

# Zur Umsetzung von Frauenfördermaßnahmen nach dem Masterplan in förmlichen Berufungsverfahren

*Henning Spinti*

## 1. Problemstellung

In der Vereinbarung zwischen der Berliner Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung und den Berliner Universitäten, Berliner Fachhochschulen und den Berliner Kunsthochschulen vom Februar 2008 (abrufbar unter: [http://www.berlin.de/imperia/md/content/senwissenschaft/wissenschaftspolitik/masterplan\\_ausbildungsoffensive.pdf?start&ts=1247123427&file=masterplan\\_ausbildungsoffensive.pdf](http://www.berlin.de/imperia/md/content/senwissenschaft/wissenschaftspolitik/masterplan_ausbildungsoffensive.pdf?start&ts=1247123427&file=masterplan_ausbildungsoffensive.pdf)) – so genannte „*Masterplan-Ausbildungsoffensive*“ – , die ausweislich der Präambel die Ziele des quantitativen Ausbaus von Studienchancen, der qualitativen Verbesserung der Ausbildung und der Förderung der Chancengleichheit von Frauen im Hochschulsystem verfolgt, findet sich u.a. folgender Passus:

### 3. Förderung von Frauen

3.1. Die Förderung von Frauen im Hochschulbereich ist neben dem quantitativen Ausbau und der qualitativen Verbesserung der Ausbildung das zentrale Anliegen des „Masterplans-Ausbildungsoffensive“. Mit der Programmlinie 3 „Vorgezogene Nachfolgeberufungen“ wird die Berufung von Frauen gefördert. Die Programmlinie 9 beinhaltet die Erweiterung des bestehenden Berliner Programms zur Förderung von Chancengleichheit für Frauen in Forschung und Lehre. In die übrigen Programmlinien wird der Gesichtspunkt der Förderung von Frauen von den Hochschulen mit Zielvereinbarungen einbezogen.

Auch nach dem genannten Chancengleichheitsprogramm (beschlossen auf der Sitzung des Berliner Senats v. 18.2.2008) soll das sich aus dem Rubrum ergebende Förderziel u.a. durch vorgezogene Nachfolgeberufungen von Frauen auf W2 – und W3- Professuren in Fächern mit geringem Professorinnenanteil erreicht werden. Für die Jahre 2008 bis 2011 wurde die Programmlinie 3 insgesamt mit 9, 1 Mio. € die Programmlinie 9 mit 6,0 Mio. € evaluiert. In den Vorteil der so definierten Sonderfinanzierung von Stellen im Rahmen von vorgezogenen Nachfolgeberufungen konnten und können die Hochschulen nach dem Masterplan mithin nur dann kommen, wenn die entsprechenden Professuren mit Frauen besetzt wurden bzw. werden. Dies führte dazu, dass im Jahre 2008 an der HWR Berlin etliche Stellenausschreibungen von vornherein geschlechtsspezifisch als Professorinnenstellen ausgeschrieben wurden. In anderen Fällen wurde

zwar nicht ausdrücklich geschlechtsspezifisch ausgeschrieben, wohl aber unter ausdrücklichem Hinweis auf die Finanzierung der Stelle nach Maßgabe der jeweiligen Programmlinie 3 oder 9 des Masterplans, um auf diese Weise männliche Bewerber von vornherein zu vermeiden.

Die Berufungsverfahren konnten in den Fällen geschlechtsspezifischer Ausschreibung nicht erfolgreich beendet werden, da die Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung jeweils Verstöße gegen das *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897; AGG) und das *Landesgleichstellungsgesetz* Berlin vom 21. Dezember 1990 in der Fassung vom 6. September 2002 (GVBl. v. 12.1.1991 S. 8, Neufassung GVBl. S. 280; LGG) monierte. Im Übrigen sei das Gleichheitspostulat aus Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes betroffen, das Bewerbern unabhängig von ihrem Geschlecht Zugang zu öffentlichen Ämtern gewähre. Schließlich verstoße die Vorgehensweise noch gegen § 8 Abs. 2 *Landesbeamtengesetz Berlin* (v. 19. März 2009, GVBl. S. 70, LBG).

Im Folgenden sollen die Vereinbarkeit der durchgeführten Berufungsverfahren mit den genannten Gesetzesvorschriften und die sich ergebenden Konsequenzen näher untersucht werden.

## **2. Vereinbarkeit der Berufungsverfahren mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**

### *2.1 Anwendbarkeit*

Ausweislich seines § 1 ist es erklärtes Ziel des AGG, Benachteiligungen u.a. wegen des Geschlechts in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Situation, zu verhindern oder zu beseitigen, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG definiert zusätzlich den Anwendungsbereich. Nach den in § 3 AGG enthaltenen Begriffsbestimmungen liegt eine solche Benachteiligung unmittelbar dann vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Auch eine mittelbare Benachteiligung wird nach § 3 Abs. 2 vom AGG erfasst, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Verfahren oder Kriterien Personen wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, dass die betreffenden Vorschriften, Verfahren oder Kriterien durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.

Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte wegen der in § 1 genannten Gründe nicht benachteiligt werden, nach § 3 Abs. 2 AGG sind dem Benachteiligungsverbot entgegenstehende Vereinbarungen unwirksam, mithin handelt es sich bei dem aus dem AGG folgenden Diskriminierungsverbot um zwingendes Recht. § 11 AGG bestimmt sodann, dass bereits die *Ausschreibung* eines Arbeitsplatzes nicht unter Verstoß gegen das in § 7 AGG postulierte Benachteiligungsverbot erfolgen darf.

Zwar handelt es sich beim AGG, wie sich aus seinem persönlichen Anwendungsbereich – § 6 AGG – ergibt, um eine Regelung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, die öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse und damit auch das Beamtenverhältnis, in das Professoren und Professorinnen regelmäßig berufen werden, nicht unmittelbar betrifft. Nach § 24 Nr. 1 AGG gelten die genannten Vorschriften jedoch u.a. auch für Beamtinnen und Beamte des Bundes und der Länder sowie entsprechender Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts mit der Einschränkung, dass deren besondere Rechtsstellung zu berücksichtigen ist.

Bereits auf den ersten Blick ergibt sich, dass eine ausdrücklich geschlechtsspezifische Ausschreibung mit dem gut gemeinten Willen, den Anteil von derzeit fachspezifisch zweifelsfrei unterrepräsentierten Professorinnen zu erhöhen, männliche Bewerber diskriminiert.

In den Fällen, in denen die Stellen zwar geschlechtsneutral, aber unter Hinweis auf die geschlechtsabhängige Finanzierung gemäß der entsprechenden Programmlinie des Masterplanes ausgeschrieben wurden, liegt eine mittelbare Diskriminierung männlicher Bewerber gemäß § 3 Abs. 2 AGG vor, die zwar durch ein rechtlich einwandfreies Ziel – Erhöhung der entsprechenden Frauenquote und damit Erreichung einer Gleichstellung – sachlich gerechtfertigt sein könnte. Allerdings wären die Mittel zur Erreichung dieses Zieles unangemessen, da männliche Bewerber vom Zugang zu den Stellen komplett ausgeschlossen werden. Zudem ist es zweifelhaft, ob die Maßnahme zur Erreichung des politischen Zieles erforderlich ist, § 3 Abs. 2 AGG, da eine Stärkung des weiblichen wissenschaftlichen Nachwuchses auch durch andere Maßnahmen, z.B. durch entsprechende Ausgestaltung entsprechender Stellenbeschreibungen oder Maßnahmen im Rahmen eines Frauenförderplanes nach § 4 LGG, erreicht werden könnte. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die zwar geschlechtsneutrale, wohl aber einen Hinweis auf die geschlechtsabhängige Finanzierung enthaltende Stellenausschreibung ebenfalls einen – mittelbaren – Verstoß gegen das aus §§ 11, 7 AGG folgende Diskriminierungsverbot enthält.

Zu überlegen bleibt, ob einer der in §§ 8 – 10 AGG enthaltenen *Ausnahmetatbestände* die Diskriminierung rechtfertigt oder ob es sich um eine *positive Maßnahme* i. S. v. § 5 AGG handelt.

## 2.2 Ausnahme nach § 8 AGG?

Nach § 8 Abs. 1 AGG darf eine wegen des Geschlechtes unterschiedliche Behandlung dann erfolgen, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts ist in diesem Sinne nur dann möglich, soweit es sich bei dem Merkmal um eine *unverzichtbare Voraussetzung* für die betreffende Tätigkeit handelt, wenn diese ihrer Natur nach geschlechtsspezifisch ausgerichtet ist. In diesem Sinne wurde vom Bundesarbeitsgericht (BAG) etwa die Weiblichkeit als unverzichtbares Merkmal bei der Besetzung einer Pädagogenstelle im Mädcheninternat mit zu versiehenden Nachtdiensten anerkannt (BAG, Urteil vom 28.5.2009, 8 AZR 536/08, Lexetius.com 2009/2289). Nach dieser Maßgabe kann bei den in Frage stehenden – zumeist wirtschaftswissenschaftlich ausgelegten – Professuren in keinem Falle davon die Rede sein, dass die Weiblichkeit der Stelleninhaberin unverzichtbare Voraussetzung für die entsprechende Lehr- und Forschungstätigkeit sei.

Im Ergebnis liegt damit eine Rechtfertigung der Benachteiligung männlicher Bewerber unter dem Gesichtspunkt unabweislicher beruflicher Erfordernisse nicht vor.

## 2.3 Positive Maßnahme gemäß § 5 AGG?

Nach der Vorschrift des § 5 AGG ist eine Ungleichbehandlung zulässig, wenn durch sie bestehende oder drohende Nachteile tatsächlicher oder struktureller Art wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Voraussetzung ist, dass für eine bestimmte Gruppe, die in den Schutzbereich des § 1 AGG fällt, Nachteile bestehen. Entschieden wurde dies in der Vergangenheit tatsächlich bezüglich der Benachteiligung von Frauen, allerdings hat der Europäische Gerichtshof – EuGH – insoweit ausgeführt, dass eine positive Ungleichbehandlung zwar zulässig, als Ausnahmetatbestand aber eng auszulegen sei (EuGH v. 17.10.1995 – C-450/93 – Kalanke, NZA 1995, S. 1095).

Die sodann zu treffenden Maßnahmen müssen zudem geeignet und angemessen sein und dürfen ihrerseits nicht zu einer Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale führen, gerade dies dürfte aber im Hinblick auf die Gruppe männlicher Stellenbewerber zutreffen. Zudem ist die Anwendung dieser Vorschrift durch den Arbeitgeber oder Anbieter auch deshalb problematisch, weil ihre Vereinbarkeit mit den europäischen Richtlinien nur schwer begründbar ist, da diese das Recht zu positiven Maßnahmen allein den europäischen Mitgliedsstaaten selbst einräumen (Nicolai 2006, § 5 Rdnr. 96).

Nach alledem kann in der vorliegenden Ungleichbehandlung auch keine „positive Maßnahme“ i. S. v. § 5 AGG gesehen werden.

Im Ergebnis vermögen daher weder § 8 noch § 5 AGG die vorliegende Diskriminierung männlicher Bewerber zu rechtfertigen.

## 2.4 Konsequenzen

§ 15 Abs. 6 AGG stellt zunächst fest, dass Erfüllungsansprüche bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nicht bestehen, also keine Ansprüche auf die Begründung von Beschäftigungsverhältnissen oder die Erteilung von Beförderungen.

Gleichwohl kann dem Benachteiligten nach Maßgabe von § 15 Abs. 1 und 2 AGG ein Schadensersatzanspruch erwachsen.

Rechtsfolge des Schadensersatzanspruches aus § 15 Abs. 1 AGG ist ein Ausgleich des materiellen Schadens, also ein Anspruch auf Ersatz in Geld, für den die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB gelten. Dies führt insbesondere dazu, dass sich der Benachteiligte bei der Bemessung des Schadensersatzes gemäß § 254 BGB ein Mitverschulden zurechnen lassen müsste, wenn er nicht alles Zumutbare unternommen hätte, um einen adäquaten – anderen – Arbeitsplatz zu finden. Diesem Gedanken folgend, rechtfertigt nach der Rechtsprechung ein Verstoß gegen die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung nicht in jedem Fall Entschädigungsansprüche des diskriminierten Bewerbers. Ein solcher Anspruch besteht vielmehr nur dann, wenn der Bewerber sich subjektiv ernsthaft um die Stelle beworben hat und er objektiv für die Besetzung der Stelle in Betracht kam (BAG, 8 AZR 365/97, BB 1999, S. 372; so zuletzt auch LAG Berlin, 10 Sa 2395/05 v. 30.3.2006, PM 24/06 des LAG Berlin).

Gleiches wird man von dem in § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG statuierten Anspruch auf Ersatz von Nichtvermögensschaden (so genanntes „Schmerzensgeld“) anzunehmen haben. Zudem dürfte der infolge einer geschlechtsspezifischen Stellenausschreibung erlittene Nichtvermögensschaden kaum messbar sein und eine zweifelsfrei bestehende Geringfügigkeitsschranke kaum jemals überschreiten. Außerdem wird die Höhe des Schadensersatzes durch § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG auf maximal drei Monatsgehälter beschränkt, soweit der Bewerber oder die Bewerberin auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

Letztlich müsste ein etwaiger Schadensersatzanspruch aus § 15 Abs. 1 und 2 AGG gemäß § 15 Abs. 4 AGG binnen einer Frist von zwei Monaten beim Anbieter schriftlich geltend gemacht werden, wobei die Frist im Falle einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung und in den Fällen einer sonstigen Benachteiligung – z.B. einem Verstoß gegen das Gebot geschlechtsneutraler Ausschreibung – zu dem Zeitpunkt, in dem der Benachteiligte Kenntnis erlangt, ab-



zulaufen beginnt. Wird die Frist nicht eingehalten, erlischt der Anspruch (vgl. Oberwetter 2006, S. 43).

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der rigiden tatbestandlichen Ahndung von Gleichbehandlungsverstößen durch das AGG nur eine eher halbherzige Sanktion folgt, die das Haftungsrisiko im konkreten Fall für die ausschreibende Hochschule überschaubar sein lässt, selbst wenn sie, wie dargestellt, gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 7, 11 AGG verstößt – vorausgesetzt, das Berufungsverfahren wird in ansonsten rechtmäßiger, einwandfreier Weise durchgeführt, indem bei der Bewerberauswahl insbesondere das Prinzip der Bestenauslese eingehalten wurde.

### **3. Vereinbarkeit der Berufungsverfahren mit dem Landesgleichstellungsgesetz Berlin (LGG)**

§ 5 Abs. 3 LGG verlangt zwingend im Rahmen seines in § 1 festgelegten Geltungsbereichs, also u.a. für öffentlich-rechtliche Körperschaften des Landes Berlin wie die in § 1 BerlHG genannten Hochschulen, dass bei Stellenausschreibungen sowohl die männliche als auch die weibliche Form zu verwenden ist. Gegen diesen Grundsatz wurde ohne Zweifel in den Fällen geschlechtsspezifischer Stellenausschreibung verstoßen. Allerdings sind die Konsequenzen dieses Gesetzesverstößes wieder nur eher halbherziger Natur: Dem diskriminierten Bewerber erwachsen aus dem LGG keinerlei Ansprüche, vielmehr hat die gewählte Frauenvertreterin nach Maßgabe des § 18 LGG Beschwerde- und Beanstandungsrechte gegenüber der Dienststelle geltend zu machen und – als ultima ratio – nach § 20 LGG die Möglichkeit, den Verstoß vom Verwaltungsgericht feststellen zu lassen – wozu es im vorliegenden Fall aus nahe liegenden Gründen jedoch kaum kommen dürfte, zumal die Frauenvertreterin nach § 17 Abs. 2 LGG bereits an den jeweiligen Stellenausschreibungen beteiligt wurde.

### **4. Vereinbarkeit der Berufungsverfahren mit spezifisch beamtenrechtlichen Vorschriften – Artikel 33 Absatz 2 Grundgesetz (GG), § 8 Absatz 1 Satz 2 Landesbeamtengesetz Berlin (LBG)**

Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt. Dies zwingt dazu, freie öffentliche Ämter, mithin auch Professuren, die demnächst besetzt werden sollen, grundsätzlich allgemein bekannt zu machen (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 LBG, sowie speziell für den Hochschulbereich § 94 Berliner Hochschulgesetz – BerlHG) – und zwar geschlechtsneutral, siehe oben unter 2. und 3.

Die Auslese für die zu besetzende Stelle erfolgt gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 LBG – wie in Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich vorgegeben – nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen, gewerkschaftliche Zugehörigkeit sowie Herkunft oder Beziehungen.

Für die Auswahlentscheidung gilt das Prinzip der Bestenauslese. Die rechtliche Verpflichtung des Dienstherrn, über eine Bewerbung nur aufgrund eines nach sachlichen, gleichen Maßstäben angestellten Vergleichs der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung von weiblichen und männlichen Bewerbern zu entscheiden, ergibt sich aus dem in Art. 33 Abs. 2 GG und § 8 Abs. 1 Satz 2 LBG verankerten Leistungsgrundsatz, wobei nach erfolgtem Auswahlverfahren einer Frau allerdings bei gleicher Qualifikation eines Mannes nach den Bestimmungen des § 8 Abs. 2 LGG der Vorrang unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit gegeben werden dürfte.

Eine generelle Ablehnung von Bewerbern männlichen Geschlechts, die über entsprechende Voraussetzungen verfügen oder aber eine Beschränkung der Ausschreibung freier Stellen nur auf weibliche Bewerber wäre aus den genannten Erwägungen rechtlich nicht zulässig.

## **5. Fazit**

Die vorliegende Konstellation offenbart ein kaum lösbares Dilemma: Einerseits meint es die Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung in achtbarer Weise gut, indem sie zur nachhaltigen Durchsetzung ihres politischen Willens, den Anteil von Nachwuchswissenschaftlerinnen schnell und effektiv zu heben, geschlechtsgebundene Fördermittel im Rahmen des Masterplans zur Verfügung stellt. Gut meinen es aber auch Landes- und Bundesgesetzgeber mit ihren insbesondere im LBG und AGG dokumentierten Anstrengungen, Diskriminierungen in der Arbeits- und Berufswelt weitestgehend zu verhindern bzw. zu beseitigen und damit dem Gleichheitspostulat zur Durchsetzung zu verhelfen. Dass die Kompatibilität beider ehrenwerter Ziele spätestens dann nicht mehr gegeben ist, wenn männliche Interessenten gänzlich und von vornherein vom Fördersegen ausgeschlossen werden sollen, wurde oben dargestellt.

Man könnte nun im Rahmen einer eher betriebswirtschaftlich orientierten Risikoabwägung als handelnde Hochschule zu dem Ergebnis kommen, dass der Vorteil einer dreijährigen Finanzierung einer im Wege der vorgezogenen Nachfolgeberufung geförderten Frauenprofessur im Verhältnis zum – wie oben dargestellt – letztlich marginalen Haftungsrisiko nach dem AGG erheblich überwiegt und einen entsprechenden Verstoß gegen §§ 7, 11 AGG sehenden Auges in Kauf nehmen. Dass die Wissenschaftsverwaltung eine derartige Abwägung

nicht mitträgt und im konkreten Fall im Wege der Fachaufsicht in den Fällen geschlechtsspezifischer Ausschreibung eingegriffen hat, ist nur ihre rechtliche Pflicht, denn eine derartige Risikoabwägung ist der öffentlichen Verwaltung als vollziehender Gewalt bereits nach Art. 20 Abs. 3 GG, der ihr Handeln an Recht und Gesetz bindet, versagt.

Allerdings hält sich auch die Rechtstreue der Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung in Grenzen, wenn denn Berufungsverfahren mit entsprechenden Ruferteilungen an Frauen abgeschlossen wurden bzw. werden, die mit einer zwar geschlechtsneutralen, wohl aber einen Hinweis auf die Stellenfinanzierung gemäß der Programmlinie 3 oder 9 des Masterplans enthaltenden Ausschreibung begonnen wurden. Denn wie oben beschrieben, handelt es sich in jenen Fällen zwar um keine unmittelbaren, wohl aber um mittelbare Benachteiligungen von Männern im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 7, 11 AGG, die ebenfalls Schadensersatzansprüche gemäß § 15 AGG begründen können.

Um dem Anspruch recht- und gesetzmäßigen Handelns aus Art. 20 Abs. 3 GG gerecht zu werden, ergeben sich daher nur zwei denkbare Verhaltensalternativen:

Entweder verzichtet die Wissenschaftsverwaltung auf einseitig geschlechtsbezogene Maßnahmen zur Förderung weiblicher Nachwuchswissenschaftler, oder Bundes- und Landesgesetzgeber bringen diesen Aspekt in den entsprechenden Gesetzen unmissverständlich zum Ausdruck, wobei allerdings eine entsprechende Regelung wegen des allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes aus Art. 3 GG erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen würde.

## Literatur

- Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen (2007): Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz KommAGG (1. Auflage). Stuttgart
- Nicolai, Andrea (2006): Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG in der anwaltlichen Praxis (1. Auflage). Bonn
- Oberwetter, Christian (2006): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Kommentar. Köln