

Beschluss

VG Frankfurt a. M., Art. 33 Abs. 2 GG, §§ 18, 25 BBesG, §§ 7 Abs. 1, 24 Abs. 1 AGG, § 18 Abs. 1 S. 2 HGLG

Benachteiligung einer Frauenbeauftragten im Auswahlverfahren bei Beförderung

1. Die Missachtung der §§ 18, 25 BBesG (Dienstpostenbewertung) in einem Auswahlverfahren führt zur Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung.

2. Beurteilungen müssen nach einem gleichen Maßstab erstellt werden.

3. Die Entlastung einer Frauenbeauftragten von anderen dienstlichen Aufgaben ist zwingend vorgegeben. Das Unterbleiben der Entlastung kann zu einem Beurteilungsfehler führen.

Beschluss des VG Frankfurt a.M. v. 29.07.08, Az: 9 L 181/08.F

Aus den Gründen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung des Anspruchs der Antragstellerin auf ermessensfehlerfreie Bescheidung ihrer Bewerbung vom 1. September 2005 auf die ausgeschriebene Stelle einer Amtsinspektorin/eines Amtsinspektors beim Amtsgericht Hanau (überwiegend Funktionstätigkeiten im Sinne von § 3 der VO zu § 26 Abs. 4 Nr. 2 BBesG; Verfügung 2012 E-II/2-2651/05 vom 26. August 2005, lfd. Nr. 18) ist gem. § 123 Abs. 1 VwGO zulässig und begründet. [...]

Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Sie wurde durch das streitige Auswahlverfahren und die hierauf beruhende erneute Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen in ihrem von Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 134 HV, § 8 Abs. 1 Satz 1 HBG, § 10 Abs. 1 Satz 1 HGLG gewährleisteten Recht auf chancengleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Maßgabe von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verletzt. Denn das Auswahlverfahren ist fehlerhaft, ohne dass zugleich die Feststellung getroffen werden könnte, dass die Antragstellerin infolge einer für sie ungünstigen Bewerbersituation auch bei der Durchführung eines ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens aller Voraussicht nach chancenlos gewesen wäre.

Der Vergabe der streitigen Beförderungsplanstelle liegt nach wie vor keine strukturierte Dienstpostenbewertung entsprechend den Anforderungen der §§ 18, 25 BBesG zugrunde. Das Unterbleiben einer gesetzeskonformen Dienstpostenbewertung vor der Zuordnung freier höherwertiger Planstellen zu bestimmten Dienstposten im Rahmen eines Beförderungsauswahlverfahrens stellt einen Verfahrensmangel dieses Auswahlverfahrens dar, weil er zur nachfolgenden Rechtswidrigkeit der entsprechenden Ernennung

führt. Dies ergibt sich aus dem Urteil des BVerwG v. 1.2.1978 (6 C 9.77 - E 55, 212, 213 f.). [...]

Eine im Auswahlverfahren unterlegene Bewerberin kann sich auf einen solchen Mangel schon deshalb berufen, weil die Beachtung der §§ 18, 25 BBesG unter anderem dazu dient, die Gleichbehandlung der Beamten und Beamtinnen hinsichtlich ihrer Besoldung nach Maßgabe ihrer jeweiligen dienstlichen Verantwortung zu wahren und zu vermeiden, dass einander nicht gleichwertige dienstliche Anforderungen und Verantwortlichkeiten gleich bezahlt werden. Die Wahrung dieses Prinzips dient damit unmittelbar der Durchsetzung des Prinzips der Entgeltgleichheit im Verhältnis von Frauen und Männern nach Art. 141 Abs. 1, 2 EG, Art. 1 RL 75/117/EWG bzw. Art. 4 RL 2006/54/EG, des § 7 Abs. 1 AGG i. V. m. § 24 Nr. 1 AGG und seit der Zuständigkeit der Länder für das Besoldungsrecht auch der Verwirklichung von Art. 33 S. 1, 2 HV. Folglich kann sich die Antragstellerin im Rahmen ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs auf die Beachtung der bundesrechtlich nach Art. 125a Abs. 1 s. 1 GG einstweilen fortgeltenden Vorgaben der §§ 18, 25 BBesG berufen.

Eine mangelhafte Dienstpostenbewertung führt nur dann ausnahmsweise nicht zu einer Verletzung eines Bewerbers in seinem subjektiven Recht auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung, wenn der Dienstherr entweder im Verwaltungsverfahren bzw. nachträglich im gerichtlichen Verfahren die erforderlichen Erwägungen zur Dienstpostenbewertung nachholt oder die fehlerhafte Einleitung des Beförderungsverfahrens im Ergebnis für die Entscheidung in der Sache unerheblich ist (HessVGH B. v. 18.01.2000 – 1 TZ 3194/99 –, DÖD 2000, 134). [...]

Der Antragsgegner hat weder im Laufe des Verwaltungsverfahrens noch nachträglich im gerichtlichen Verfahren hinreichende, den vorstehenden Anforderungen genügende Erwägungen zur Bewertung der jeweils von den einzelnen Bewerbern und Bewerberinnen wahrgenommenen Dienstposten angestellt. [...]

Für neuartige Aufgaben ist § 3 Abs. 1 Nr. 4 der oben genannten Verordnung nicht einschlägig. Sie müssen sich in den allgemeinen Besoldungskegel einfügen. Folglich ist die Ermessensentscheidung des Antragsgegners schon aus diesem Grunde fehlerhaft. [...]

Warum der Auswahlbericht des Präsidenten des Oberlandesgerichts vom Dezember 2007 gestützt auf den Besetzungsbericht des Direktors des Amtsgerichts Hanau vom 6. Juli 2007 zu der Annahme gelangt, die Funktionstätigkeiten des Beigeladenen würden – nunmehr – überwiegen, lässt sich weder

dem Besetzungsbericht noch dem Auswahlbericht noch den Ausführungen des Antragsgegners im gerichtlichen Verfahren entnehmen. Die Änderung der Bewertung der Funktionstätigkeiten erscheint daher willkürlich und ohne sachgerechte Grundlage erfolgt zu sein, obwohl die Rundverfügung des Präsidenten des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 28.2.1972 den richtigen Weg weist, nämlich Art und Umfang der jeweiligen Dienstaufgaben prozentual darzustellen. Derartige Feststellungen fehlen.

Im Übrigen fehlt es für die Bewertung der Dienstposten der Antragstellerin und des Beigeladenen am Nachweis einer ordnungsgemäßen Mitwirkung des örtlichen Personals entsprechend § 81 Abs. 2 HPVG i. V. m. § 83 Abs. 1 HPVG. [...]

Schließlich kann auch nicht hinreichend sicher festgestellt werden, dass die insoweit fehlerhafte Einleitung des Auswahlverfahrens zumindest im Ergebnis für die Entscheidung in der Sache unerheblich ist. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die ungenügenden Erwägungen zur Wertigkeit der von den Bewerbern im einzelnen wahrgenommenen Funktionen nachteilig, weil gegebenenfalls chancenverzerrend für die Antragstellerin ausgewirkt haben. Die Dienstpostenbewertung ist völlig intransparent, d. h. undurchschaubar i. S. d. Rspr. des EuGH (U. v. 30.6.1988 - Rs. 318/86 - E 1988, 3559 = HGI-G-ES E.III.3.2 Art. 2 RL 76/207/EWG Nr. 4 Rn. 26 - „Kommission/Frankreich“). Dies allein stellt eine Diskriminierung wegen des Geschlechts dar, weil die Höherbewertung der Aufgaben des Beigeladenen nach dem Auswahlbericht entscheidungserheblich war. Für eine Rechtfertigung dieser Diskriminierung fehlt es am erforderlichen Vortrag des Antragsgegners.

Das Auswahlverfahren leidet zudem an weiteren Mängeln.

Der zweite Besetzungsbericht des Direktors des Amtsgerichts und ihm folgend der zweite Auswahlbericht des Präsidenten des Oberlandesgerichts stellen die Tätigkeit des Beigeladenen abweichend vom Inhalt der für ihn erstellten dienstlichen Beurteilungen dar. Ein nachvollziehbarer Grund ist dafür nicht ersichtlich.

20) Die Beurteilungen der Antragstellerin und des Beigeladenen dürften nach jetziger Erkenntnislage nicht aufgrund eines gleichen Beurteilungsmaßstabes erstellt worden sein. Die Beurteilungshöherstufung des Beigeladenen im Jahr 2005 und fortgeführt im Jahr 2007 beruht augenscheinlich auf der Erwägung, den Beigeladenen in der Behörde zu halten und durch eine Beförderung zu belohnen. Dies ergibt sich aus der Bemerkung, er sei gegenwärtig unverzichtbar für den Modernisierungsprozess. Diese Erwägung kann jedoch nicht in die Beurteilung der Befähigung und der erbrachten fachlichen Leistungen einfließen, sondern allenfalls auf der Grundlage

einer Beurteilung dieser Aspekte für eine Auswahlentscheidung Gewicht erlangen, die unter im Wesentlichen gleich gut Qualifizierten zu treffen wäre. [...]

Die Beurteilung der Antragstellerin beruht auf einer fehlerhaften Grundlage. Die Antragstellerin ist entgegen der zwingenden Regelung in § 18 Abs. 1 S. 2 HGI-G (früher § 20 Abs. 1 S. 2 HGI-G) nicht im erforderlichen Umfang von ihren sonstigen dienstlichen Aufgaben freigestellt worden. Die vorgeblich unzureichende Personalausstattung des Amtsgerichts konnte und kann von dieser gesetzlichen Pflicht nicht befreien. Ihre Erfüllung steht auch nicht zur individuellen Disposition des Dienststellenleiters oder der jeweiligen Frauenbeauftragten, da die amtsentsprechende Entlastung eine öffentlich-rechtliche Pflicht darstellt. Auf die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten kann nicht wirksam verzichtet werden, weil die Pflicht der ordnungsgemäßen Wahrnehmung des übertragenen Amtes der Frauenbeauftragten dient.

Die Behauptung des Antragsgegners, er habe die vollständig unterbliebene Entlastung der Antragstellerin im Bereich ihrer sonstigen dienstlichen Aufgaben in der Bewertung ihrer Leistungen berücksichtigt, verkennt, dass die Bewertung der Leistungen der Antragstellerin in ihrer Tätigkeit als Frauenbeauftragte einer dienstlichen Beurteilung grundsätzlich entzogen ist. Es hätte in Rechnung gestellt werden müssen, dass die Antragstellerin seit Beginn ihrer Amtstätigkeit als Frauenbeauftragte im Umfang dieser dienstlichen Aufgaben im Vergleich zu anderen Beschäftigten ein laufendes Übersoll leistet. In dieser Form wurden die Leistungen der Antragstellerin in ihrer Beurteilung jedoch nicht gewürdigt. Zugleich ergibt sich aus den für das Eilverfahren zugrunde zu legenden Bemerkungen des Geschäftsleiters des Amtsgerichts Hanau, Herrn K., dass der Direktor des Amtsgerichts Hanau eine Abwertung der Aufgaben der Frauenbeauftragten im Verhältnis zu anderen Dienstaufgaben vorgenommen hat. Ein solches Bewertungsrecht steht dem Dienstherrn nicht zu. Aufgrund der Höherbewertung der Aufgaben des Beigeladenen im Vergleich zu denen der Antragstellerin als Frauenbeauftragte hat dieser Aspekt auch einen sachwidrigen Einfluss auf die Auswahlentscheidung gewonnen.

Zugleich wurde gegen das Verbot verstoßen, die Frauenbeauftragte wegen ihrer amtlichen Tätigkeit im beruflichen Aufstieg nicht zu benachteiligen (§ 18 Abs. 3 S. 1 HGI-G). Da das Amt einer Frauenbeauftragten nur von einer Frau wahrgenommen werden kann (§ 14 Abs. 2 S. 1 HGI-G), begründen diese Umstände zugleich ein Indiz i. S. d. § 22 AGG für eine Benachteiligung der Antragstellerin in der Auswahlentscheidung wegen ihres Geschlechts. Den Antrags-

gegner trifft deshalb die Darlegungslast und die materielle Beweislast dafür, dass das Geschlecht der Antragstellerin und ihre Tätigkeit als Frauenbeauftragte in der Auswahlentscheidung keine Rolle gespielt haben (vgl. BAG v. 12.09.06 – 9 AZR 807/05 – NZA 07, 507 = AGG ES B II. 2.6. § 81 SGB IX Nr.1). Diesen Anforderungen genügen weder der zweite Auswahlbericht noch das Vorbringen im gerichtlichen Eilverfahren.