

teilung von Frauenquoten. Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1988, 2201; Zuck, Die quotierte Frau, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1988, 459; Sachs, Gleichberechtigung und Frauenquoten, NJW 1989, 553; Verwaltungsgericht Bremen, Urteil vom 26. November 1987 – 3 A 392/86 –, NJW 1988, 3224, siehe STREIT 2/88, 54, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.)

Jedenfalls reicht eine Verwaltungsvorschrift wie das Frauenförderungskonzept, auf das der Regierungspräsident die angegriffene Entscheidung stützt, als Rechtsgrundlage für derartige Kompensationsmaßnahmen nicht aus. Denn die sozialstaatlich motivierte Bevorzugung der Frauen im Rahmen eines typisierenden Quotensystems führt im Einzelfall zu einer empfindlichen Benachteiligung des als Beförderungsbewerber unterlegenen Mannes; sie läuft insoweit faktisch auf eine Einschränkung des sich aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ergebenden Diskriminierungsverbots hinaus. Das Sozialstaatsprinzip vermag aus sich heraus jedoch nicht unmittelbar grundrechtseinschränkende Wirkungen zu entfalten. Insoweit bedarf es vielmehr in jedem Fall einer näheren Konkretisierung durch den Gesetzgeber. (Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 13. Januar 1982 – 1 BvR 848/77 u.a. –, BVerfGE 59, 231 (263); Eckertz-Höfer, Frauen kommen ... Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot, in: Festschrift für Simon, 1987, S. 447 (472); Benda, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, 1986, S. 154 f; (für die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung im Hinblick auf die "Wesentlichkeitstheorie" auch S. 194 ff).)

Abgesehen davon ist die Präzisierung des Sozialstaatsprinzips ohnehin in erster Linie Sache des Gesetzgebers. (Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 18. Juli 1967 – 2 BvF 3/62 u.a. –, BVerfGE 22, 180 (204); vgl. auch Beschluß vom 28. Januar 1987 aaO; von Münch-Schnapp, Grundgesetzkommentar, 3. Aufl. 1985, RdNr. 19 zu Art. 20 mit weiteren Nachweisen.)

Letztlich geht – worauf das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen hat – auch die Landesregierung in der Begründung des bereits zitierten Gesetzentwurfs davon aus, daß quotierende Maßnahmen zur Förderung des Beschäftigungsanteils von Frauen im öffentlichen Dienst einer gesetzlichen Grundlage bedürfen (S. 8 der Landtagsdrucksache 10/3849). Inwieweit sich die Erforderlichkeit eines derartigen Gesetzes darüber hinaus auch aufgrund der Tatsache ergibt, daß sowohl § 7 des Beamtenrechtsrahmengesetzes als auch § 7 des Landesbeamtengesetzes NW eine geschlechtsbezogene Bevorzugung von Bewerbern bei Ernennungen verbietet, bedarf danach keiner Klärung mehr. (Vgl. hierzu Benda, aaO, S. 200 f.)

Die erforderliche gesetzliche Ermächtigung ergibt sich im übrigen nicht aus dem "Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Besei-

tigung jeder Form von Diskriminierung der Frau" vom 25. April 1985 (Bundesgesetzblatt II, S. 647) (Anderer Ansicht Verwaltungsgericht Bremen, Urteil vom 26. November 1987 aaO.) Durch das mit diesem Gesetz ratifizierte Übereinkommen haben sich die Vertragsstaaten verpflichtet, "unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen" (Art. 2 des Übereinkommens). Dabei sind sie übereingekommen, daß zeitweilige Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht als Diskriminierung im Sinne des Übereinkommens gelten sollen (Art. 4. Abs. 1). Diese Regelung umschreibt den Handlungsspielraum, der den Vertragsstaaten im Rahmen der mit dem Übereinkommen übernommenen Verpflichtung zustehen soll. Sie bezieht sich in diesem Sinne allein auf das Verhältnis zwischen den Vertragspartnern; innerstaatliche Wirkungen entfaltet sie nicht. Als gesetzliche Grundlage für zum Nachteil von Männern getroffene Verwaltungsmaßnahmen kommt sie demnach nicht in Betracht.

Nach alledem ist ungeachtet der Frage, ob eine an Quoten orientierte Bevorzugung von Frauen bei der Besetzung von Beförderungssämtern mit dem sich aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ergebenden Differenzierungsverbot überhaupt vereinbar ist, die angegriffene Beförderungsentcheidung des Regierungspräsidenten Arnsberg schon deshalb ermessensfehlerhaft, weil jedenfalls derzeit noch mangels einer gesetzlichen Regelung das Geschlecht der Bewerber als zulässiges Auswahlkriterium ausscheidet. Der Regierungspräsident wird demgemäß das ihm zustehende Auswahlermessen unter Außerachtlassung dieses Gesichtspunktes erneut betätigen müssen. Dabei hält es der Senat im Interesse effektiver Rechtsschutzgewährung für erforderlich, daß die – mit einer Begründung versehene – Auswahlentscheidung dem Antragsteller zur Kenntnis gebracht wird und der Antragsteller binnen einer Woche nach Kenntnisnahme Gelegenheit erhält, erforderlichenfalls erneut um vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen, bevor die Ernennung ausgesprochen wird.

Mitgeteilt von RAin Barbara Degen, Bonn

II VerwG Köln

Die auf das Frauenförderungskonzept gestützte Berücksichtigung des Geschlechts der Bewerberin ist ein sachfremder Gesichtspunkt, auf den eine Ermessensentscheidung (hier: Beförderung) nicht gestützt werden darf.

Beschluß des VerwG Köln vom 12.7.1989 – 19 L 988/89 –

Aus den Gründen:

I.

Der 1931 geborene Antragsteller ist als Oberstudienrat am S. Gymnasium in K. tätig. Zum 1. Februar 1989 stand am S.

Gymnasium in K. eine Stelle der Besoldungsgruppe A 15 – "Studiendirektor zur Koordinierung schulfachlicher Aufgaben Fachbereich: Koordinationsaufgaben im Bereich der Erprobungs- und Mittelstufe" zur Besetzung an. Der Antragsteller bewarb sich neben weiteren Bewerbern um diese Stelle. Die anlässlich dieser Bewerbung erstellte dienstliche Beurteilung des Antragstellers stellt im Gesamturteil fest, die Leistungen entsprächen den Anforderungen in besonderem Maße.

Der 1951 geborenen, als Oberstudienrätin tätigen Beigeladenen, die sich ebenfalls für diese Stelle beworben hat, wurde in ihrer – anlässlich dieser Bewerbung erstellten – dienstlichen Beurteilung bescheinigt, die Leistung entspräche den Anforderungen in besonderem Maße. Drei weitere – männliche – Bewerber erhielten in ihren dienstlichen Beurteilungen ebenfalls dieses Prädikat.

Unter dem 1. Juni 1989 übte der Regierungspräsident die schulfachliche Beratung aus und stellte fest, der Antragsteller, die Beigeladene und drei weitere – männliche – Bewerber seien gut geeignet für die zu besetzende Stelle, zwei Bewerber seien geeignet. Er führte weiter aus, er empfehle im übrigen, bei den Auswahlüberlegungen die Grundsätze des Frauenförderungskonzeptes (SMB I. NW 203) zu beachten.

Mit Schreiben vom 16. Juni 1989 schlug die Stadt K. für die Besetzung der Stelle die Beigeladene vor. Der Antragsgegner beabsichtigt nunmehr, nachdem das personalvertretungsrechtliche Mitbestimmungsverfahren durchgeführt wurde, der Beigeladenen die Stelle zu übertragen.

Der Antragsteller hat um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Er macht geltend, der Schulträger habe die Beigeladene aufgrund des Frauenförderungskonzeptes ausgewählt und habe damit, wie das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NW) in seinem Beschluß vom 15. Juli 1989 – 6 B 1318/89 – klargestellt habe, unsachliche Erwägungen in die Entscheidung einfließen lassen. Da er im Vergleich zu der Beigeladenen ein höheres Lebens- und Dienstalter aufweise, sei er auszuwählen gewesen.

II.

Der Antrag auf vorläufige Untersagung der Stellenbesetzung hat Erfolg.

Im Hinblick auf die erklärte Absicht des Regierungspräsidenten, der Beigeladenen die in Rede stehende Beförderungsstelle alsbald zu übertragen, ist ein Anordnungsgrund ohne weiteres zu bejahen.

Dem Antragsteller steht auch ein Anordnungsanspruch zur Seite. Er kann verlangen, daß die beabsichtigte Stellenbesetzung vorläufig unterbleibt, da nicht auszuschließen ist, daß die bisherige Auswahlentscheidung des Antragsgegners ermessensfehlerhaft ist und eine – neue – fehlerfreie Ermessensentscheidung zu einer Beförderung des Antragstellers führen würde. (Von diesen Anforderungen ausgehend der 1. und 12. Senat des OVG NW, vgl. z.B. Beschluß vom 30. August 1985 – 1 B 319/85 –, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1986, S. 773, Beschluß vom 30. April 1984 – 12 B 749/84 – und Beschluß vom 3. August 1988 – 12 B 1663/88 –, ebenso Günther, Einstweiliger Rechtsschutz im Vorfeld der Beförderung, NVwZ 1986, S. 697 (703) m.w.N.)

Der Antragsgegner hat im Rahmen seiner Entscheidung, ob er die vom Schulträger vorgeschlagene Beigeladene zur Studiendirektorin ernennt – oder ob er den Vorschlag gemäß § 23 Abs. 1 c) Satz 1 SchVG zurückweist – einerseits das Vorschlagsrecht der Stadt K. als Schulträger zu berücksichtigen.

Andererseits gewährt aber das Vorschlagsrecht, wie schon der Name sagt, kein Entscheidungs- oder Mitentscheidungsrecht. Die Anstellungsbehörde ist insbesondere an die allgemeinen beamtenrechtlichen Vorschriften gebunden, § 23 Abs. 1 c) Satz 1 Halbsatz 2 SchVG, und hat daher zu berücksichtigen, daß Stellenbesetzungen, die wie hier mit einer Beförderung verbunden sind, nach dem Prinzip der Bestenauslese vorzunehmen sind, d.h., der Dienstposten ist demjenigen zu übertragen, der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung am besten für die Wahrnehmung der Dienstaufgaben geeignet erscheint.

Daß der Antragsgegner jedoch das ihm zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat, kann im Rahmen der vorliegenden lediglich summarischen Prüfung nicht festgestellt werden; vielmehr spricht einiges dafür, daß der Antragsgegner sachfremde Gesichtspunkte in seine Entscheidung hat einfließen lassen.

Zunächst ist nicht zu beanstanden, daß der Antragsgegner, wie in der schulfachlichen Beratung festgelegt, eine gleiche Eignung des Antragstellers und der Beigeladenen zugrunde gelegt hat.

Der Antragsgegner hat jedoch nicht dargelegt, aufgrund welcher Ermessenserwägungen er die Bei-

geladene, die er ebenso wie vier weitere – männliche – Bewerber als gut geeignet eingestuft hat, zur Studiendirektorin ernennen will. Seine Erklärung im vorliegenden Eilverfahren trifft hierzu keine Aussage. Die bloße Angabe, auch nach dem Beschluß des OVG NW vom 15. Juni 1989 – 6 B 1318/89 – sei eine Beförderung gleich gut geeigneter Frauen nicht ausgeschlossen, reicht insoweit nicht aus. Zwar ist eine Entscheidung, die sich von einem sachgerechten Beförderungsvorschlag des Schulträgers leiten läßt, grundsätzlich nicht als ermessensfehlerhaft zu bezeichnen. (Vgl. OVG NW; Beschluß vom 5. September 1988 – 6 B 1805/88 –.)

Vorliegend hat der Antragsgegner aber nicht erklärt, daß er sich bei seiner Entscheidung von dem Vorschlag der Stadt K. hat leiten lassen. Eines Eingehens darauf, ob es sich bei dem Vorschlag der Stadt K. – im Hinblick auf die Empfehlung des Antragsgegners in der schulfachlichen Beratung, das Frauenförderungskonzept zu beachten – um einen sachgerechten Vorschlag handelt, bedarf es daher nicht.

Es spricht jedoch einiges dafür, daß der Antragsgegner in seine Entscheidung, die Beigeladene zu befördern, zumindest auch sein Frauenförderungskonzept einbezogen hat. Dieses hat er zwar nicht eindeutig erklärt, die Gesamtumstände, insbesondere seine Empfehlung an den Schulträger im Rahmen der schulfachlichen Beratung, das Frauenförderungskonzept zu beachten, sprechen jedoch dafür, daß auch er selbst dieses Frauenförderungskonzept in seine Entscheidung einbezogen hat. Die auf das Frauenförderungskonzept des Landes (Rd. Erl. des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 8. Mai 1985 – LF 1-6504.1 – MB1. NW, S. 858) gestützte Berücksichtigung des Geschlechts des Bewerbers (Nr. 1.2 des Erlasses) ist jedoch ein sachwidriger Gesichtspunkt, auf den eine Ermessensentscheidung nicht gestützt werden darf. (Vgl. im einzelnen OVG NW, Beschluß vom 15. Juni 1989 – 6 B 1318/89 –, S. 4 ff.)

Kann im vorliegenden summarischen Verfahren nicht festgestellt werden, daß der Antragsgegner sein Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat, ist die Besetzung der Stelle mit der Beigeladenen vorläufig zu untersagen.

Mitgeteilt von RAin Barbara Degen, Bonn

Anmerkung

Selten hat ein Beschluß in einem einstweiligen Anordnungsverfahren derartige Aufmerksamkeit erregt, wie der Beschluß des OVG Münster vom 15. Juni 1989: Endlich ist Verwaltungsjuristen, Gegnern von Frauenförderplänen und -gesetzen und anderen Status-quo-Verfechtern bestätigt worden, daß die bevorzugte Einstellung und Beförderung von Frauen verfassungswidrig ist. Der kleine Schönheitsfehler,

daß es sich nicht einmal um ein Endurteil und schon gar nicht um eine höchstrichterliche Entscheidung handelt, wird dabei gerne übersehen, hat doch endlich einmal ein Gericht den Mut gefunden, die Frauen in ihre Schranken zu weisen und das Recht der Männer auf ihre bevorzugte Einstellung und Beförderung und gegen unerwünschte weibliche Konkurrenz zu verteidigen.

Nicht genug damit. Hätte in den beiden Fällen keine Frauenförderrichtlinie, die übrigens nur eine Soll-Bevorzugung enthielt, existiert, hätte keine der beiden Beförderungen juristisch angegriffen werden können. Da die Bewerberin/der Bewerber gleich qualifiziert waren, hätten die jeweiligen Behörden einen nicht überprüfbaren Ermessensspielraum gehabt. Frauenförderrichtlinien – das mußte ja einmal gerichtlich ausgesprochen werden – können den Frauen nur schaden. Die Fortführung dieses Gedankens durch das Verwaltungsgericht Köln ist nur konsequent: Wenn eine Frau bevorzugt wird – egal weshalb – spricht eigentlich alles für eine "sachfremde Entscheidung".

Daß die Männerjustiz den Gleichberechtigungsgrundsatz in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in sein Gegenteil verkehrt und zur Aufrechterhaltung des patriarchalischen Herrschaftssystems nutzt, ist nicht neu. Bereits der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 2 GG vom 18.12.1953 (BVerfGE 3, 225 ff.) lag der Versuch des OLG Frankfurt zugrunde, Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als "unverbindlichen Programmsatz" und "verfassungswidrige Verfassungsnorm" zu Fall zu bringen. Das Bundesverfassungsgericht wehrte diesen Versuch zwar ab, stellte aber gleichzeitig die Weichen für die künftigen Interpretationen als "Männergrundrecht". Das "Geschlecht" dürfe kein Anknüpfungskriterium sein, die biologischen und funktionalen Unterschiede zwischen den Geschlechtern sollten auch in Zukunft unterschiedliche Behandlungen rechtfertigen. Die Funktion des Grundrechts, die Beschränkungen der weiblichen Existenz zu beseitigen, den Frauen für die Zukunft eine andere gesellschaftliche und rechtliche Stellung einzuräumen und das Machtungleichgewicht zwischen Männern und Frauen zu verbieten, blieb unerwähnt.

Inzwischen ist dieses Interpretationsmuster etwas modernisiert worden. Bendas Gutachten über die "Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst" (Hamburg 1986) räumt nunmehr zwar ein, daß Art. 3 Abs. 2 GG auch einen Verfassungsauftrag enthält, stützt aber letztlich in der Trennung zwischen diesem Verfassungsauftrag und dem individuellen Grundrecht (vor allem für Männer) den Widerstand gegen effektive Frauenförderung.

In dieses Bild paßt, daß die klaren und eindeutigen internationalen Bestimmungen in der Bundesrepublik weitgehend unbeachtet blieben: