

Lösungsskizze für die Klausur im Examensklausurenkurs im ÖR (Prof. Dr. Markus Heintzen)

A kann im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes versuchen, eine Einstellung von B, C oder D an der FU Berlin zu verhindern, um vollendeten Tatsachen in dieser Hinsicht vorzubeugen.

Das Gericht wird der FU Berlin vorläufig untersagen, die ausgeschriebene Stelle mit einer der Bewerberinnen zu besetzen, bevor nicht A in einem ermessensfehlerfreien Auswahlverfahren in dieses einbezogen worden ist, wenn sein entsprechender Antrag zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Dieser richtet sich nach dem Rechtsweg in der Hauptsache.

Hier liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor, da die Einstellung in den öffentlichen Dienst, um die hier gestritten wird, durch das öffentliche Dienstrecht geregelt wird. Selbst wenn die Auslegung und Anwendung der Verfassung den Kern des Rechtsstreits bildet, sind Streitigkeiten zwischen Staat und Bürger aus dem Kreis der verfassungsrechtlichen Streitigkeiten ausgenommen (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).

II. Zuständiges Gericht

Zuständig für den Erlass der einstweiligen Anordnung ist gemäß § 123 II VwGO das Gericht der Hauptsache, §§ 45, 52 VwGO, mithin das Verwaltungsgericht.

III. Ordnungsgemäßer Antrag

Der Antrag muss den Vorgaben der §§ 81, 82 VwGO genügen.

IV. Statthaftigkeit des Antrags nach § 123 I VwGO

A stellt einen Antrag auf Eilrechtsschutz. Dieser richtet sich nach § 123 I VwGO, wenn nicht gemäß § 123 V VwGO ein Fall der §§ 80, 80a VwGO vorliegt. Ein solcher ist gegeben, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben wäre und der Antragsteller die Aussetzung der Vollziehung eines VA oder die Anordnung von dessen aufschiebender Wirkung begehrt. Dies ist hier nicht der Fall. A greift keinen VA an. In der Hauptsache ist eine allgemeine Leistungsklage einschlägig.

Diese wird zwar in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, wird aber in §§ 43 II und 111 VwGO erwähnt und ist heute allgemein anerkannt. Die allgemeine Leistungsklage zielt darauf ab, den Beklagten zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen zu verurteilen, das nicht im Erlass eines VAs besteht. A möchte erreichen, dass die Behörde es vorläufig unterlässt, eine seiner Mitbewerberinnen einzustellen. Die allgemeine Leistungsklage wäre somit hier in der Hauptsache die richtige Klageart. Man könnte noch an die allgemeine (positive) Feststellungsklage nach § 43 VwGO denken, bei der es um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geht. Diese ist jedoch gegenüber der rechtsschutzintensiveren (Vollstreckungsdruck!) allgemeinen Leistungsklage grundsätzlich subsidiär. *(Auf den Streit, ob dies bei gegen die öffentliche Hand zu richtenden Klagen angesichts der Gesetzesbindung der öffentlichen Hand anders ist, muss hier nicht weiter eingegangen werden. Es reicht auch aus, wenn die Bearbeiter nur die allgemeine Leistungsklage erwähnen.)*

Fraglich ist, ob A vom Gericht eine Sicherungsanordnung (§ 123 I 1 VwGO) oder eine Regelungsanordnung (§ 123 I 2 VwGO) erstrebt. Um dies zu ermitteln, muss man sich verdeutlichen, was A überhaupt verlangen kann und will. Es geht dem A darum, die baldige Besetzung der angestrebten Stelle durch eine seiner Konkurrentinnen zu verhindern. A möchte erreichen, dass seine Bewerbung in Bezug auf die Besetzung der Stelle ernsthaft in Erwägung gezogen wird, so dass Chancengleichheit mit den Bewerbungen seiner Mitstreiterinnen hergestellt wird. Nur dies – und nicht etwa seine eigene Einstellung – kann er (möglicherweise) durch das Gericht herbeiführen. Mit welcher Person die Behörde die Stelle letztlich besetzt, bleibt ihr überlassen, soweit sie sich nur an die gesetzlichen Vorgaben – die zu prüfen sein werden – hält. Demzufolge kommt hier eine Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO in Betracht, da die Gefahr besteht, dass durch die Besetzung der Stelle die Verwirklichung des Rechts des A auf Gleichbehandlung im Bewerbungsverfahren vereitelt werden könnte.

V. Antragsbefugnis gemäß § 42 II VwGO analog

A muss geltend machen, in einem subjektiven öffentlichen Recht verletzt zu sein. Hier kann A behaupten, in seinen Rechten aus Art. 33 II, 3 III 1, II 1 GG verletzt zu sein. Diese gewährleisten das Prinzip der Bestenauswahl und das Recht, nicht wegen seines Geschlechts diskriminiert zu werden.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Anhaltspunkte für das Fehlen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses sind nicht ersichtlich. Insbesondere hätte eine nochmalige Befassung der ausschreibenden Behörde mit der Sache keinen Erfolg versprochen, da diese ihre Position klar und deutlich bezogen hat, was zunächst durch den Ausschreibungstext und letztlich durch die Ablehnung der Bewerbung des A mit entsprechender Begründung zum Ausdruck gekommen ist.

Der Antrag des A ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund vorliegen und der Antragsteller dies glaubhaft machen kann (§ 123 I VwGO iVm § 920 II ZPO). *(Die Glaubhaftmachung muss in der Klausur nicht thematisiert werden, da der Sachverhalt feststeht.)*

I. Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch besteht, wenn die Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs erfüllt sind.

1. Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechte des A

A kann von der Behörde verlangen, die Besetzung der Stelle, für die er sich beworben hat, mit einer seiner Konkurrentinnen vorläufig zu unterlassen, wenn dies einen rechtswidrigen Eingriff in seine subjektiv-öffentlichen Rechte darstellen würde.

a) Anspruchsgrundlage: Art. 20 III GG iVm Art. 33 II GG

Gemäß dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 III GG) iVm dem Gleichheitsrecht des Art. 33 II GG könnte dem A ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Vergleich mit den zum Vorstellungsgespräch eingeladenen Bewerberinnen gegenüber der Verwaltung zustehen.

aa) Voraussetzungen

Das Bewerbungsverfahren für die Einstellung in den öffentlichen Dienst (hier: für die Besetzung der W2-Professur) setzt ein **hoheitliches Handeln** der Verwaltung voraus. Dabei ist die Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden. Möglicherweise ist A in seinem Recht aus Art. 33 II GG auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern wie vergleichbare Bewerber verletzt.

Träger des verfassungsrechtlich verbürgten Rechts aus Art. 33 II GG (*Ob es sich hierbei um ein Grundrecht oder ein grundrechtsgleiches Recht handelt, ist für die Lösung irrelevant und muss nicht thematisiert werden.*) ist jede natürliche Person mit deutscher Staatsangehörigkeit (Art. 116 I GG). Somit ist A durch die Norm geschützt.

Art. 33 II GG beinhaltet die verfassungskräftige Festlegung des **Leistungsprinzips** für den öffentlichen Dienst. Für die Vergabe öffentlicher Ämter müssen allein Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Bewerbers maßgeblich sein. Im vorliegenden Fall ist für eine zukünftige Besetzung der W2-Professur ausweislich der Stellenausschreibung, der telefonischen Aussage der Sekretärin und der schriftlichen Absage durch den Fachbereich auch das Geschlecht ausschlaggebend, da nur weibliche Bewerber überhaupt als potentielle künftige Beamte für die im Rahmen des Frauenförderprogramms ausgeschriebene Stelle in Betracht gezogen werden. Dies scheint mit Art. 33 II GG nicht vereinbar zu sein, da zum Prinzip der Bestenauslese nicht der Gesichtspunkt der Frauenförderung gehört.

bb) Rechtfertigung des Eingriffs?

Fraglich ist, ob es für diese **Durchbrechung des gleichen Zugangs** zu öffentlichen Ämtern eine von der Verfassung gedeckte **Rechtfertigung** gibt. Als Gleichheitsgrundrecht ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestattet, legt **Art. 3 II 2 GG** fest, dass der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen fördert und auf die **Beseitigung bestehender Nachteile** hinwirkt. Aus dieser **Staatszielbestimmung** könnte man folgern, dass eine Bevorzugung von weiblichen Bewerbern bei der Besetzung von Positionen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind,

ausnahmsweise zulässig ist. Art. 3 II 2 GG könnte nahe legen, dass Art. 33 II GG nur gelten soll, wenn die ausschreibende Behörde den Leistungsgrundsatz bei der Stellenvergabe zugrunde legt und nicht andere Kriterien für ausschlaggebend erachtet. *(So etwa lautet die eher absurde Argumentation der Antragsgegnerin im Verfahren VG Würzburg vom 23.05.2006, W 1 E 06.315, Rn. 27.)* Gegen eine solche fakultative Anwendung spricht, dass Art. 33 II GG die im Verhältnis zu Art. 3 II 2 GG speziellere Vorschrift ist (*Ipsen, § 19 Rn. 820*) und von der allgemeinen Norm nicht ausgehebelt werden kann. Art. 3 II 2 GG hat zwar die „Beseitigung bestehender Nachteile“ zum Ziel; um dies zu erreichen, ist jedoch in erster Linie bei noch immer bestehenden Ausbildungsdefiziten anzusetzen. Jedenfalls handelt es sich bei Art. 3 II 2 GG nicht um eine Norm, die gerade auf eine für Frauen diskriminierende Berücksichtigungspraxis bei der Vergabe öffentlicher Ämter zugeschnitten ist (*vgl. Ipsen, § 19 Rn. 820*).

Möglicherweise muss der Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 II GG wegen vorrangig geltenden Gemeinschaftsrechts eine Einschränkung erfahren. Fraglich ist, ob man aus Art. 2 VIII der Richtlinie 2002/73/EG, bei der es sich um die Neufassung der Richtlinie 76/207/EWG handelt, iVm **Art. 141 IV EG-Vertrag** folgern kann, dass die aufgrund des Frauenförderplans vorgenommene Bevorzugung von Frauen rechtmäßig ist. Dass europäisches Recht grundsätzlich vor kollidierendem innerstaatlichem Recht, auch gegenüber dem Grundgesetz – im Rahmen der Art. 23 I 3 iVm 79 III GG – Vorrang genießt, lässt sich aus den Gründungsverträgen, insbesondere aus Art. 249 II EGV, ableiten. Art. 141 IV EGV, auf den Absatz 8 der EG-Richtlinie Bezug nimmt, eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit „im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben ... zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen. Wenn die Ausschreibung der W2-Professuren nur für weibliche Bewerber eine solche von Art. 141 IV EGV erlaubte Vergünstigung darstellt, würde aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ein Verstoß gegen Art. 33 II GG nicht zur Unzulässigkeit

der Ausschreibung führen. Die dem Vertrag von Amsterdam beigefügte Erklärung Nr. 28 zu Artikel 141 IV des EGV sieht vor, dass Maßnahmen der Mitgliedstaaten nach Art. 141 IV EGV in erster Linie der Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben dienen soll. *(Dies müssen die Studenten so explizit natürlich nicht wissen – es liegt aber ohnehin auf der Hand.)* Ziel einer Stellenausschreibung nur für Frauen ist es, den Zugang nur von Frauen zu den ausgeschriebenen öffentlichen Ämtern zu ermöglichen, um eine Frauenquote zu erreichen, die das Ziel der Gleichberechtigung der Geschlechter im öffentlichen Dienst widerspiegelt. Diese Maßnahme ist eine spezifische Vergünstigung, die der Verbesserung der Lage von Frauen im Arbeitsleben sicher zuträglich ist. Jedoch ist eine Frauen fördernde Maßnahme nicht mehr mit Art. 141 IV EGV vereinbar, wenn diese den Grundsatz der Bestenauslese vollständig untergräbt und zur Herbeiführung der Gleichstellung von Männern und Frauen Mittel verwendet, die männliche Bewerber derart diskriminieren, dass diesen der Zugang zu dem öffentlichen Amt von vornherein verwehrt bleibt. Wenn die Stellenbesetzung überhaupt nicht mehr an die Verdienste des Bewerbers, sondern nur noch an das Geschlecht gekoppelt ist, kann das Ziel des Art. 141 IV EGV – nämlich die Gewährleistung der Gleichstellung von Männern und Frauen – gar nicht mehr erreicht werden, da eine klare Ungleichstellung aufgrund des Geschlechts vorliegen würde. Eine solche Praxis wäre somit geradezu kontraproduktiv in Hinblick auf den Zweck des Art. 141 IV EGV und würde letztlich zu einer Diskriminierungsspirale führen. *(Dies entspricht auch dem Ergebnis der Kalanke-Entscheidung des EuGH vom 30.09.2004, C-319/03, wonach eine nationale Regelung, nach der weiblichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber besitzen, in Tätigkeitsbereichen, in denen im jeweiligen Beförderungsamte weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, bei einer Beförderung automatisch der Vorrang eingeräumt wird, eine Diskriminierung der Männer aufgrund des Geschlechts bewirkt.)* Die EuGH-Rechtsprechung geht davon aus, dass zur Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber zunächst deren Eignung, Befähigung und fachliche Leistung im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle oder des auszuübenden Amtes beurteilt werden. Erst bei einem qualifikatorischen Patt zwischen einer Bewerberin und einem Bewerber muss

zugunsten der Bewerberin entschieden werden, wenn dies zur Erfüllung der Zielvorgaben des Frauenförderplans erforderlich ist und keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen (*zuletzt EuGH, 28.03.2000 – C-158/97, Rn. 46*). (*Auch dies müssen die Studenten so genau nicht wissen!*) Folglich kann auch aus Art. 141 IV EGV nicht die Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise der ausschreibenden Behörde gefolgert werden.

Fraglich ist, ob sich die Bevorzugung von Frauen bei der Vergabe der W2-Professuren auf den Gedanken der **Kompensation** stützen lässt. Danach sind geschehene Diskriminierungen nachträglich auszugleichen. Eine Kompensation könnte man insofern für notwendig erachten, als im „akademischen Oberbau“ Frauen ganz deutlich unterrepräsentiert sind und somit in der Vergangenheit bei der Besetzung von entsprechenden Stellen weit weniger berücksichtigt worden sind als Männer. Man könnte, um dieses Missverhältnis auszugleichen, erwägen, so lange entsprechende Positionen mit Frauen zu besetzen, bis eine Frauenquote von 50 % erreicht ist. Kompensatorische Maßnahmen bei der Vergabe öffentlicher Ämter sind jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn die hiervon Begünstigten *in ihrer Person* kompensationsfähige Nachteile erlitten haben (*Ipsen, § 19 Rn. 821*). Betroffen von etwaigen geschlechtsbedingten Benachteiligungen waren jedoch frühere Generationen von Frauen. Solche Nachteile sind bei den Mitbewerberinnen des A nicht ersichtlich, so dass eine Begünstigung jenen zugute käme, bei denen die Chancengleichheit bereits verwirklicht ist. Somit kann eine Begünstigung der Bewerberinnen nicht mit dem Gedanken der Kompensation gerechtfertigt werden.

Der Leistungsgrundsatz nach Art. 33 II GG ist – auch hinsichtlich der geschlechtsneutralen Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Ämter – stets zugrunde zu legen, es sei denn, es handelt sich um eine **Tätigkeit, die zwingend nur von einer Frau oder einem Mann ausgeführt werden kann** (vgl. § 8 I AGG). Dies ist hier jedoch in keiner Weise der Fall.

Art. 3 III 1, 1. Fall, II 1 GG verdeutlicht ergänzend die Kriterien, die bei der Entscheidung über die Besetzung der Stelle keine Rolle spielen dürfen. Eine

vollständige Verdrängung männlicher Bewerber aus dem Bewerbungsverfahren unter Hinweis auf ein Frauenförderprogramm ist mit Hinblick auf Art. 33 II und 3 III 1 1. Fall, II 1 GG somit verfassungswidrig. Die Entscheidung der Behörde, den A aufgrund seines Geschlechts nicht einzuladen, greift daher unzulässig in dessen Recht aus Art. 33 II GG ein.

b) Anspruchsgrundlage: §§ 2 I Nr. 1, 1, 11 iVm 7 I AGG

Als einfachgesetzliche Normen kommen als Anspruchsgrundlage §§ 2 I Nr. 1, 1, 11 iVm 7 I AGG in Betracht.

Das Gesetz unterliegt formell (Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 I Nr. 12 GG) und materiell (Ziel: Vermeidung von Diskriminierung, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit sind nicht zu beanstanden) hinsichtlich seiner Verfassungsmäßigkeit keinen Bedenken. Auch die Erfordernisse des Art. 19 GG sind erfüllt.

Das AGG, das in Umsetzung der EG-Richtlinie zum Ziel hat, Benachteiligungen aus Gründen (u.a.) des Geschlechts zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG), findet nach seinem § 24 entsprechend Anwendung auf Beamte. Es verbietet entsprechende Benachteiligungen in Bezug auf Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen (§ 2 I Nr. 1 AGG). Nach §§ 11 iVm 7 I AGG ist bereits die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes entgegen den Antidiskriminierungsgrundsätzen des AGG unzulässig. § 3 I AGG definiert, wann eine unmittelbare Benachteiligung iSd AGG vorliegt, nämlich wenn eine Person wegen (u.a.) des Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. A ist hier im Zuge des Bewerbungsverfahrens aufgrund seines Geschlechts eine schlechtere Behandlung zuteil geworden als seinen Konkurrentinnen. Er ist schlechthin chancenlos aus dem Verfahren ausgeschlossen worden, ohne jemals ernsthaft als Kandidat zur Besetzung der Stelle in Betracht gezogen worden zu sein. Somit liegt ein klarer Verstoß gegen §§ 2 I Nr. 1, 1, 11 iVm 7 I AGG vor. § 31 AGG stellt klar, dass die Vorschriften des AGG nicht zur Disposition stehen. Auch auf der Grundlage des AGG kann A somit verlangen,

dass seine Bewerbung im Verfahren genauso wie die Bewerbungen seiner Mitbewerberinnen berücksichtigt wird.

(Es ist auch vertretbar, dass die Studierenden den Schwerpunkt auf die Prüfung des AGG legen. Dann müssen jedoch die oben erörterten Probleme zum Teil im Rahmen dieser Prüfung ausführlich bearbeitet werden.)

c) **Auswahlermessen der Behörde?**

Fraglich ist, ob diesem Ergebnis entgegensteht, dass hier die Bewerberin B und der Bewerber A gleich qualifiziert im Sinne des Art. 33 II GG sind. Immerhin verbleibt dem öffentlichen Arbeitgeber in diesem Fall ein **Auswahlermessen**, wobei er nicht zwingend festgelegte Hilfskriterien heranziehen kann (*BAG, 1 AZR 590/92, Rn. 42, BB 1996, 1332-1334*). Diese dürfen jedoch nicht sachwidrig sein, insbesondere nicht gegen die Grundsätze des Art. 3 III verstoßen. Dies war hier aber offensichtlich der Fall, so dass die fehlerhafte Betätigung des Auswahlermessens bereits aus der Stellenausschreibung ersichtlich ist. Das Ermessen kann bei einem qualifikatorischen Patt erst in zulässiger Weise ausgeübt worden sein, wenn zunächst alle gleich geeigneten Bewerber/innen ernsthaft als für die Besetzung der Stelle in Frage kommend in Erwägung gezogen worden sind. Dies ist hier unterblieben.

2. **Zwischenergebnis**

Die Besetzung der vakanten Stelle mit einer der Mitbewerberinnen des A würde – jedenfalls wenn A nicht ernsthaft von der Behörde als Kandidat für die Stelle in Betracht gezogen werden würde – einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht des A aus Art. 33 II GG darstellen. Auch ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht wäre gegeben.

II. **Anordnungsgrund**

Es müsste die Gefahr bestehen, dass ohne den Erlass der einstweiligen Anordnung die Verwirklichung des Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, § 123 I 1 VwGO. Eine Rechtsverletzung durch die mangelnde Berücksichtigung des A im Bewerbungsverfahren wurde festgestellt. Wenn das

Gericht nicht zugunsten des A eingreift, wird die Behörde insofern vollendete Tatsachen schaffen, als sie das Bewerbungsverfahren ohne Einbeziehung des A weiter betreibt und die Stelle letztlich mit einer der drei Kandidatinnen, die zum Bewerbungsgespräch eingeladen sind, besetzt. Ist die Stelle erst einmal besetzt, so hindern Vertrauensschutzgesichtspunkte eine Rückgängigmachung und eine Neubesetzung mit A. Selbst wenn Vertrauen auf die endgültige Beibehaltung der Stelle nicht gebildet werden kann, stellt das (vorläufige) Innehaben der Stelle einen so eklatanten Wettbewerbsvorteil dar, dass von einer Chancengleichheit im Verfahren auch dann nicht mehr die Rede sein kann (vgl. *VG Würzburg*, 23.05.2006, *W 1 E 06.315*, *Rn. 31*). Ein Abwarten des A auf Erlass der Hauptsacheentscheidung ist somit unzumutbar.

III. Rechtsfolge

Das Gericht muss eine Anordnung zugunsten des A erlassen. Diese darf jedoch grundsätzlich nicht als Vorwegnahme der Hauptsache erscheinen. Die an den Fachbereich Politik- und Sozialwissenschaften gerichtete Anweisung, die Stelle vorläufig nicht mit einer Bewerberin (B, C oder D) zu besetzen, bevor die Bewerbung des A in einer mit der Verfassung im Einklang stehenden Weise berücksichtigt worden ist, stellt keine Vorwegnahme der Hauptsache dar.

IV. Ergebnis

Der Antrag des A ist auch begründet.