

2. Neue Rechtslage

Gem. § 16 Abs. 1 AuslG (neu) kann die Wiedereinreise nicht nur dann erlaubt werden, wenn eine schulische oder berufliche Ausbildung fortgesetzt werden soll, sondern auch, um eine Arbeit aufzunehmen, d.h. eine selbstständige Beschäftigung auszuüben. Gem. § 16 Abs. 1 Ziff. 1 ist ferner Voraussetzung, daß die/der Ausländer/in sich vor ihrer/seiner Ausreise ins Heimatland acht Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten und sechs Jahre im Bundesgebiet eine Schule besucht hat. Gem. § 16 Abs. 1 Ziff. 2 muß ihr/sein Lebensunterhalt aus eigener Erwerbstätigkeit oder durch eine Unterhaltsverpflichtung, die ein/e Dritte/r für die Dauer von fünf Jahren übernommen hat, gesichert sein.

Hier liegt die eigentliche Problematik der Regelung. Zunächst ist es äußerst unwahrscheinlich, daß sich ein/e Dritte/r finden wird, die/der sich verpflichtet, fünf Jahre lang für den Unterhalt der rückkehrwilligen jungen Frau aufzukommen. Die zweite Variante, daß der Unterhalt aufgrund eigener Erwerbstätigkeit gesichert sein muß, benachteiligt wiederum junge Frauen. Denn in den seltensten Fällen werden sie bereits zum Zeitpunkt der Ausreise in ihr Heimatland eine abgeschlossene Berufsausbildung haben. Sie sind also in diesem Fall darauf angewiesen, sich mit Aushilfsjobs und ungelernten Tätigkeiten den Lebensunterhalt zu verdienen. Zusätzlich eine Berufsausbildung nebenher zu machen, dürfte fast unmöglich sein, so daß das Ausbildungsdefizit von ausländischen Frauen dadurch noch verstärkt wird.

Beschlüsse mit Anmerkung

§ 123 I VwGO. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, Frauenförderungskonzept des Landes NW vom 8.5.1985

Männerförderung

I.

OVG NW

Die Bevorzugung einer Frau aus Frauenförderungsgesichtspunkten führt zu einer empfindlichen Benachteiligung des unterlegenen Mannes und damit zu einer Einschränkung des Diskriminierungsverbots (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG). Für eine derartige Maßnahme reicht eine Verwaltungsvorschrift (hier: Frauenförderungskonzept des Landes NW) als Rechtsgrundlage jedenfalls nicht aus.

Beschluß des OVG NW vom 15.6.1989 – 6 B 1318/89 –

Aus den Gründen:

I.

Der 1954 geborene Antragsteller, der verheiratet ist und fünf Kinder hat, steht als Realschullehrer im Dienst des Antragsgegners. Er ist zur Zeit an der X-Realschule in B. tätig. Die 1955 geborene, kinderlos verheiratete Beigeladene ist als Lehrerin für die Sekundarstufe I an der Y-Realschule in B. tätig. Durch Schreiben vom 30. November bzw. 11. Dezember 1988 bewarben sich der Antragsteller und die Beigeladene um die Stelle eines Realschulkonrektors an der letztgenannten Schule. Beide Bewerber wurden daraufhin vom zuständigen schulfachlichen Dezernenten des Regierungspräsidenten überprüft; die aufgrund der Überprüfung erstellten dienstlichen Beurteilungen enden jeweils mit dem Gesamturteil "Die Leistungen entsprechen den Anforderungen in besonderem Maße". Beide Bewerber wurden zur weiteren dienstlichen Verwendung als Realschulkorrektor vorgeschlagen.

Durch Schreiben vom 28. Februar 1989 teilte der Regierungspräsident dem Schulträger – der Stadt B. – mit, daß er beabsichtige, die ausgeschriebene Stelle mit der Beigeladenen zu besetzen.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller in dem vorliegenden Verfahren, in dem er geltend gemacht hat, daß ihm bei der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle sowohl nach seinem Dienst- als auch nach seinem Lebensalter der Vorzug gegenüber der Beigeladenen gebühre. Auch im Hinblick auf seine familiäre Situation dürfe er nicht zugunsten der Beigeladenen übergangen werden. Er hat beantragt,

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu untersagen, die Stelle des Realschulkonrektors an der Y-Realschule mit einem anderen Beamten als ihm – dem Antragsteller – zu besetzen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Antrag abzulehnen,

und zur Begründung vorgetragen: Angesichts des Umstandes, daß der Antragsteller und die Beigeladene gleich qualifiziert seien, habe er – der Antragsgegner – sich veranlaßt gesehen, der Beförderungsentscheidung zusätzliche Auswahlkriterien zugrunde zu legen. Dabei sei in seine Erwägungen maßgeblich das Frauenförderungskonzept des Landes Nordrhein-Westfalen (Runderlaß des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 8. Mai 1985 – LE 1 – 5504.1, Ministerialblatt NW 5. 858) eingegangen, das unter Nr. 1.2 eine Regelung vorsehe, derzufolge Frauen bei der Besetzung von höherwertigen Stellen – bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung wie männliche Bewerber – so berücksichtigt werden sollten, daß sie in angemessenen Zeiträumen in allen Ämtern der Besoldungsgruppen entsprechend ihrem Anteil in der jeweiligen Laufbahngruppe vertreten seien. Bei Abwägung der entscheidungsrelevanten privaten und dienstlichen Gegebenheiten beider Bewerber habe dieser Gesichtspunkt letztlich den Ausschlag gegeben. Die Beigeladene sei dem Antragsteller vorzu-

ziehen, da die den Frauen zustehende Quote in der Laufbahngruppe der Realschullehrer noch nicht annähernd erfüllt sei. Ihre Beförderung entspreche dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 des Grundgesetzes – GG –, um die tatsächliche Gleichheit der Beamtinnen im Realschuldienst in der sozialen Wirklichkeit herbeizuführen.

Durch den angefochtenen Beschluß hat das Verwaltungsgericht dem Antrag des Antragstellers entsprochen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt: Mit der Entscheidung, die Beigeladene zu befördern, setze sich der Regierungspräsident A. in Widerspruch zu der Landesregierung. Diese habe in der Begründung ihres Entwurfs eines „Gesetzes zur Förderung der beruflichen Chancen für Frauen im öffentlichen Dienst“ die Auffassung vertreten, daß Maßnahmen zur Förderung des Beschäftigungsanteils von Frauen in diesem Bereich einer gesetzlichen Grundlage bedürften. Da das Gesetzgebungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei, verstoße die Entschliebung des Regierungspräsidenten in einer den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzenden Weise gegen die Festlegung der für die Ernennung der Beamten als oberste Landesbehörde zuständigen Landesregierung, daß dem Gesichtspunkt der Frauenförderung nur aufgrund einer gesetzlichen Regelung Geltung zu verschaffen sei.

Zur Begründung seiner hiergegen gerichteten Beschwerde trägt der Antragsgegner vor: Das Verwaltungsgericht habe durch den Beschluß die Grenze der gerichtlich zulässigen Ermessenskontrolle überschritten. Es sei allein Sache des Dienstherrn zu bestimmen, welchem von mehreren gleich geeigneten Bewerbern er letztlich eine Beförderungsstelle übertragen wolle. Ihm und nicht dem Verwaltungsgericht obliege die Auswahl der einer solchen Entscheidung zugrundezulegenden Hilfskriterien. Abgesehen von dem – hier nicht gegebenen – Fall einer Ermessensreduzierung auf Null könne das Gericht demgemäß allenfalls verfügen, daß eine Beförderungsstelle frei gehalten werde.

II.

Die Beschwerde ist zulässig; sie hat jedoch keinen Erfolg.

Das nach § 123 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – zu beurteilende Begehren des Antragstellers setzt die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs sowie eines Anordnungsgrundes voraus. Ein Anordnungsgrund ist wegen der vom Regierungspräsidenten beabsichtigten Ernennung der Beigeladenen zur Realschulkonrektorin der Y-Realschule gegeben. Auch seinen Anordnungsanspruch hat der Antragsteller glaubhaft gemacht.

Dieser ergibt sich allerdings nicht daraus, daß der Antragsgegner gehalten wäre, statt der Beigeladenen den Antragsteller zu befördern. Beförderungsentscheidungen sind nach dem Grundsatz der Bestenauslese vorzunehmen; die dienstlichen Beurteilungen weisen beide Bewerber als gleichqualifiziert für die zu besetzende Stelle aus. Bei einer derartigen Ausgangslage kann der Dienstherr grundsätzlich frei darüber befinden, welchen zusätzlichen sachgerechten Kriterien er bei der zu treffenden Auswahl im Rahmen seiner Ermessensausübung größere Bedeutung beimißt. (Vgl. Urteile des Senats vom 5. November 1985 – 6 A 468/84 – und vom 4. Februar 1986 – 6 A 1126/84 –.)

Indessen hat der Antragsteller glaubhaft gemacht, daß er durch die vom Regierungspräsidenten Arnsberg in Aussicht genommene Beförderung der Beigeladenen und die damit verbundene Ablehnung seiner Bewerbung in dem – nach § 123 Abs. 1 Satz 1

VwGO sicherungsfähigen (vgl. Beschluß des Senats vom 26. Juni 1986 – 6 B 1127/86 –) – Recht auf eine ermessensfehlerfreie Beförderungsentcheidung verletzt zu werden droht. Auch wenn nämlich die Auswahl der – hier entscheidenden – qualifikationsunabhängigen Kriterien im Ermessen der Ernennungsbehörde liegt, so darf sie den Bewerber gleichwohl nicht mit unsachlichen Erwägungen von der Beförderung ausschließen. (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 24. November 1988, 2 C 10.86 –, Dokumentarische Berichte, Ausgabe B, 1989, 22 (35).)

Bei der in dem vorliegenden Verfahren allein gebotenen summarischen Prüfung aber stellt sich das Geschlecht der Beigeladenen, auf das der Regierungspräsident unter Bezugnahme auf die Regelung in Nr. 1.2 des Frauenförderungskonzeptes bei seiner Ermessensbetätigung entscheidend abgestellt hat, in diesem Sinne grundsätzlich nicht als ein sachliches Auswahlkriterium dar. Der in Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes – GG – enthaltene Gleichberechtigungsgrundsatz schließt eine solche Differenzierung vom Ansatz her ebenso aus wie das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG, wonach niemand „wegen seines Geschlechts“ benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Hiernach ist allen staatlichen Organen (Art. 1 Abs. 3 GG) – also auch dem Regierungspräsidenten – die Berufung auf das unterschiedliche Geschlecht zur Begründung für eine Ungleichbehandlung kraft Verfassungsvorschrift untersagt. Lediglich ausnahmsweise ist eine Differenzierung nach dem Geschlecht zulässig, wenn im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses eine besondere Regelung erlaubt oder sogar geboten ist. (Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluß vom 28. Januar 1987 – 1 BvR 455/82 –, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 74, 163 (179).)

Hiervon ausgehend ist eine Ungleichbehandlung ferner dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie einem sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen dienen soll, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede zurückgehen. Darin liegt keine Ungleichbehandlung „wegen des Geschlechts“, sondern eine Maßnahme, die auf eine Kompensation erlittener Nachteile zielt. (Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 28. Januar 1987 aaO (S. 180).)

Ob unter diesem Gesichtspunkt eine Quotierung der Beförderungsstellen im Sinne der Regelung in Nr. 1.2 des Frauenförderungskonzeptes oder des von der Landesregierung vorgelegten Entwurfs eines „Gesetzes zur Förderung der beruflichen Chancen für Frauen im öffentlichen Dienst“ (Landtagsdrucksache 10/3849) dem Grunde nach rechtlich zulässig ist, kann hier dahinstehen. (Vgl. zum Meinungsstand zuletzt: Pfarr/Fuchsloch, Verfassungsrechtliche Beur-

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.