

Landtag Nordrhein-Westfalen
Haushalts- und Finanzausschuss
Postfach 10 11 43
40002 Düsseldorf

Per E-Mail: anhoerung@landtag.nrw.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/7

A07, A03



Rechtswissen-
schaftliche Fakultät

Lehrstuhl für Staats- und
Verwaltungsrecht sowie
Wissenschaftsrecht und
Medienrecht

Professor Dr. Christian v. Coelln

Universität zu Köln
Telefon +49 221 470-4066
Telefax +49 221 470-1692
lehrstuhl-voncoelln@uni-koeln.de
www.coelln.uni-koeln.de

Köln, 01.09.2017

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesbeamtengesetzes Nordrhein-Westfalen und weiterer landesrechtlicher Vorschriften (LT- Drs. 17/78)

Öffentliche Anhörung am 5. September 2017 im Haushalts- und Finanz-
ausschuss des Landtags Nordrhein-Westfalen

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Ausschussmitglieder,

ich bedanke mich für die Einladung zur Anhörung am 5. September. Von der
Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme zu o.g. Gesetzentwurf mache
ich gerne wie folgt Gebrauch:

Die beabsichtigte Neuregelung der beamtenrechtlichen Beförderungskrite-
rien – bzw. die Rückkehr zu der bis zum 30. Juni 2016 geltenden Rechtslage
– stellt sich gegenüber der derzeitigen Fassung des § 19 Abs. 6 des Lan-
desbeamtengesetzes NRW (LBG NRW) schon deshalb als vorzugswürdig
dar, weil sie im Gegensatz zur aktuellen Regelung mit dem verfassungs-
rechtlichen Leistungsgrundsatz vereinbar ist. Nichts Anderes gilt hinsichtlich
der Parallelregelung in § 7 des Landesgleichstellungsgesetzes NRW (LGG
NRW). Aufgrund der Vergleichbarkeit beider Konstellationen und im Interes-
se der besseren Verständlichkeit wird nachfolgend primär auf die beamten-
rechtliche Situation eingegangen. Die Ausführungen gelten für § 7 LGG
NRW jedoch entsprechend.

I. Zur Erforderlichkeit einer Neuregelung: Die Verfassungswidrigkeit des gegenwärtigen § 19 Abs. 6 LBG NRW

In seiner gegenwärtigen Fassung ist § 19 Abs. 6 LBG NRW weder mit dem
Grundgesetz (GG) noch mit der nordrhein-westfälischen Verfassung (NRW
Verf) oder der einfachgesetzlichen Bundesregelung in § 9 des Beamtensta-
tusgesetzes (BeamtStG) vereinbar. Schon aufgrund der (nachfolgend näher

dargelegten) Verfassungswidrigkeit der derzeitigen Regelung ist ein gesetzgeberisches Tätigwerden geboten.

Hinzu kommen praktische Erwägungen: Aufgrund ihrer Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) steht es den jeweiligen Behörden trotz der Verfassungswidrigkeit der Regelung nicht zu, sich i.R. ihrer Beförderungsentscheidungen eigenmächtig über § 19 Abs. 6 LBG NRW in seiner derzeitigen Fassung hinwegzusetzen. Jedoch führen die auch bei den Verwaltungsgerichten vorhandenen verfassungsrechtlichen Bedenken dazu, dass Beförderungen solcher Beamtinnen, die gerade aufgrund der aktuellen Fassung von § 19 Abs. 6 S. 2 u. 3 LBG NRW ausgewählt wurden, regelmäßig im Wege des Eilrechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO untersagt werden.

—

– OVG NRW, Beschl. v. 21.02.2017 – 6 B 1109/16 = NWVBl. 2017, 296 ff.; VG Düsseldorf, Beschl. v. 05.09.2016 – 2 L 2866/16; VG Arnsberg, Beschl. v. 14.09.2016 – 2 L 1159/1; VG Aachen, Beschl. v. 16.09.2016 – 1 L 616/16; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 01.12.2016 – 12 L 2228/16 –

Schon die hieraus resultierenden praktischen Probleme (Beförderungsblokkaden etc.) sprechen für die Erforderlichkeit eines gesetzgeberischen Tätigwerdens.

—

1. Unvereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GG

Nach der derzeitigen Regelung des § 19 Abs. 6 S. 2 und 3 LBG NRW sollen Beamtinnen ihren männlichen Mitbewerbern bei Beförderungen bereits dann vorgezogen werden, wenn sie auf Grundlage des *Gesamturteils* (nur) der *letzten* dienstlichen Beurteilung *im Wesentlichen* gleich geeignet sind („geeignet“ hier verstanden als Geeignetheit im weiteren Sinne, also als Oberbegriff für Eignung i.e.S., Befähigung und fachliche Leistung).

Somit werden nicht nur Beurteilungsunterschiede *innerhalb* einer Notenstufe (etwa „untere Grenze“ oder „obere Grenze“) für faktisch unerheblich erklärt, sondern den Dienstherren wird auch die Möglichkeit genommen, im Falle von verschiedengeschlechtlichen Konkurrenten, die auf Grundlage der Gesamtnote ihrer letzten Beurteilungen gleich geeignet sind, ergänzend auf *leistungsbezogene* Hilfskriterien, etwa besonders relevante Einzelnoten oder frühere Beurteilungen zurückzugreifen. Infolgedessen wäre es also sogar möglich, dass eine „unwesentlich“ schlechter geeignete Frau einem „unwesentlich“ besser geeigneten Mann vorzuziehen wäre, solange nur die Gesamtnoten der aktuellen Beurteilungen übereinstimmen.

Mit der Vorgabe des Art. 33 Abs. 2 GG, die über Art. 4 Abs. 1 NRW Verf zugleich Teil des Landesverfassungsrechts ist und nach welcher alle Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte haben, ist dies unvereinbar. Die dortige Nennung der relevanten Kriterien *Eignung*, *Befähigung* und *fachliche Leistung* ist abschließend.

– *Hebeler*, *Verwaltungspersonal*, 2008, S. 124 ff.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 89; *Hense*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 33 Rn. 14 –

Daran vermag auch der von Verfechtern der Neuregelung

– etwa *Papier/Heidebach*, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, S. 9, 50 (https://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/presse/pressemitteilungen/Gutachten_Zielquoten.pdf, letzter Aufruf: 31.08.2017) –

regelmäßig in Feld geführte Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG nichts zu ändern. Das nach dieser Vorschrift anzustrebende Ziel ist nicht *Geschlechterparität*, sondern – ebenso wie bei Art. 33 Abs. 2 GG – *Chancengleichheit*. Da es somit schon nicht zu einem Widerstreit beider Verfassungsnormen kommt, kann Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG auch nicht als „kollidierendes Verfassungsrecht“ eine Beeinträchtigung des vorbehaltlos gewährleisteten Leistungsgrundsatzes (Art. 33 Abs. 2 GG) rechtfertigen.

– OVG NRW, Beschl. v. 21.02.2017 – 6 B 1109/16 – Rn. 87 = NWVBl. 2017, 296 (301); *Pützer*, NWVBl. 2017, 279 (285 ff.) –

Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ist lediglich nachrangig anwendbar: Solange eine Bewerberin und ein Bewerber ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung nach nicht gleichrangig sind, kommt ein Rückgriff auf die Norm nicht in Betracht.

2. Mangelnde Landeskompetenz zur Regelung der Beförderungskriterien

Überdies ist auch das Bestehen einer Landeskompetenz zur Regelung der beamtenrechtlichen Beförderungskriterien mehr als fraglich. Da der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des sog. Beamtenstatusrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG) durch § 9 BeamStG jedenfalls hinsichtlich der Bestimmung der maßgeblichen Beförderungskriterien abschließend Gebrauch gemacht hat, sind den Ländern gem. Art. 72 Abs. 1 GG entsprechende Regelungen verwehrt.

– *Oebbecke/Lenz*, Rechtsgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für den Erlass von § 19 VI LBG, S. 15 ff. (<http://fdp.fraktion.nrw/sites/default/files/uploads/2017/02/03/oebbeckelenzkompetenzgutachten.pdf>, letzter Aufruf: 31.08.2017); *Pützer*, NWVBl. 2017, 279 (282 ff.) –

II. Beurteilung der vorgeschlagenen Neuregelung

Die im o.g. Entwurf vorgeschlagene Rückkehr zu der bis zum 30. Juni 2016 geltenden Rechtslage beseitigt die gegenwärtige Verletzung des Leistungs-

grundsatzes und stellt sich auch in kompetenzrechtlicher Hinsicht jedenfalls als deutlich weniger problematisch dar.

1. Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GG

Durch die Rückkehr zum alten Gesetzeswortlaut würde der verfassungsrechtlich von Art. 33 Abs. 2 GG geforderte Zustand einer *ausschließlich* an Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung orientierten Auswahlentscheidung (s.o. I., 1.) wiederhergestellt. Der Gedanke der Frauenförderung würde nicht mehr wie bisher – in verfassungswidriger Weise – bereits in einem Stadium der Auswahlentscheidung zur Anwendung gebracht, in dem die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG noch nicht ausgeschöpft wären, sondern erlangte als Hilfskriterium erst dann Bedeutung, wenn es zwischen zwei Bewerbern unterschiedlichen Geschlechtes tatsächlich zum Eignungsgleichstand käme, die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG also erschöpft sind. Dadurch würde das Anliegen der Frauenförderung keineswegs bedeutungslos. Vielmehr bestünde der Wert des neuen (alten) § 19 Abs. 6 LBG NRW darin, für o.g. Konstellationen des Eignungsgleichstandes (wieder) vorzuschreiben, dass dem Gedanken der Frauenförderung erst auf der Ebene der Hilfskriterien, dort aber vorrangig vor anderen Aspekten Rechnung zu tragen ist.

2. Erhebliche Entschärfung der Kompetenzproblematik

Auch die oben bereits umrissene kompetenzrechtliche Problematik ergäbe sich im Falle der Umsetzung des o.g. Gesetzentwurfes höchstens noch in deutlich abgeschwächtem Maße. Die insofern primär problematischen Regelungen, nämlich die Sätze 2 und 3 des derzeitigen § 19 Abs. 6 LBG NRW, die der bundesgesetzlichen Regelung in § 9 BeamtStG zuwiderlaufen, würden entfallen.

Freilich soll nicht verschwiegen werden, dass auch die Verfassungsmäßigkeit von § 19 Abs. 6 S. 1 LBG NRW – der nach dem Entwurf unverändert bleiben soll – durchaus hinterfragt werden kann. Zwar verweist die Norm allein auf § 9 BeamtStG des Bundes. Jedoch ist den Ländern durch Art. 72 Abs. 1 GG nicht lediglich der Erlass solcher Vorschriften verwehrt, die von einer entsprechenden bundesrechtlichen Regelung *abweichen* oder diese *modifizieren*. Die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG erfasst vielmehr auch landesgesetzliche Regelungen, die inhaltlich mit den bundesgesetzlichen Bestimmungen übereinstimmen.

– Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt, Stand: 79. EL Dezember 2016, Art. 72 Rn. 107 –

Das bedeutet für § 19 Abs. 6 S. 1 LBG NRW, dass die Vorschrift – sofern man sie nicht im Wege einer evtl. verfassungskonformen Auslegung als rein deklaratorischen Hinweis ohne eigenen Regelungsgehalt auslegen möchte – mangels Landeskompetenz nichtig wäre. Praktische Relevanz dürfte diesem Problem indes nicht zukommen, da § 9 BeamtStG auch ohne entsprechenden landesrechtlichen Verweis *direkt* anwendbar ist, weshalb es auf die Gültigkeit des § 19 Abs. 6 S. 1 LBG NRW in der Beförderungsrealität nicht ankommt.

3. Keine Veränderung der Beförderungskriterien wegen tatsächlicher oder vermeintlicher Benachteiligung von Frauen durch die Beurteilungskriterien

Nicht zu überzeugen vermag demgegenüber die Kritik, die bereits gegen die bis zum 30. Juni 2016 geltende Rechtslage vorgebracht wurde und die sich aufgrund der geplanten Rückkehr zur alten Rechtslage auch gegen den jetzt vorliegenden Entwurf richten würde. Sie moniert, dass nach der alten (und geplanten neuen) Regelung durch entsprechende Ausdifferenzierung der Beurteilungsmaßstäbe noch kleinste Eignungsunterschiede festgestellt – bzw. sogar missbräuchlich konstruiert – werden könnten und Fälle *gleicher* Eignung infolgedessen in der Praxis überaus selten seien.

– *Papier/Heidebach*, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung, 2014, S. 40 ff. (https://www.mik.nrw.de/fileadmin/user_upload/Redakteure/Dokumente/Themen_und_Aufgaben/Moderne_Verwaltung/1407ga_zielquoteoedie.pdf, letzter Aufruf: 31.08.2017; LT-Drs. 16/10380, S. 344 f. –

Zunächst einmal ist nicht ersichtlich, warum ein fein ausdifferenziertes Bewertungssystem in verschiedengeschlechtlichen Konkurrenzsituationen stets zur besseren Beurteilung gerade des Mannes führen soll. Konkrete oder abstrakte Missbrauchsgefahren jedenfalls bestehen in beide Richtungen. Immerhin ist es (insbesondere mit Blick auf obwaltende politische Erwartungshaltungen) nicht a priori unvorstellbar, dass gerade die Bewerberin besser beurteilt wird.

Sollten sich freilich tatsächlich strukturelle Nachteile für Frauen gerade auf Grund der Bewertungsmaßstäbe nachweisen lassen, so wären diese Maßstäbe zu korrigieren, nicht die Beförderungskriterien. Somit kann auch der in der Entwurfsbegründung (LT-Drs. 17/78, S. 2) bekundete Wille, durch zukünftige Modifikationen am Beurteilungswesen eventuelle Missbrauchsmöglichkeiten zu minimieren, nur begrüßt werden.

– Vgl. auch OVG NRW, Beschl. v. 21.02.2017 – 6 B 1109/16 – Rn. 107 ff. = NWVBl. 2017, 296 (302); *Pützer*, NWVBl. 2017, 279 (288 m.w.N.) –

Ein Abweichen vom Prinzip der Bestenauslese jedoch ist aus den oben dargelegten Gründen schlicht unzulässig. Auch der nur ein wenig bessere Kandidat bzw. die ein wenig bessere Kandidatin ist eben besser – und muss daher befördert werden.

III. Abschließende Würdigung

Aus rechtlicher, speziell aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist der Vorschlag der LT-Drs. 17/78 zu begrüßen. Er ersetzt die evident verfassungs-

widrigen Teile des bisherigen § 19 Abs. 6 LBG NRW durch unbedenkliche Vorschriften.

Für nähere Erläuterungen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Christian v. Coelln', written in a cursive style.

(Universitätsprofessor Dr. Christian v. Coelln)