

Beschluß

VG Gelsenkirchen, Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG, § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG NRW

Frauenförderung bei Beförderungsstellen der Landesbeamten/-beamtinnen in Nordrhein-Westfalen – Verstoß gegen EG-Recht?

Dem EuGH wird folgende Frage vorgelegt:

Steht Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG) einer nationalen Regelung entgegen, nach der in behördlichen Geschäftsbereichen, in denen im jeweiligen Beförderungsamt einer Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, bei gleicher Qualifikation (Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung) männlicher und weiblicher Bewerber Frauen bevorzugt befördert werden müssen, sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen?

Beschluß des VG Gelsenkirchen v. 21.12.1995 – 1 K 6303/94

Aus den Gründen:

I.

Der Kläger steht als beamteter Lehrer im Dienste des Beklagten. Er wird im Eingangsamt aus der Besoldungsgruppe A 12 besoldet.

Am 8.2.1994 bewarb sich der Kläger um eine der Besoldungsgruppe A 13 zugeordnete Beförderungsstelle („Lehrer mit der Befähigung für das Lehramt der Sekundarstufe I bei entsprechender Verwendung“) an der Gesamtschule S.. Unter dem 8.6.1994 teilte ihm die Bezirksregierung A. mit, daß beabsichtigt sei, die Stelle mit einer Konkurrentin zu besetzen. Dagegen erhob der Kläger rechtzeitig Widerspruch. Auf seinen Antrag vom 27.6.1994 untersagte das vorliegende Gericht dem Beklagten durch – inzwischen rechtskräftigen – Beschluß vom 6.7.1994 – 1 L 1272/94 – im Wege der einstweiligen Anordnung, die streitige Stelle der Konkurrentin zu übertragen, bevor über die Bewerbung des Klägers unanfechtbar entschieden sei. Den Widerspruch des Klägers wies die Bezirksregierung A. durch Widerspruchsbescheid vom 29.7.1994 zurück: Der Kläger und die ausgewählte Konkurrentin seien – bei Zugrundelegung der maßgeblichen dienstlichen Beurteilungen – für die Stelle gleich geeignet. Da aber in dem Beförderungsamt der Besoldungsgruppe A 13 der in Frage stehenden Laufbahn bei der Ausschreibung der Stelle weniger Frauen als Männer beschäftigt gewesen seien, müsse die Konkurrentin im Hinblick auf § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen befördert werden.

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage begehrt der Kläger, den Beklagten zu verpflichten, ihm die streitige Beförderungsstelle zu übertragen.

II.

Da der Kläger und die ausgewählte Konkurrentin nach der nicht zu beanstandenden Einschätzung des Beklagten für die zu besetzende Beförderungsstelle gleich qualifiziert sind, kommt es für die Entscheidung über das Klagebegehren maßgeblich darauf an,

ob § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.5.1981 (Gesetz und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen – GV.NW – S. 234), zuletzt geändert durch Art. 1 des Siebten Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 7. Februar 1995 (GV.NW S. 102), – LBG – rechtlichen Bedenken entzogen ist. Die genannte Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, sind Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen; ...“

Das Gericht hat Zweifel, ob diese Regelung mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der im Beschlusausspruch näher bezeichneten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften – im folgenden: Richtlinie – vereinbar ist.

Die in § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG grundsätzlich vorgeschriebene Bevorzugung von Frauen gegenüber gleich qualifizierten Mitbewerbern männlichen Geschlechts dürfte einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie darstellen. Dieser Vorschrift zufolge darf mit Rücksicht auf den in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie präzisierten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen unter anderem hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen. Eine ausschlaggebend auf § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG gestützte Besetzung einer Beförderungsstelle hat jedoch einen solchen diskriminierenden Charakter, weil ein männlicher Mitbewerber danach bei gleicher Qualifikation im Regelfall allein wegen seines Geschlechts gegenüber einer Mitbewerberin zurückstehen muß, soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind.

Daß § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG eine sog. Öffnungsklausel enthält, vermag an diesem Ergebnis Wesentliches nicht zu ändern. Der Öffnungsklausel gemäß ist dem männlichen Mitbewerber ausnahmsweise dann der Vorzug gegenüber einer Mitbewerberin einzuräumen, wenn in seiner Person liegende Gründe gegenüber dem prinzipiell vorrangigen Gesichtspunkt der Frauenförderung überwiegen. Durch

diese Klausel wird eine Diskriminierung der Männer nicht ausgeschlossen; sie wird vielmehr lediglich dahin relativiert, daß ein männlicher Mitbewerber im Ausnahmefall doch einmal zum Zuge kommen kann. Die Diskriminierung verlagert sich bei Berücksichtigung der Öffnungsklausel nur dahin, daß für einen männlichen Mitbewerber, wenn er befördert werden soll, „überwiegende“ Gründe sprechen müssen, wohingegen eine Bevorzugung der gleich qualifizierten Konkurrentin bereits allein wegen ihres Geschlechts stattfindet. „Überwiegende“ Gründe können nach Sinn und Zweck des § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG nur solche Gründe sein, die die *im Grundsatz* gewollte – und damit richtlinienwidrige – Diskriminierung *im Einzelfall* als nicht mehr vertretbar erscheinen lassen.

Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie führt nicht zu einer abweichenden rechtlichen Sicht. Diese Vorschrift dient dem bestimmten und begrenzten Zweck der Zulassung von Maßnahmen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen. So sind danach nationale Maßnahmen im Bereich des Zugangs zur Beschäftigung einschließlich des Aufstiegs zulässig, die die Frauen spezifisch begünstigen und darauf ausgerichtet sind, deren Fähigkeit zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie die Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen. Dem ist freilich hinzuzufügen, daß Art. 2 Abs. 4 als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen ist. (Vgl. zum Ganzen: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 17. Oktober 1995 – Rs. C-450/93 –, Deutsches Verwaltungsblatt 1995, S. 1231 (1232), mit weiteren Nachweisen.)

Es erscheint mindestens äußerst fraglich, ob § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG den Anforderungen der Ausnahmeregelung genügt. Insbesondere erheben sich jedenfalls Zweifel, ob die angesprochene Norm, gemessen an Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie, nicht schon deshalb zweckwidrig ist, weil sie nur auf das zahlenmäßige Verhältnis von Frauen und Männern im Beförderungsamt abstellt. Die bisherige berufliche Entwicklung der jeweiligen männlichen und weiblichen Bewerber einschließlich der Rahmenbedingungen, unter denen sie sich vollzogen hat, wird damit ausgeblendet. Namentlich werden die geschlechtsspezifischen Chancen zur Zeit der erstmaligen Bewerbung um Einstellung in den öffentlichen Dienst, zur Zeit der Einstellung selbst und zur Zeit etwaiger früherer Beförderungen nicht in den Blick gefaßt. Auch die Situation in dem jeweils von den Bewerbern innegehaltenen Amt wird nicht in die Überlegungen einbezogen. § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG leidet von

daher in bezug auf die mittelfristig zu betrachtende und zu würdigende soziale Wirklichkeit am Mangel einer sachwidrigen Verkürzung der Erkenntnisgrundlage.

Außerdem drängt sich die Frage auf, ob § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG überhaupt darauf gerichtet ist, die Fähigkeit der Frauen zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie die Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen. Denn die gesetzliche Regelung intendiert gerade eine vom Befähigungsprofil und dessen Optimierung abgelöste, lediglich an das Geschlecht anknüpfende Bevorzugung der Frauen.

Schließlich ist es offen, ob im Zusammenhang mit § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG noch von einer „Förderung der Chancengleichheit“ die Rede sein kann. In der Normierung einer zahlenmäßig gleichen Besetzung von Beförderungsstellen mit Männern und Frauen wird nämlich bereits ein Ergebnis vorweggenommen und festgeschrieben, das erst durch Maßnahmen erreicht werden soll, wie sie dem Richtliniengeber bei Art. 2 Abs. 4 ersichtlich vorschwebten.

In Anbetracht dessen hat sich die Kammer in Würdigung der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Oktober 1995 – Rs. C – 450/93 – aus doppeltem Grunde zu der Vorlage entschlossen:

- Zum einen geht es im vorliegenden Rechtsstreit, verglichen mit der rechtlichen Ausgangssituation, die dem eben erwähnten Urteil zugrunde lag, um die entscheidungserhebliche Frage der Vereinbarkeit einer anderen, wenn auch sachverwandten gesetzlichen Bestimmung mit der Richtlinie.
- Zweitens führt die in dem Urteil unter (22) verwendete Wortfolge „absolut und unbedingt“ zu der dort jedenfalls nicht *expressis verbis* behandelten Frage, ob eine nationale gesetzliche Regelung als mit der Richtlinie vereinbar anzusehen ist, wenn sich in ihr – wie in § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG – eine sog. Öffnungsklausel findet, nach der es möglich ist, einen männlichen Mitbewerber bei überwiegenden, in seiner Person liegenden Gründen in einer Beförderungskonkurrenz ausnahmsweise gegenüber einer gleich qualifizierten Frau vorzuziehen.

Mitgeteilt von Heike Dieball, Hildesheim

Anmerkung

Im Oktober 1995 entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH), in der Rechtssache „Kalanke“ (STREIT 4/95, S. 159 ff.), daß die Regelung gem. § 4 Abs. 2 Bremer Landesgleichstellungsgesetz (BremLGG), welche Frauen bei gleicher Qualifikation wie männliche Mitbewerber bei einer Beförderungsstelle in einem Bereich, in dem Frauen bisher

unterrepräsentiert sind, bevorzugt, gegen Art. 2 Abs. 1 und 4 der sog. Gleichbehandlungsrichtlinie der EG verstößt, wenn Frauen beim Vorliegen dieser Voraussetzungen automatisch der Vorrang eingeräumt wird. Das Urteil geht zurück auf ein Vorabentscheidungsverfahren des BAG (die abschließende Entscheidung des BAG lag beim Abfassen dieser Anmerkung noch nicht vor).

Gegner und Gegnerinnen sog. Quotenregelungen „witterten Morgenluft“ und stimmten in einem lautstarken Chor der pauschalen EG-Rechtswidrigkeit aller Frauenförderregelungen ein, ohne auf die Stimmen der Expertinnen zu achten. Denn es sei daran zu erinnern, daß der Gerichtshof gem. Art. 177 EGV nicht befugt ist, im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung des innerstaatlichen Rechts zu befinden (u.a.: Rs. C-307/95 – Max Mara – Urte. v. 21.12.1995). Diese Auslegung obliegt dem innerstaatlichen Gericht, das bis zur Beantwortung der Vorlagefragen das laufende nationale Verfahren aussetzt.

Vorabentscheidungen des EuGH haben für das vorliegende Gericht eine Bindungswirkung, die sich auf gleichgelagerte Rechtsfragen erstreckt (ausführlich: Dieball in : Schieck, Buhr, Dieball u.a., Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Kommentar für die Praxis, Köln 1996, Rn. 80 ff.).

Vor diesem Hintergrund muß der Beschluß des VG Gelsenkirchen eingeordnet werden. Dem VG erscheint es „äußerst fraglich“, ob § 25 Abs. 5 S. 2 Halbs. 1 LBG den Anforderungen einer Ausnahmeregelung, wie sie Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie vorschreibt, genügt. § 25 Abs. 5 Satz

2 Halbs. 1 LBG NRW bestimmt, daß Frauen bei Unterrepräsentanz im jeweiligen Beförderungsamte der zuständigen Behörde und beim Vorliegen gleicher Qualifikationsvoraussetzungen bevorzugt zu befördern sind, „sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen; ...“.

Hier besteht also ein gravierender Unterschied zur expliziten Beförderungsregelung des BremLGG, das eine leistungsabhängige Entscheidungsquote ohne Härteklausele bei Beförderungen vorschreibt. (Das BAG hat allerdings im Vorlagebeschluß ausgeführt, § 4 Abs. 2 BremLGG sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, daß zur Vermeidung von Härten im Einzelfall von der Quotierungspflicht abgewichen werden könne; kritisch hierzu: Pfarr Anm. zu BAG AP Nr. 193 zu Art. 3 GG).

Die Entscheidung des EuGH kann also nicht postwendend auf das LBG NRW angewandt werden (ausführlich zu den Auswirkungen auf alle bundesdeutschen Frauengleichstellungsgesetze: Dieball/Schieck „Bevorzugung ja – allerdings nicht automatisch“, EuroAS 1995, S. 183 ff.), wie es das OVG Münster in seinem Beschluß vom 19.12.1995 getan hat.

Das VG Gelsenkirchen wird mit seiner Vorlage dazu beitragen, vom EuGH ausloten zu lassen, wie „weich“ eine Gleichstellungsgesetzgebung sein muß, um den Anforderungen des EG-Rechts zu genügen (s. Colneric, Anm. zur „Kalanke-Entscheidung des EuGH, STREIT 1995, S. 168 f.). Einen anderen Weg ist das ArbG Berlin in seiner Entscheidung v. 10.1.1995 (in diesem Heft) gegangen, in dem es klar entschieden hat, daß § 8 Abs. 2 Berliner LGG im Einklang mit dem EG-Recht steht, da es anders als § 4 Abs. 2 BremLGG eine Härtefallklausel zugunsten eines gleichqualifizierten männlichen Mitbewerbers beinhaltet.

Wie die Ausnahmeregelung beschaffen sein muß, damit Frauen bei Unterrepräsentanz nicht „automatisch“ sowie „absolut und unbedingt“ vor einem gleichqualifizierten Mitbewerber bevorzugt werden, hat der EuGH nicht vorgegeben. Es sind mehrere denkbare Ausnahmen möglich, wie z.B. die sog. „Härteklausele“ oder individuelle Lösungen, die im Interesse der jeweiligen Behörde stehen (weiterführend: Sporrer, „Automatische“ Frauenquoten widersprechen EU-Recht, DRdA 1996, S. 79 ff.).

Möglich wäre aber auch die Ausweitung des primären EG-Rechts, welches um einen Rechtsanspruch auf Frauenförderung erweitert werden könnte. Hierzu bietet sich die Regierungskonferenz 1996 („Maastricht II“) geradezu an.

Nur ... der Wind weht aus einer anderen Richtung ..., hoffen wir, daß er sich dreht!

Heike Dieball