

Beschluß mit Anmerkung
VerwG Oldenburg, Art. 3 Abs. 2 GG, § 5
Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz
Höheres Dienstalter des Mannes steht
der Frauenförderung nicht entgegen

Die Ermessensentscheidung über eine Beförderung ist durch § 5 Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz gebunden, wonach Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung solange vorrangig zu berücksichtigen sind, bis sie in jeder Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppe der jeweiligen Dienststelle mindestens zu 50 % zu vertreten sind. Ein höheres Dienstalter des Mannes ist demgegenüber nur nachrangig zu berücksichtigen.

Beschluß des VerwG Oldenburg vom 18.10.1994 – 6 B 970/94 – n.rk.

Aus den Gründen:

Der nach § 123 Abs. 1 VwGO zu beurteilende Antrag hat im wesentlichen Erfolg, weil die Antragstellerin gemäß § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht hat, daß die Antragsgegnerin ermessensfehlerhaft die Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen getroffen und damit ihren Bewerbungsverfahrenanspruch verletzt hat.

Nach ständiger Rechtsprechung unterliegt die Auswahlentscheidung als Akt wertender Erkenntnis lediglich einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung beschränkt sich darauf, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat (so OVG Lüneburg, Beschluß vom 11. August 1993, Az. 5 M 3315/93).

Diesen Grundsätzen widerspricht die hier umstrittene Auswahlentscheidung. Ein Beamter hat zwar grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Beförderung oder Übertragung eines bestimmten Amtes, wohl aber einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie, am Leistungsprinzip orientierte Entscheidung. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Beigeladenen und nicht die Antragstellerin zu befördern, ist keine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung. Bei Beurteilung der Frage, welcher der Bewerber der am besten geeignete und befähigte und am leistungsstärksten ist, hat sich der Dienstherr in erster Linie an aktuellen dienstlichen Beurteilungen der Bewerber zu orientieren. Die für die Antragstellerin erstellte Beurteilung führt ebenso wie die für den Beigeladenen ermittelte Leistungsstandsabfrage zum Gesamt-

urteil „gut (13 Punkte)“. Auch die turnusmäßigen Beurteilungen vom 15.8.1994 führen für beide Beteiligten zum Gesamturteil „gut (13 Punkte)“.

Daraus ergibt sich, daß die Antragstellerin und der Beigeladene im wesentlichen in gleicher Weise nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung für eine Beförderung in Betracht kommen. Bei im wesentlichen gleicher Eignung der Bewerber hat die Antragsgegnerin eine Ermessensentscheidung zu treffen. Diese Ermessensentscheidung muß sich ebenfalls am Leistungsgrundsatz orientieren. Es ist daher grundsätzlich nicht ermessenfehlerhaft, in den Beurteilungen zum Ausdruck kommenden Eignungsunterschieden eine entscheidende Bedeutung beizumessen.

Nach Überzeugung der Kammer ist das der Antragsgegnerin in Anbetracht gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistungen eingeräumte Ermessen durch § 5 des Niedersächsischen Gleichberechtigungsgesetzes vom 15. Juni 1994 (Nds. GVBl. Seite 246) gebunden. Danach sind Frauen unter anderem bei Beförderungen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung solange vorrangig zu berücksichtigen, bis sie in jeder Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppe der jeweiligen Dienststelle mindestens zu 50 % vertreten sind. Nach Darstellung der Antragsgegnerin sind Frauen in der Besoldungsgruppe A 11 BBesO der Dienststelle der Antragstellerin noch nicht zu mindestens 50 % vertreten. Deshalb sind sie bei Beförderung unter der Voraussetzung von gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gegenüber männlichen Mit-

bewerbern vorrangig zu berücksichtigen. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese gesetzliche Bestimmung stellt die Kammer in Anbetracht der beschlossenen, aber noch nicht verkündeten Änderung des Art. 3 Abs. 2 GG, wonach der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt, zurück.

Ziel des Niedersächsischen Gleichberechtigungsgesetzes ist es, Frauen eine gleichberechtigte Stellung in den öffentlichen Verwaltungen zu verschaffen. Hierzu gehören nach den vom Gesetzgeber festgelegten Zielen des Gesetzes insbesondere die Verwirklichung der beruflichen Gleichberechtigung und die Herstellung gleicher Chancen, die stärkere Prägung der Arbeitsbeziehungen und Arbeitsbedingungen durch Frauen, der Ausgleich von Nachteilen, die Frauen aufgrund ihrer geschlechtlichen Unterschiedlichkeit oder ihrer Geschlechterrolle erfahren und die gerechte Beteiligung in den Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppen einer Dienststelle, in denen sie unterrepräsentiert sind, sowie in Gremien (§ 1 Nds. Gleichberechtigungsgesetz). Danach ist Zweck des Gesetzes nicht nur, jede Benachteiligung von Frauen zu vermeiden, sondern darüber hinaus ihnen eine Bevorzugung zu ermöglichen.

Ein Vergleich der für die Antragstellerin und den Beigeladenen erstellten dienstlichen Beurteilungen ergibt, daß die Antragstellerin jedenfalls über eine gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung verfügt wie der Beigeladene. Der Ermessenserwägung der Antragsgegnerin, der Beigeladene verfüge im Amt eines Kriminalkommissars bzw. im Amt eines Kriminaloberkommissars über eine längere Stehzeit und sei deshalb der Antragstellerin gegenüber besser geeignet für eine Beförderung, erweist sich in Anbetracht der Regelung in § 5 Nds. Gleichberechtigungsgesetz als ermessensfehlerhaft. Das Dienstalter in seinen unterschiedlichen Ausprägungen ist nur dann berücksichtigungsfähig, wenn es im Einzelfall Rückschlüsse auf besondere, für die Wahrnehmung des in Betracht kommenden Amtes notwendige oder förderliche allgemeine oder dienstliche Erfahrungen zuläßt oder sofern mehrere nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichwertige Bewerber miteinander konkurrieren (Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 2. Auflage, Rdnr. 49). Das Dienstalter darf deshalb bei Beförderungsentscheidungen nur nachrangig berücksichtigt werden und stellt somit eine Ermessenserwägung dar, die erst dann herangezogen werden kann, wenn das Ermessen nicht z.B. durch eine gesetzliche Regelung gebunden ist.

Mitgeteilt von Dagmar Schiek, Universität Bremen

Anmerkung

Der Beschluß betrifft eine typische Problemlage bei der Umsetzung von Frauengleichstellungsgesetzen: Polizeibeamtinnen dürfen erst seit 1985 ohne Genehmigung des Bundesinnenministeriums ausgebildet werden. Vorher wurde von dieser – aufwendigen – Ausnahme vom faktischen generellen Berufsverbot für Polizistinnen nur in einigen Bundesländern Ausnahmen gemacht. Die ersten gab es Ende der 70er Jahre bei der Kriminalpolizei, um die Strafverfolgung im Rotlichtmilieu zu erleichtern; und es ist sicherlich kein Zufall, daß die Großstädte Berlin und Hamburg die Vorreiter waren. Der Rekurs auf das Dienstalter bei Beförderungen im Polizeidienst sichert Männern, die vor 1985 angestellt wurden, die damit erlangten verfassungswidrigen Konkurrenzvorteile bis zur Pension. Besondere Brisanz erhält das Problem, wenn man sich vor Augen hält, daß viele Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte wegen der knappen Haushaltsmittel nicht amtsadäquat vergütet werden. Für sie bringt erst die Beförderung die amtsangemessene Vergütung.

Weitergehend als das Verwaltungsgericht Oldenburg könnte man sich darüber Gedanken machen, ob die Berücksichtigung des Dienstalters zu Lasten von Frauen im Polizeidienst ohnehin eine unzulässige Diskriminierung ist. So hat das Bundesverfassungsgericht im Schlosserinnenbeschluß erkannt, daß die Weigerung eines Arbeitgebers, eine Frau wegen deren im Vergleich zu einem Mann kürzeren Berufszugehörigkeit in einem „Männerberuf“ einzustellen, besonders sorgfältig daraufhin überprüft werden muß, ob dieses Argument nur vorgeschoben ist (Beschluß vom 16.11.1993, STREIT 3/94, S. 125 ff.).

Darf der Staat, der zunächst den Berufszugang von Frauen in verfassungswidriger Weise erheblich erschwert, sich später auf deren kürzere Berufszugehörigkeit berufen, um ihnen eine Beförderung zu verweigern, die – wie im Polizeidienst häufig – erst die beschäftigungsadäquate Vergütung bringt? Diese Frage muß wohl verneint werden, soweit die Dauer der Berufszugehörigkeit kein echtes Qualifikationskriterium ist.

Dagmar Schiek, Universität Bremen