

Beschluss

VG Düsseldorf § 20 Abs. 6 S. 2 LBG

NRW 2009, §§ 8, 9 BeamStG

Bevorzugte Beförderung einer Beamtin

1. § 20 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW, wonach bei gleicher Qualifikation Frauen bevorzugt zu befördern sind, sofern sich weniger Frauen im Beförderungsamte befinden und keine in der Person des männlichen Mitbewerbers liegenden Gründe überwiegen (sog. Öffnungsklausel), ist mit höherrangigem Recht vereinbar.

2. Die §§ 9, 8 Abs. 1 Nr. 3 und 3 des auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG beruhenden Beamtenstatusgesetzes entfalten insoweit keine Sperrwirkung.

Beschluss des VG Düsseldorf vom 12.04.2010, 2 L 164/10

Aus den Gründen:

Der am 27. Januar 2010 bei Gericht eingegangene sinngemäße Antrag, dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, eine der dem Polizeipräsidium N im I. Quartal 2010 zugewiesenen Beförderungsstellen der Besoldungsgruppe A 10 BBesO, die nach der im Januar 2010 getroffenen Auswahlentscheidung für die Beigeladene vorgesehen ist, mit dieser zu besetzen, bis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts insoweit eine erneute Auswahlentscheidung getroffen worden ist, hat keinen Erfolg. [...]

Für das vom Antragsteller verfolgte Begehren besteht allerdings ein Anordnungsgrund. Der Antragsgegner hat die Absicht, die in Streit stehende Stelle (Nr. 21) alsbald mit der Beigeladenen zu besetzen. Durch deren Ernennung zur Polizeioberkommissarin und Einweisung in die freie Planstelle der Besoldungsgruppe A 10 BBesO würde das vom Antragsteller geltend gemachte Recht auf diese Stelle endgültig vereitelt. Der Antragsteller hat aber einen sein Rechtsschutzbegehren rechtfertigenden Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. [...]

Es bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken gegen die materielle Rechtmäßigkeit der Beförderungentscheidung. Die Entscheidung des Antragsgegners, die streitige Stelle mit der Beigeladenen zu besetzen, erweist sich nicht als rechtsfehlerhaft, weil unter Leistungsgesichtspunkten kein Vorsprung des Antragstellers gegenüber der Beigeladenen besteht und diese dem Antragsteller aus Gründen der Frauenförderung vorgezogen werden kann.

Ein Beamter hat keinen Anspruch auf Übertragung eines Beförderungsamtes. Er hat allerdings ein Recht darauf, dass der Dienstherr oder der für diesen handelnde Dienstvorgesetzte eine rechts-, insbesondere ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Vergabe des Beförderungsamtes trifft. Materiell-rechtlich hat der Dienstherr bei seiner Entscheidung darüber,

wem von mehreren Bewerbern er die Stelle übertragen will, das Prinzip der Bestenauslese zu beachten und Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Konkurrenten zu bewerten und zu vergleichen (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG sowie § 9 des Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern – nachfolgend: BeamStG – i.V.m. § 20 Abs. 6 Satz 1 des Beamtenstatusgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.04.2009, GV. NRW. S. 224 – nachfolgend: LBG NRW). Ist ein Bewerber besser qualifiziert, so ist er zu befördern. Im Übrigen ist die Entscheidung in das pflichtgemäße Ermessen des Dienstherrn gestellt. Der Anspruch auf Beachtung dieser Grundsätze ist nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sicherungsfähig. Soll hiernach die vorläufige Nichtbesetzung einer Beförderungsstelle erreicht werden, so müssen Umstände glaubhaft gemacht werden, aus denen sich ergibt, dass die Vergabe der Stelle an den Mitbewerber sich als zu Lasten des Antragstellers rechtsfehlerhaft erweist und dass im Falle der fehlerfreien Durchführung des Auswahlverfahrens die Beförderung des Antragstellers jedenfalls nicht ausgeschlossen erscheint. Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.09.2002 – 2 BvR 857/02, NVwZ 2003, 200; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW), Beschlüsse vom 11.05.2005 – 1 B 301/05, RiA 2005, 253, und vom 1.06.2005 – 6 B 225/05.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend aber nicht als erfüllt anzusehen.

Über die Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG verlässlich Auskunft zu geben, ist in erster Linie Sache aktueller dienstlicher Beurteilungen. Der Antragsgegner hat den aktuellen dienstlichen Beurteilungen des Antragstellers und der Beigeladenen, die nach den Beurteilungsrichtlinien im Bereich der Polizei des Landes Nordrhein-Westfalen (Runderlass des Innenministeriums vom 25. Januar 1996, später geändert durch Runderlass des Ministeriums für Inneres und Justiz vom 19.01.1999, SMBl. NRW. 203034, nachfolgend: BRL Pol) erstellt worden sind, rechtsfehlerfrei keinen Qualifikationsvorsprung eines der Beteiligten des vorliegenden Verfahrens entnommen. Denn beide Konkurrenten haben mit dem Gesamturteil „Die Leistung und Befähigung... entsprechen voll den Anforderungen“ (3 Punkte) abgeschlossen. Da auch die zugrunde liegenden Hauptmerkmale (mit 3, 4 und 3 Punkten) gleich bewertet worden sind, bestand ferner nicht die Möglichkeit, einen Qualifikationsvorsprung eines der Bewerber über eine inhaltliche Ausschöpfung (Auswertung) der Einzelbewertungen der aktuellen Beurteilungen zu ermitteln. Vgl. hierzu OVG NRW, Beschlüsse vom 5.11.2004 – 6 B 2182/04, 4.06.2004 – 6 B 637/04, und 27.02.2004 – 6 B 2451/03, DÖD 2005, 11.

Ein Leistungsvorsprung war schließlich nicht aus den Ergebnissen der früheren dienstlichen Beurteilungen herzuleiten. Vgl. hierzu BVerwG, Urteile vom 19.12.2002 – 2 C 31.01, ZBR 2003, 359, vom 27.02.2003 – 2 C 16.02, ZBR 2003, 420, und vom 21.08.2003 – 2 C 14.02, ZBR 2004, 101. Denn die zum Stichtag 1.10.2005 erstellte Regelbeurteilung des Antragstellers und die den Zeitraum vom 10.09.2004 bis 10.12.2005 erfassende Eingangsamtsbeurteilung der Beigeladenen weisen bei einem Gesamturteil von 3 Punkten und der Bewertung der Hauptmerkmale mit durchgängig 3 Punkten gleichfalls keine Unterschiede aus.

Ist demnach von einer gleichen Qualifikation des Antragstellers und der Beigeladenen auszugehen, ist die Auswahlentscheidung zu Gunsten der Beigeladenen unter Berücksichtigung des Gesichtspunkts der Frauenförderung nicht zu beanstanden. Stehen im Wesentlichen gleich qualifizierte männliche und weibliche Bewerber in Konkurrenz zueinander, so ist nach § 20 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW für die Auswahlentscheidung das gesetzliche (Hilfs-)Kriterium der Frauenförderung zu beachten.

§ 20 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG NRW hat folgenden Wortlaut: „Soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamts 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“.

Der Ansicht des Antragstellers, diese Bestimmung verstoße gegen höherrangiges Recht, vermag die beschließende Kammer nicht zu folgen. Das gilt zunächst hinsichtlich der Regelungsbefugnis des Landesgesetzgebers. Richtig ist zwar, dass mit einer Beförderung eine Maßnahme in Rede steht, die im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG den Status des Beamten betrifft und demnach der konkurrierenden Gesetzgebung (des Bundes) unterfällt, und dass der Bund aufgrund dieser Kompetenznorm das Beamtenstatusgesetz erlassen hat, welches in § 9 und § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 auch Regelungen zur Beförderung von Beamten enthält. [...]

Zwar bestimmt § 9 BeamStG als einfachgesetzliche Umsetzung des in Art. 33 Abs. 2 GG normierten Leistungsgrundsatzes auch die grundlegenden Wertmaßstäbe, nach denen Beförderungsauswahlentscheidungen zu treffen sind. Auch regelt diese Vorschrift, dass Ernennungen ohne Rücksicht (u.a.) auf das Geschlecht vorzunehmen sind, ohne zugleich einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung vorzusehen. Gleichwohl ist nicht anzunehmen, dass der Bundesgesetzgeber ergänzen-

de Regelungen durch den Landesgesetzgeber, welche auf die Gleichstellung von Frau und Mann auch im Bereich des beruflichen Aufstiegs zielen, ausschließen wollte. Dies ergibt sich nach Ansicht der Kammer aus dem Umstand, dass § 9 BeamStG die gleichlautende Vorschrift des § 7 BRRG unverändert fortgeschrieben hat und unter der Geltung des § 7 BRRG in § 25 Abs. 6 Satz 2 LBG a.F. und § 7 Abs. 1 LGG dem § 20 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW gleichlautende Bestimmungen über die Frauenförderung existierten, gegen deren Vereinbarkeit mit Bundesrecht nach herrschender Ansicht keine durchgreifenden Bedenken zu erheben waren. Denn der Umstand, dass bereits vor Inkrafttreten des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG im Zuge der Föderalismusreform sowie des Beamtenstatusgesetzes in Nordrhein-Westfalen eigene statusrechtliche Regelungen über die bei der Auswahlentscheidung zwischen Männern und Frauen anzulegenden Maßstäbe bestanden und der Bundesgesetzgeber die bisher geltende Bestimmung inhaltsgleich aufgegriffen hat, legt ungeachtet der unterschiedlichen Bindungswirkung einer Rahmengesetzgebung einerseits und der Gesetzgebungsbefugnis im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung andererseits die Annahme nahe, dass der Bundesgesetzgeber auch mit § 9 BeamStG die vorgefundenen landesrechtlichen Besonderheiten unangetastet lassen wollte. In diesem Sinne auch Auerbach/Pietsch, a.a.O., Seite 26, u.a. zur Gesetzesmaterie der Gleichstellung von Männern und Frauen.

Vorgefunden hatte der Gesetzgeber des Beamtenstatusgesetzes zudem die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH), dass Artikel 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 9.02.1976 einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts in Bezug auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung weibliche Bewerber in behördlichen Geschäftsbereichen, in denen im jeweiligen Beförderungsamts einer Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, bevorzugt zu befördern sind, sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, vorausgesetzt, diese Regelung garantiert den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zu Gunsten des männlichen Bewerbers überwiegen, und solche Kriterien haben gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung.

Vgl. EuGH, Urteil vom 11. November 1997 - C405/95 -, ZBR 1998, 132.

Diese Rechtsprechung hatten Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe zum Anlass genommen, von der Vereinbarkeit solcher Bestimmungen mit höherrangigem Recht auszugehen, die – wie § 25 Abs. 6 Satz 2 LBG a.F. – darauf ausgerichtet waren, die in der Vergangenheit durch die Rolle der Frauen in Ehe und Familie im beruflichen Bereich eingetretenen geschlechtsspezifischen Nachteile auszugleichen. Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 29.05.1998 – 12 B 247/98, RiA 1999, 144, vom 22.02.1999 – 6 B 439/98, RiA 2000, 99. Aus diesem Grunde steht die Bestimmung des § 20 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW auch gerade nicht in Widerspruch zu dem in § 9 BeamStG bei Ernennungsmaßnahmen (hier: Beförderung) aufgestellten Verbot geschlechtsspezifischer Benachteiligungen, verfolgt vielmehr deren Kompensation.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers steht die vorliegend zugunsten der Beigeladenen getroffene Auswahlentscheidung auch ansonsten mit der Rechtsprechung des EuGH und der übrigen Rechtsprechung in Einklang. Der EuGH hat sich bei seiner Entscheidung vom 11.11.1997 (a.a.O.) davon leiten lassen, dass Artikel 2 Abs. 4 lediglich eine Ausnahme von dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel enthält, in den Mitgliedsstaaten den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen u.a. hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, zu verwirklichen, und nur den bestimmten und begrenzten Zweck hat, Maßnahmen zu unterlassen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten zu Lasten weiblicher Bewerber beseitigen und verringern sollen.

Dies fordert und gebietet eine Einzelfallprüfung, wonach stets die jeweils relevanten Hilfskriterien und nicht nur der Gesichtspunkt der Frauenförderung ernst genommen und in die jeweiligen Auswählerwägungen ihrem Gewicht entsprechend einbezogen werden. Dabei muss eine rechnerische Unterbesetzung hinsichtlich der Frauenquote im Beförderungsamts der Laufbahn vorliegen. Hierzu bedarf es weder einer „signifikanten Unterrepräsentation“, vgl. OVG NRW, Beschluss vom 16.06.1999 – 6 B 941/99, noch kommt es nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 25 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG darauf an, ob sich in der jeweiligen Laufbahn generell weniger Frauen als Männer befinden. Hiernach greift vorliegend der Gesichtspunkt der Frauenförderung ein, weil der Anteil der Beamtinnen im Beförderungsamts A 10 BBesO bei nur rund 10 v.H. liegt, die Beamtinnen also deutlich unterrepräsentiert sind.

Zu Gunsten des Antragstellers greift im Verhältnis zu den Beigeladenen auch nicht die in § 20 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG NRW enthaltene „Öffnungsklausel“ ein. Hiernach kommt der Gesichtspunkt der Frauenförderung nicht zum Tragen, wenn in der Person des männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Ob dies der Fall ist, ist grundsätzlich eine Rechtsfrage, die einer uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 25.11.1999 – 6 B 1957/99, NWVBl. 2000, 229, vom 22.02.1999 – 6 B 439/98, a.a.O., und vom 24.07.2006 – 6 B 807/06, NWVBl. 2007, 57.

Dieser Ausgangspunkt wird allerdings relativiert durch die Entscheidungsfreiheit des Dienstherrn bei der der konkreten Personalentscheidung vorausgehenden Bestimmung der maßgebenden Hilfskriterien. Nicht anders als bei der Auswahl zwischen Bewerbern gleichen Geschlechts darf (und muss) der Dienstherr auch im Falle einer Konkurrenz gleich qualifizierter Bewerber unterschiedlichen Geschlechts grundsätzlich (nur) auf diejenigen Hilfskriterien zurückgreifen, die er auch sonst bei einem Qualifikationsgleichstand rechtlich bedenkenfrei anzuwenden pflegt, sofern diese keine diskriminierende Wirkung gegenüber dem weiblichen Mitbewerber haben. OVG NRW, Beschlüsse vom 22.02.1999 – 6 B 439/98, a.a.O., vom 13.04.2005 – 6 B 2711/04 – und vom 27.11.2007 – 6 B 1493/07.

Wenn der EuGH ausführt, dass stets sämtliche jeweils relevanten Hilfskriterien und nicht nur der Gesichtspunkt der Frauenförderung ernst genommen und ihrem Gewicht entsprechend in die Auswahlentscheidung einzubeziehen sind, bedeutet dies nicht, dass eine Gesamtbetrachtung aller potentiellen Hilfskriterien erfolgen muss. In die Abwägung einzustellen sind vielmehr lediglich die „jeweils relevanten“ Gesichtspunkte, wobei es dem für die Auswahlentscheidung zuständigen Dienstvorgesetzten obliegt, diese Gesichtspunkte zu bestimmen.

Bei dem PP N wird bei Auswahlentscheidungen zur Besetzung von A 10-Stellen auf der Ebene der Hilfskriterien vorrangig die Verweildauer im derzeitigen statusrechtlichen Amt (sog. Beförderungsdienstalter) zugrunde gelegt; daneben findet die Note der Zweiten Fachfachprüfung Berücksichtigung. Hiergegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Dem Dienstherrn steht es bei der Wahl der Hilfskriterien frei, mehrere Hilfskriterien kumulativ in den Blick zu nehmen, sich allgemein oder bei der Vergabe bestimmter Ämter auf die Heranziehung eines einzelnen Hilfskriteriums zu beschränken oder mehrere Kriterien in abgestufter Rangfolge heranzuziehen. Vgl. etwa Beschlüsse der Kammer vom 5.04.2005 - 2 L 134/05, www.nrwe.de, vom 2.03.2005 - 2 L 175/05 und vom 14.08.2003 - 2 L 2385/03.

Bei (im Wesentlichen) gleicher Qualifikation der Bewerber ist der Dienstherr zudem grundsätzlich darin frei, welchen (sachlichen) Hilfskriterien er im Rahmen seiner Ermessensausübung das größere bzw. ausschlaggebende Gewicht beimisst. Er ist insbesondere nicht an eine starre, etwa durch die größere Leistungsnähe bestimmte Rangfolge dieser Kriterien gebunden. Durch das Auswahlkriterium darf lediglich der zwingend zu beachtende Grundsatz der Bestenauslese nicht in Frage gestellt werden. Zudem muss der Dienstherr bei der Verwendung der Hilfskriterien auf eine „einheitliche Linie“ achten, darf von diesen also nicht „nach Belieben“, d.h. ohne erkennbares System, alternativ Gebrauch machen. Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 19.10.2001 – 1 B 581/01, IÖD 2002, 147, vom 14.06.2000 – 6 B 513/00, DÖD 2001, 127, und vom 4. 01.1999 – 6 B 2096/98, ZBR 1999, 316.

Allerdings ist der o.a. Entscheidung des EuGH auch zu entnehmen, dass nicht nur „krasse“, ins Auge fallende Sachverhalte die Anwendung der Öffnungsklausel nach sich ziehen oder ein überwiegendes Gewicht nur dann anzunehmen ist, wenn die Zurückstellung des Mannes sich nach den Umständen des Einzelfalles als „unbillig“ oder „unerträglich“ darstellt. Ausreichend – aber auch erforderlich – ist vielmehr, dass zu Gunsten des männlichen Mitbewerbers immerhin deutliche Unterschiede gegeben sein müssen, sollen die in seiner Person liegenden Gründe im Sinne des § 20 Abs. 6 Satz 2 LBG NRW (§ 25 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 LBG a.F.) überwiegen. Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22.02.1999 – 6 B 439/98, a.a.O.

Ausgehend von den dargestellten Maßstäben ist festzustellen, dass in der Person des Antragstellers liegende Gründe nicht überwiegen. Die nach der maßgebenden Entscheidung des Dienstvorgesetzten in erster Linie in den Blick zu nehmenden Unterschiede in der Dauer der Zugehörigkeit zum derzeitigen Statusamt (A 9 g.D.) sind zwischen dem Antragsteller und den Beigeladenen nicht derart gewichtig, dass sie die Anwendung der Öffnungsklausel geböten. Nach der Rechtsprechung des OVG NRW, der die beschließende Kammer folgt, stellt erst ein Vorsprung beim Dienstalster von fünf oder mehr Jahren in der Regel einen Umstand dar, der geeignet ist, ein Überwiegen der in der Person des männlichen Bewerbers liegenden Gründe zu rechtfertigen. Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 4.02.2000 – 6 B 552/99, DÖD 2000, 137, vom 29.03.2001 – 6 B 1954/00, vom 27.05.2004 – 6 B 457/04, und vom 24.07.2006 – 6 B 807/06 –, a.a.O.

Derartige Unterschiede sind hier nicht gegeben. [...] Ein um nicht einmal 2 ½ Jahre höheres Beförderungsdienstalster ist regelmäßig umso weniger geeignet, das Eingreifen der Öffnungsklausel auszulösen,

als der Anteil weiblicher Bediensteter im maßgeblichen Beförderungsamte (Besoldungsgruppe A 10 BBesO) bei lediglich rund 10 % liegt. Bei einer derart niedrigen „Frauenquote“ relativiert sich der für sich genommen schon nicht ausreichende Vorsprung des Antragstellers so weit, dass die Öffnungsklausel nicht zu seinen Gunsten eingreift. Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 10.11.1999 – 6 B 595/99, ZBR 2000, 286 (LS), und vom 27.11.2007 – 6 B 1493/07.

Dass der Antragsteller bei der II. Fachprüfung ein um eine Notenstufe besseres Prüfungsergebnis erzielt hat, zwingt nicht zu einer abweichenden Einschätzung, weil es sich hierbei nicht um einen so „deutlichen“ Unterschied handelt, dass die Öffnungsklausel Anwendung finden müsste. Dies umso weniger, als die Examensnote des Antragstellers eine Verkürzung der Probezeit zur Folge hatte, sich also bereits bei dem vorrangigen Hilfskriterium „Standzeit“ positiv auswirkte. Im Übrigen weist die Beigeladene bei den möglichen nachrangigen Hilfskriterien (Allgemeines Dienstalster und Lebensalter) einen Vorsprung vor dem Antragsteller auf. [...]