfahrungen ist neben der unzureichenden und häufig offensichtlich gesetzeswidrig niedrigen Entlastung von Gleichstellungsbeauftragten deren unzureichende personelle Ausstattung ein Grund dafür, dass sie ihre amtlichen Aufgaben nicht im gesetzlich gebotenen Maß wahrnehmen und auf entsprechendem qualitativen

⁶¹ VG Hamburg U. v. 30.10.2013 – 9 K 671/11 – BGleIG-ES E.II.2.2 § 18 BGleIG Nr. 8; dazu kritische Anmerkung v. Roetteken jurisPR-ArbR 17/2014 Anm. 5

Niveau ausfüllen können. Diese Probleme zu beheben liegt zwar im objektiven Interesse der Dienststellen. Sie handeln jedoch vielfach nicht danach. Daher müssen entsprechende gesetzliche Vorgaben erfolgen, um die mangelnde Beachtung des BGleIG besser zu unterbinden.

Im Übrigen muss sich die Zahl der Mitarbeiter/innen zumindest an der Freistellungsstaffel des § 46 Abs. 4 S. 1 BPersVG orientieren. Die bisher insoweit bestehenden Wertungswidersprüche müssen auch im Hinblick auf das Willkürverbot des Rechtsstaatsprinzips beseitigt werden.

§ 28 Abs. 2 sollte daher wie folgt lauten:

„(2) Bei einer Beschäftigtenzahl von in der Regel mehr als 600 müssen der Gleichstellungsbeauftragten zusätzlich zur Ausstattung nach Absatz 1 mindestens eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter im Umfang einer Vollzeitkraft zugeordnet werden, wenn nicht auf Wunsch der Gleichstellungsbeauftragten ihre Stellvertreterin in vollem Umfang von ihren Aufgaben entlastet wird. Soweit die Stellvertreterin nur teilweise entlastet wird, ist der dadurch nicht abgedeckte Arbeitszeitanteil durch die anteilige Zuordnung einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters auszugleichen. In einer Dienststelle mit in der Regel mehr als 1000 Beschäftigten ist der Gleichstellungsbeauftragten mindestens eine weitere Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter zusätzlich im Umfang einer Vollzeitkraft zuzuordnen. Im Übrigen findet § 46 Absatz 4 Sätze 1 und 2 Bundespersonalvertretungsgesetz entsprechend Anwendung. Die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter muss mindestens für die Wahrnehmung von Aufgaben des gehobenen Verwaltungsdienstes befähigt sein; in großen Organisationseinheiten oder einer obersten Bundesbehörde kann auch die Befähigung zur Wahrnehmung von Aufgaben des höheren Verwaltungsdienstes erforderlich sein.“

c) Rechtsstellung der Mitarbeiter/innen (§ 29 Abs. 3)

§ 29 Abs. 3 sollte aufgrund der Ausführungen zu § 26 Abs. 4 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.“

24. Zusammenarbeit (§ 30)

a) Kooperationsgebot (§ 30 Abs. 1)

In das Kooperationsgebot des § 30 Abs. 1 sollte auch auf § 4 Bezug genommen werden. Zugleich sollten auch die für die Dienststellenleitung tätigen Beschäftigten in das Kooperationsgebot einbezogen werden, da vielfach die Erledigung gleichstellungsrelevanter Angelegenheiten delegiert ist.

§ 30 Abs. 1 sollte daher lauten:

„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.“

b) Teilnahmerecht an Entscheidungsprozessen (§ 30 Abs. 2 S. 3)

Die Reichweite des Teilnahmerechts in § 30 Abs. 2 S. 3 bedarf im Hinblick auf Fehlentwicklungen in der Rechtsprechung der Klarstellung. Das OVG NW⁶² hat zu § 20 Abs. 1 S. 3 BGlG 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 Entscheidungsprozessen 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 Gleichstellungsbeauftragten auch den Zugang zu komplexen Entscheidungsprozessen mit inhaltlich völlig offenem Ausgang zu gewährleisten.

In § 30 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

⁶² B. v. 21.12.2012 – 1A 394/11 – BGlG-ES E.II.2.2 § 20 BGlG Nr. 14

anderem mit der Ermittlung von Sachverhalten, der Einholung von Gutachten, externen Stellungnahmen oder deren Auswertung befassen.“

25. Form der Mitwirkung (§ 32)

a) Votierungsfrist (§ 32 Abs. 2 S. 2)

Die Notwendigkeit einer Votierungsfrist wird in der Entwurfsbegründung nicht näher begründet. Es handelt sich um eine nicht unerhebliche Einschränkung der Arbeitsmöglichkeiten der Gleichstellungsbeauftragten, die derzeitige Praxis zur vielfach mangelhaften personellen Ausstattung und Entlastung von Gleichstellungsbeauftragten als bekannt vorausgesetzt. Die Votierungsfrist von 10 Arbeitstagen ist zudem deutlich kürzer als die in § 32 Abs. 3 S. 2 vorgesehene Frist von immerhin 15 Arbeitstagen, innerhalb derer die Dienststelle für die Nichtumsetzung eines Votums die dafür maßgebenden Gründe mitzuteilen hat. Es wäre daher angemessen, der Gleichstellungsbeauftragten zumindest eine gleichlange Frist für die Votierung zuzugestehen.

Daneben sollte der Lauf der Votierungsfrist zur Klarstellung davon abhängig gemacht werden, dass die Gleichstellungsbeauftragte zuvor vollständig unterrichtet worden ist. Dies entspricht der gefestigten Rechtsprechung zum BetrVG und den Personalvertretungsgesetzen im Bund und in den Ländern. Die vorgeschlagene Klarstellung schließt entsprechende Streitigkeiten nach Einführung einer Votierungsfrist von vornherein aus. Andernfalls würde es aufgrund meiner vielfältigen Erfahrungen mit dem derzeit geltenden BGleiG jedenfalls in den ersten Jahren häufig zu derartigen Streitigkeiten kommen, was der sachorientierten Gleichstellungsarbeit sehr abträglich wäre. Dies sollte im Interesse einer Konzentration auf die Sacharbeit vermieden werden.

§ 32 Abs. 2 S. 2 sollte daher lauten:

„Das Votum ist nach vollständiger Unterrichtung durch die Dienststelle (§ 30 Abs. 2) innerhalb von 15 Arbeitstagen ab der klaren Aufforderung zur Votierung hinsichtlich der konkret bezeichneten Entscheidungsabsicht in Textform abzugeben; von dieser Frist kann im Einvernehmen mit der Gleichstellungsbeauftragten abgewichen werden.“

b) Fiktion der Billigung (§ 32 Abs. 2 S. 4)

Die im Entwurf in § 32 Abs. 2 S. 4 gewählte Fiktion der Billigung ist im Hinblick auf die sachlich eingeschränkte Zielsetzung des Mitwirkungsrechts⁶³ verfehlt. Die Billigungsfiktion kann nur dahin lauten, dass keine gleichstellungsmäßigen Einwände erhoben wurden. Eine weitergehende Mitverantwortung für die beabsichtigte Entscheidung kann der Gleichstellungsbeauftragten gesetzlich nicht zugerechnet werden.

§ 32 Abs. 2 S. 4 sollte deshalb lauten:

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

c) Abweichung vom Votum der Gleichstellungsbeauftragten (§ 32 Abs. 3)

Die Regelung in § 32 Abs. 3 ist unvollständig, da dort nur der Fall geregelt wird, in dem die Dienststelle dem Votum nicht folgt und die Gleichstellungsbeauftragte bereits mit dem Votum eine entsprechende Begründung für diese Vorgehensweise gefordert hat. Wird eine solche Forderung auf Begründung nicht erhoben, besteht immer noch die Notwendigkeit, die Gleichstellungsbeauftragte darüber zu unterrichten, ob dem Votum gefolgt wird, ob dies ganz oder teilweise unterbleiben soll. Diese Unterrichtungspflicht ist wichtig, um die Einspruchsfrist des § 33 Abs. 2 in Lauf zu setzen und im Interesse aller zuverlässig zu berechnen.

Daher wird für § 32 Abs. 3 die Einfügung eines neuen S. 1 vorgeschlagen:

„(3) Die Dienststelle unterrichtet die Gleichstellungsbeauftragte unverzüglich darüber, ob oder in welchem Umfang ihrem Votum gefolgt wird.“

d) Folgen der Nichtbeachtung des Mitwirkungsrechts

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 Regelung zu den Folgen einer unzureichenden Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten geeignet, zur tatsächlichen Beachtung

⁶³ Siehe meine Ausführungen zu § 27

des Mitwirkungsrechts und den seiner Ausübung vorausgehenden Informationspflichten der Dienststelle beizutragen. Dadurch kann das Gebot der engen Zusammenarbeit von Dienststelle und Gleichstellungsbeauftragter (§ 30 Abs. 1) effizienter gemacht werden. Da die Mitwirkung in der im Entwurf – auch ohne Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Änderungen – zu Recht 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 und der von ihr getroffenen Entscheidungen 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. Diese Vorschrift, die inhaltsgleich auch in einigen Landesgleichstellungsgesetzen enthalten ist⁶⁴, wurde schon im Jahr 2001 zu Recht nicht in das BGleIG übernommen. Sie ist ineffizient, da nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung 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.

Zugleich ist klarzustellen, 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. Diese 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 Re-

⁶⁴ Z. B. § 16 Abs. 4 HGIG, § 18 Abs. 3 LGG NW

aktion 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 Bewerbern, Bewerberinnen bestehen.

§ 32 sollte deshalb der neue Abs. 5 angefügt werden:

„(5) Die Beachtung des Mitwirkungsrechts der Gleichstellungsbeauftragten ist Voraussetzung der Wirksamkeit der vom Mitwirkungsrecht erfassten Entscheidungen der Dienststelle. Davon betroffene Verwaltungsakte sind rechtswidrig. Davon betreffende Ernennungen sind zurückzunehmen, soweit die Gleichstellungsbeauftragte nicht nachträglich zustimmt. Das Einspruchs- und Klagerecht der Gleichstellungsbeauftragten bleiben unberührt.“

26. Einspruchsrecht (§ 33)

Die Fristenregelung in § 33 Abs. 2 erfasst nicht alle denkbaren Konstellationen und ist deshalb unvollständig. Die Entwurfsregelung stellt nur auf den Normalfall ab, in dem eine ordnungsgemäße Mitwirkung im Verfahren nach § 32 stattgefunden, die Gleichstellungsbeauftragte im Hinblick auf § 32 3 S. 1 eine Begründung verlangt und auch erhalten hat. Von dieser Fallgestaltung abgesehen muss eine Regelung zur Einspruchsfrist auch für andere Fälle gefunden werden, insbesondere dann, wenn das Mitwirkungsrecht nicht beachtet oder keine Begründung i. S. d. § 32 Abs. 3 S. 1 angefordert wurde.

Im Interesse der Beschleunigung und Vereinfachung ist zudem klarzustellen, dass Einsprüche nicht schriftlich, sondern auch in Textform oder elektronisch eingelegt werden können. Die Textform ist vom BAG bereits für die Geltendmachung von Zustimmungsverweigerungsgründen durch den Betriebsrat im Verfahren nach § 99 BetrVG akzeptiert worden⁶⁵. Das sollte auch für das BGleiG gelten, zumal an anderen Stellen im Entwurf des BGleiG die Textform bereits ausdrücklich als ausreichend angesehen wird.

⁶⁵ BAG B. v. 9.12.2008 – 1 ABR 79/07 – NZA 2009, 627, 630 Rn. 42 ff.

Die ausnahmsweise Anordnung der sofortigen Vollziehung muss gegenüber der Gleichstellungsbeauftragten erfolgen, da ihr gegenüber die aufschiebende Wirkung beseitigt wird. Eventuell betroffene Beschäftigte sind – zusätzlich - zu unterrichten.

§ 33 Abs. 2 sollte daher folgende Fassung erhalten:

„(2) Der Einspruch ist innerhalb einer Woche einzulegen. Die Frist beginnt in den Fällen des § 32 Absatz 3 Satz 1⁶⁶ mit der Unterrichtung über die Art der Berücksichtigung des Votums, in den Fällen des § 33 Absatz 3 Satz 2 mit dem Zugang der nach § 33 Absatz 3 Satz 3 zu übermittelnden Begründung, in sonstigen Fällen ab dem Zeitpunkt, zu dem der Gleichstellungsbeauftragten dienststellenseitig die Kenntnis über die vom Einspruch betroffene Entscheidung vermittelt worden ist. Der Einspruch ist schriftlich, in Textform oder elektronisch einzulegen. Er hat aufschiebende Wirkung. Die Dienststelle kann in entsprechender Anwendung von § 80 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4, Absatz 3 der Verwaltungsgerichtsordnung die sofortige Vollziehung anordnen. Die Anordnung ist gegenüber der Gleichstellungsbeauftragten zu erlassen. Von der Entscheidung bereits betroffene Beschäftigte sind darüber zu unterrichten.“

27. Gerichtliches Verfahren (§ 34)

Für „Klagen“ der Gleichstellungsbeauftragten sollte die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren vorgesehen werden. Das hat unter anderem den Vorteil, dass in den Verfahren keine Gerichtskosten anfallen und dadurch ein entsprechender Einsparungseffekt erzielt werden kann.

Auf den außergerichtlichen Einigungsversuch als obligatorische Antragsvoraussetzung sollte in Anlehnung an das SGleiG verzichtet werden, das zu Recht keine derartige Zulässigkeitsvoraussetzung aufstellt. Die bisherigen außergerichtlichen Einigungsversuche haben in den meisten Fällen die Anrufung des Gerichts nur verzögert, aber nicht verhindert.

§ 34 Abs. 1 sollte daher lauten:

„(1) Bleibt der Einspruch erfolglos, oder wird er ohne zureichenden Grund innerhalb angemessener Frist nicht beschieden, kann die Gleichstellungsbeauftragte das Arbeitsgericht anrufen. Es entscheidet im Beschlussverfahren. Die Anrufung

⁶⁶ Bezieht sich wie die nachfolgenden Verweise auf § 32 Abs. 3 in der hier vorgeschlagenen Fassung.

des Arbeitsgerichts ist nicht mehr zulässig, wenn seit der Übermittlung der Einspruchsentscheidung mehr als 1 Monat verstrichen ist. Kann der Gleichstellungsbeauftragten die Durchführung des Einspruchsverfahrens oder der Ablauf einer angemessenen Frist nach der Einlegung des Einspruchs von in der Regel drei Monaten nicht zugemutet werden, kann das Arbeitsgericht auch früher angerufen werden."

§ 33 Abs. 3 ist durch die Aufnahme der wesentlichen Teile der dort getroffenen Regelungen entbehrlich und daher zu streichen.

§ 33 Abs. 4 sollte zu Abs. 3 bestimmt werden und im Hinblick auf den Wegfall des außergerichtlichen Einigungsverfahrens entsprechend dem derzeit geltenden Recht gefasst werden.

§ 33 Abs. 3 sollte daher lauten:

„(3) Die Dienststelle trägt die außergerichtlichen Kosten der Gleichstellungsbeauftragten.“

28. Interministerieller Arbeitskreis (§ 36)

Die Gleichstellungsbeauftragten der Gemeinsamen Einrichtungen i. S. d. § 44b SGB II (Jobcenter) stehen außerhalb der durch § 36 erfassten obersten Bundesbehörden und können dort auch nicht mittelbar repräsentiert werden. Daher wäre es angebracht, für die Gleichstellungsbeauftragten der Jobcenter eine Lösung zur bundesweiten Artikulation ihrer Belange zu finden, die der für die Personalräte bereits gefundenen Lösung entspricht. Sie findet sich in § 44h Abs. 4 SGB II. Dessen entsprechende Geltung könnte im neuen § 36 Abs. 2 vorgesehen werden, wobei der bisherige Text zu Abs. 1 würde.

Zwar enthält § 36 S. 3 die Möglichkeit zur Bildung weiterer Arbeitskreise. Es steht jedoch zu befürchten, dass ohne eine klarstellende Regelung die Gleichstellungsbeauftragten in vielen Jobcentern erhebliche Probleme haben werden, sich bundesweit zu einem entsprechenden Arbeitskreis zusammenzuschließen und dabei die Jobcenter zu veranlassen, die entsprechenden Kosten zu übernehmen.

§ 36 Abs. 2 neu sollte lauten:

„(2) Für die Gleichstellungsbeauftragten der Gemeinsamen Einrichtungen nach § 44b Sozialgesetzbuch Zweites Buch findet ergänzend zu der in Absatz 1 getroffenen Regelung § 44h Absatz 4 Sozialgesetzbuch Zweites Buch entsprechende

Anwendung. Die dadurch entstehenden Kosten tragen die einzelnen Gemeinsamen Einrichtungen. Die erforderliche administrative Unterstützung leistet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales.“

29. Statistik (§ 38)

Die derzeit geltende Regelung in § 24 Abs. 1 Nr. 3 BGleIG sollte in präzisierter Form beibehalten werden. Die Notenübersichten können ein bedeutsames Hilfsmittel sein, bei dienstlichen Beurteilungen, vor allem in großen Verwaltungsbereichen, mittelbaren Benachteiligungen von Frauen besser auf die Spur zu kommen. § 50 Abs. 4 BLV kann die Lücke, die der Entwurf im künftigen BGleIG reißen wird, nur teilweise schließen, weil die Regelung nur Beamtinnen und Beamte gilt, in den Dienststellen des Bundes aber auch Beurteilungen für Arbeitnehmer/innen erstellt werden.

§ 38 Abs. 1 ist daher um die folgenden Sätze zu ergänzen:

„§ 50 Abs. 4 Bundeslaufbahnverordnung findet auf Beurteilungen aller Beschäftigten entsprechende Anwendung. Der jeweilige Notenspiegel ist der Gleichstellungsbeauftragten zur Verfügung zu stellen.“