

NdsVBl. 5/2019

Niedersächsische Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

Redaktion

Heinrich Albers

Beigeordneter a. D. beim Niedersächsischen Landkreistag

Peter Blum

Direktor bei dem Abgeordnetenhaus Berlin a. D.

Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)

Professor für öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaften an der Universität Osnabrück

Georg Kirschner

Richter am Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht

Udo Winkelmann

Direktor beim Niedersächsischen Landtag

Aus dem Inhalt

- 137 **Brüning** Vergabeverfahren bei Großveranstaltungen
- 144 **Bosch/Rumpel** Der Landesbetrieb Mess- und Eichwesen Niedersachsen
- 146 **BverwG** Unentgeltliche Beförderung von Schwerbehinderten im Fährverkehr
- 149 **NdsOVG** Ausgleichspflichtiges Verbot der Aufbringung von Klärschlamm in Wasserschutzgebieten
- 157 **VG Hannover** Pflichtmitgliedschaft in der Pflegekammer Niedersachsen

Niedersachsen beabsichtigt, das Niedersächsische Gleichberechtigungsgesetz (NGG) aus dem Jahre 2010 zu novellieren. In der Koalitionsvereinbarung (Gemeinsam für ein modernes Niedersachsen, Koalitionsvereinbarung zwischen der SPD und der CDU für die 18. Wahlperiode des Niedersächsischen Landtages 2017 bis 2022.) wurde festgelegt, dass das NGG analog zum Bundesgleichstellungsgesetz (BGleIG) so auszurichten ist, dass der Gleichberechtigung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst effektiv Rechnung getragen wird.

Um auszuloten, was gleichstellungspolitisch notwendig ist, wie die juristischen Möglichkeiten erweitert und das gleichstellungspolitisch Denkbare umgesetzt werden kann, hat die Niedersächsische Sozial- und Gleichstellungsministerin Dr. Carola Reimann Juristinnen und Juristen aus dem Bereich der Wissenschaft, Vertretungen des Niedersächsischen Städtetages und der Landesarbeitsgemeinschaft kommunaler Frauen- und Gleichstellungsbüros sowie den Staatssekretär des BMFSFJ a. D. zu einem fachlichen Austausch eingeladen.

I. Die Debatte im Überblick

Unter der fachlichen Leitung des Staatssekretärs Heiger Scholz wurden im „NGG Werkstattgespräch“ Anforderungen an ein schärferes und wirksameres Gleichberechtigungsgesetz erörtert.

Dr. Ralf Kleindiek, Staatssekretär a. D. (BMFSFJ), Senior Advisor, The Boston Consulting Group, nutzte die Bezugnahme der niedersächsischen Koalitionsparteien auf das Bundesgleichstellungsgesetz als „schönen Blick in den Rückspiegel“ und richtete an den niedersächsischen Gesetzgeber den Appell, dass für ein wirksames Gesetz verbindliche Vorgaben, möglichst enge (wenige) Gesetzesausnahmen und wirkungsvolle Sanktionsmechanismen vorzusehen seien.

Dr. Julia Fitzner, Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb), Kommission K 5 – Verfassungsrecht, Öffentliches Recht, Gleichstellung, stellte die Frauenförderung in den Fokus, hielt eine gesetzliche Männerförderung für verfassungsrechtlich zumindest bedenklich und forderte die Einführung einer zwingenden Quote in Form einer leistungsabhängigen Vorzugsregel als Maßnahme zum weiteren Abbau der Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen.

Dr. Torsten von Roetteken, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht a.D. und Kommentator des BGleIG, Miterausgeber der Zeitschrift Gleichstellung in der Praxis, stellte seinen Überlegungen voran, dass sich das aktuelle NGG wie auch die anderen Gleichstellungsgesetze im Bund und in den Ländern als eher wirkungslos erwiesen haben, dieses in vielen Punkten vielfach ignoriert und allenfalls partiell beachtet würde. Demnach bestünde dringender Handlungsbedarf.

Schwerpunktmäßig wurden im Werkstattgespräch folgende Themenkomplexe erörtert:

- verbindliche Vorgaben und Sanktionen,
- dienstliche Beurteilungen und Beurteilungswesen,
- Status und Rechte der Gleichstellungsbeauftragten,
- Geschlechteransprache
- Quotenregelung im Spannungsfeld zur Bestenauslese

Die vollständigen Beiträge von Dr. Ralf Kleindiek, Dr. Torsten von Roetteken und Dr. Julia Fitzner sind auf der Website des Niedersächsischen Ministeriums für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung abrufbar (http://www.ms.niedersachsen.de/themen/gleichberechtigung_frauen/gleichberechtigungsgesetz/neue-impulse-fuer-das-niedersaechsische-gleichberechtigungsgesetz-171339.html).

II. Verbindliche Vorgaben und Sanktionen

Die Expertinnen und Experten waren sich einig: Damit ein Gleichberechtigungsgesetz die gewünschten Erfolge bringe, seien verbindliche Vorgaben sowie wirksamere Kontroll- und Sanktionsmechanismen in das Gesetz aufzunehmen.

VERANSTALTUNGSBERICHT

Werkstattgespräch „Kluge Köpfe – Kluge Ideen“ – Zur Reform des Niedersächsischen Gleichberechtigungsgesetzes

Heike Schmalhofer, Referentin, Niedersächsisches Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung, Ref. 201 – Grundsatzangelegenheiten Frauen- und Gleichstellungspolitik, Gender Mainstreaming, Antidiskriminierung, Hannover.

Die vergangenen 20 Jahre hätten gezeigt, Diskussionen, sanfter Druck, unsanfter Druck, Selbstverpflichtungen in- und außerhalb von Corporate Governance Kodices würden kaum etwas nützen, um gleichstellungspolitischen Fortschritt zu erzielen. Nichts, was die Gleichstellung fördern würde, passiere von selbst.

Das FÜPoG (Gesetz für gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst) sei der beste Beweis: Die festen verbindlichen Quoten für Aufsichtsräte würden erfüllt und es gäbe bisher kein Unternehmen, auf das die Sanktion des „leeren Stuhls“ im Aufsichtsrat angewandt werden musste, weil die Quote von 30 Prozent nicht erreicht worden wäre. Die (freiwilligen) Zielvorgaben hätten dagegen nicht gewirkt. Auf Vorstandsebene dagegen gäbe es ganze sechs Prozent Frauen.

Zur Verbesserung des NGG schlug Dr. Ralf Kleindiek vor, dass entsprechend des Verfahrens in der Wirtschaft auch im öffentlichen Dienst Plätze in Gremien freibleiben sollten, wenn diese nicht paritätisch besetzt werden könnten.

Ausnahmebestimmungen sollten – wenn überhaupt – sehr eng gefasst und nicht zur Regel werden.

Dr. Torsten von Roetteken empfahl zusätzliche Rechtsfolgen:

- Eine Dienststelle, die keine Gleichstellungsbeauftragte bestelle, könne keine Entscheidungen zu innerdienstlichen Angelegenheiten treffen, die der Beteiligung unterlägen. Gleichwohl getroffene Entscheidungen seien als unwirksam zu qualifizieren.
- Jede unterlassene oder nicht ordnungsgemäße Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten müsse die Unwirksamkeit der davon betroffenen Entscheidung zur Folge haben. Die Wirksamkeit der Entscheidung könne für die Zukunft dadurch hergestellt werden, dass die unterlassene oder fehlerhafte Beteiligung nachgeholt würde. Die heutige Regelung zur bloßen Vollzugshemmung sei als Sanktion ungeeignet.
- Wenn die Zielvorgaben eines Gleichstellungsplans zum Ablauf seiner Geltungsdauer nicht erfüllt würden, dürften im nachfolgenden Zeitraum Entscheidungen, die einen Bezug zum Regelungsgegenstand der betroffenen Zielvorgabe hätten, nur mit Zustimmung der Gleichstellungsbeauftragten erfolgen.

Darüber hinaus seien für ein wirksames Gesetz folgende Festlegungen zu treffen:

- Teilzeitbeschäftigung solle in allen Funktionen ungeachtet der Hierarchieebene möglich sein; davon sei nur abzuweichen, wenn zwingende dienstliche Gründe der Teilbarkeit entgegenstünden oder bei einer Auswahlentscheidung die individuell gewählte Teilzeitquote aus zwingenden dienstlichen Gründen (Alternativlosigkeit) nicht realisierbar sei.
- Die Möglichkeit, Beruf und Familie miteinander zu vereinbaren, solle als rechtlicher Anspruch gefasst sein und auch ein Rückkehrrecht auf den ehemaligen Arbeitsplatz – bei Unmöglichkeit auf einen dem früheren Arbeitsplatz gleichwertigen Arbeitsplatz – sei im Gesetz zu verankern.
- Ebenso sei Gleichstellungskompetenz für Leitungsaufgaben zwingend erforderlich und müsse zum Anforderungsprofil gehören; entsprechende Fortbildungen seien zwingend vorzusehen.

Die Vertreterin der Landesarbeitsgemeinschaft kommunaler Frauenbüros Niedersachsen, Frauke Jelden, schloss sich den Aussagen zu verbindlichen Vorgaben und Sanktionen uneingeschränkt an. Das NGG solle kein zahnlöser Papiertiger sein. Das Gesetz dürfe keine „Kann- und Sollregelungen“ enthalten, sondern es müsse „Mussregelungen“ enthalten.

III. Dienstliche Beurteilungen und Beurteilungswesen

Die Expertinnen und Experten hielten eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung zu einem geschlechtergerechten Beurteilungswesen für unverzichtbar.

Beurteilungen seien nach wie vor Grundlage für den Leistungsvergleich und nach der Rechtsprechung von überragender Bedeutung für die Auswahlentscheidung bei Beförderungen.

Dr. Torsten von Roetteken vertrat die Auffassung, das Beurteilungswesen und das jetzige Beurteilungssystem behindere die Gleichstellung. Solange jedoch nicht auf Beurteilungen verzichtet werden könne, seien diese diskriminierungsfrei zu gestalten. Dieses hätte konsequenterweise zur Folge, dass eine gesamte Beurteilungsrunde im Hinblick auf das Benachteiligungsverbot unbrauchbar sei, wenn eine – gesetzlich vorzuziehende – Auswertung von dienstlichen Beurteilungen zu Anhaltspunkten für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts führen würde; entsprechende Beurteilungen seien nicht verwendungsfähig.

Dr. Ralf Kleindiek empfahl, das Thema „Geschlechtergerechte Beurteilung“ auch zum Gegenstand von Führungsqualifikation zu machen, da ungleiche Beurteilungen oft auch unbewusst getroffen würden.

IV. Status und Rechte der Gleichstellungsbeauftragten

Auch hier bestand Konsens in der Diskussionsrunde:

Der Status der Gleichstellungsbeauftragten müsse gestärkt werden.

Dr. Julia Fitzner führte aus, das Ziel der Novellierung des NGG solle auch eine umfassende Absicherung der Unabhängigkeit und Einflussmöglichkeiten der Gleichstellungsbeauftragten sein. Diese seien ein wichtiges Instrument zur Durchsetzung des grundgesetzlichen Gleichstellungsauftrags, zur Verhinderung von Benachteiligungen und zur Effektuierung von Gleichstellungszielen im öffentlichen Dienst.

Dr. Torsten von Roetteken ergänzte dazu folgende Aspekte:

- Die Gleichstellungsbeauftragte könne nicht der Leitung ihrer Dienststelle unterstellt sein, sondern ihr lediglich unmittelbar zugeordnet sein. Das sei zur Betonung der Gleichrangigkeit beider Funktionen wesentlich und solle auch im jeweiligen Organigramm sichtbar sein.
- Eine dienstliche Beurteilung der Gleichstellungsbeauftragten und ihrer Vertreterinnen müsse gesetzlich ausgeschlossen sein. Stattdessen sei gesetzlich der Grundsatz zu verankern, die berufliche Entwicklung und den beruflichen Aufstieg unabhängig vom Entlastungsumfang fiktiv nachzuzeichnen.

Einstimmig wurde von den Expertinnen und Experten ein sinnvolles Klagerecht für die Gleichstellungsbeauftragte gefordert, das sich nach Ansicht von Dr. Torsten von Roetteken auch auf die mangelnde Beachtung der gesetzlichen Regelungen durch die Dienststelle erstrecken müsse.

V. Geschlechteransprache

Dr. Julia Fitzner hielt das „neue“ Gleichstellungsinstrument der sog. Männerförderung für verfassungsrechtlich bedenklich, wenig zielführend und teilweise kontraproduktiv. Für gleichstellungsfördernde Maßnahmen zu Gunsten von Männern sei (noch) kein Raum, da derzeit eine strukturelle Benachteiligung von Männern nicht belegt werden könne. Ziel und Zweck von Gleichstellungsgesetzen würden verwässert. Es seien weiterhin rechtliche Regelungen erforderlich, der Schwerpunkt müsse jedoch auf der Förderung von Frauen liegen.

Dr. Kleindiek hielt persönlich – in Abweichung zum Bundesgleichstellungsgesetz – eine ausschließliche Frauenförderung für richtig. Dies entspräche dem Verfassungsauftrag und

der Wirklichkeit in der Verwaltung. Gleichwohl war er der Auffassung, Gleichstellungspolitik dürfe an diesem Punkt nicht stehen bleiben, weshalb er für den gleichstellungspolitischen Fortschritt eine umfassende Diversity-Strategie empfehlen würde.

VI. Quote – Schlupfloch Bestenauslese

Das Thema Quote wurde im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Bestenauslese diskutiert. Im Werkstattgespräch sollte neben der Frage, Quote ja oder nein, die Frage nach der gleichen Eignung, dem Grad und der Grenze der Ausdifferenzierung diskutiert werden.

Die Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten hielten übereinstimmend eine gesetzlich verankerte Quotenregelung für notwendig.

Zur Frage der „gleichen Eignung“ vertrat Dr. Torsten von Roetteken die Auffassung, bei einer Auswahlentscheidung sei die Bevorzugung bei „fast gleichwertiger“ Eignung gerechtfertigt. Es gäbe viele Fälle, in denen kein wirklicher Unterschied diagnostiziert werden könne. Aus diesem Grund sei für Auswahlentscheidungen klarzustellen, dass die Bevorzugung einer Bewerberin – für den Fall der Unterrepräsentanz von Frauen – schon dann grundsätzlich geboten sei, wenn sich ihre Qualifikation im Verhältnis zu der eines Mannes als fast gleichwertig darstelle. Dies widerspräche gerade nicht der Bestenauslese, Art. 33 GG.

Dr. Julia Fitzner forderte unter Beibehaltung der vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) geforderten Härteklausel die Einführung einer zwingenden Quote in Form einer leistungsabhängigen Vorzugsregel. Dabei sei die leistungsabhängige Vorzugsregelung durch die Aufnahme einer Wesentlichkeitsklausel zu stärken. D. h. auch bei der Auswahlentscheidung sei auf eine „im Wesentlichen gleiche Qualifikation“ abzustellen.

Aus ihrer Sicht werde eine „weiche“ Regelung wie die aktuelle Regelung im NGG 2010 (das aktuelle NGG sieht bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung die Möglichkeit [keine Verpflichtung] einer bevorzugten Berücksichtigung des unterrepräsentierten Geschlechts vor. § 13 Abs. 5 NGG 2010 lautet: „¹In einem Bereich, in dem ein Geschlecht unterrepräsentiert ist, darf zur Erreichung des in § 1 Abs. 1 Nr. 2 NGG genannten Ziels bei der Einstellung, Beförderung und Übertragung höherwertiger Tätigkeiten eine Person des unterrepräsentierten Geschlechts bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gegenüber einer Person des anderen Geschlechts bevorzugt werden.

Eine Bevorzugung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn bei der Person des anderen Geschlechts schwerwiegende persönliche Gründe vorliegen, hinter denen das in Satz 1 genannte Ziel zurücktreten muss und die durch persönliche Gründe, die bei der Person des unterrepräsentierten Geschlechts vorliegen, nicht aufgewogen werden.) dem Verfassungsauftrag nicht gerecht.

VII. Fazit und Ausblick

Im NGG Werkstattgespräch wurden Schwachstellen bestehender Gesetze aufgezeigt, unerlässliche Anforderungen an ein wirksames modernes Gleichstellungsgesetz formuliert und Lösungsansätze für offenkundig schwer regulierbare Handlungsfelder benannt. Unterstützt von einem versierten Fachpublikum wurde um die besten Ideen und Anregungen „gerungen“, um das Maximum für eine gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst zu erreichen.

Nun hat die niedersächsische Landesregierung die Chance auf der Grundlage des aktuellen gleichstellungspolitischen Diskurses ein Zeichen zu setzen und mit einem novellierten Gesetz die Weichen für mehr Geschlechtergerechtigkeit im öffentlichen Dienst neu zu stellen.