URTEIL DES GERICHTSHOFES (Fünfte Kammer)

6. Juli 2000 *

In der Rechtssache C-407/98

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vom Överklagandenämnd för Högskolan (Schweden) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Katarina Abrahamsson,

Leif Anderson

gegen

Elisabet Fogelqvist

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40)

* Verfahrenssprache: Schwedisch

erläßt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten D. A. O. Edward sowie der Richter L. Sevón, P. J. G. Kapteyn (Berichterstatter), P. Jann und H. Ragnemalm,

Generalanwalt: A. Saggio
Kanzler: R. Grass

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— von L. Anderson,

— der schwedischen Regierung, vertreten durch A. Kruse, Departementsråd im Ministerium für auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Hauptrechtsberaterin K. Oldfelt und durch A. Aresu, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigte,

aufgrund des Berichts des Berichterstatters,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 16. November 1999,

folgendes

Urteil

1 Der Överklagandenämnd för Högskolan (Beschwerdeausschuß in Hochschulangelegenheiten) hat mit Beschluß vom 14. Oktober 1998, beim Gerichtshof eingegangen am 26. Oktober 1998, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vier Fragen nach der Auslegung von Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40; im folgenden: Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit, den Frau Abrahamsson und Herr Anderson gegen Frau Fogelqvist wegen deren Ernennung zur Professorin für Hydrosphärologie an der Universität Göteborg führen.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Die Absätze 1 und 4 von Artikel 2 der Richtlinie lauten:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf.

...

(4) Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen."

4 In der dritten Begründungserwägung der Empfehlung 84/635/EWG des Rates vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen (ABl. L 331, S. 34) heißt es: „Die geltenden Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung, die zur Stärkung der Rechte des einzelnen erlassen wurden, reichen nicht aus, um alle faktischen Ungleichheiten zu beseitigen, wenn nicht die Regierungen, die Sozialpartner und sonstige beteiligte Stellen gleichzeitig tätig werden, um gegen die Benachteiligung der Frauen in der Arbeitswelt vorzugehen,

die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird." Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie empfahl der Rat den Mitgliedstaaten,

„1. eine Politik positiver Maßnahmen anzunehmen, um die faktischen Ungleichheiten, mit denen die Frauen im Berufsleben konfrontiert sind, zu beseitigen, sowie die Aufhebung der Geschlechtertrennung am Arbeitsmarkt zu fördern; diese Politik umfaßt im Rahmen der einzelstaatlichen Politiken und der einzelstaatlichen Praxis sowie unter voller Beachtung der Zuständigkeiten der Sozialpartner geeignete allgemeine und spezifische Maßnahmen, deren Ziel es ist,

a) der Benachteiligung der erwerbstätigen oder arbeitsuchenden Frauen aufgrund der vorhandenen Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen, die auf einer herkömmlichen Rollenverteilung in der Gesellschaft zwischen Männern und Frauen basieren, entgegenzuwirken oder sie auszugleichen;

b) die Beteiligung der Frauen in den verschiedenen Berufen und Bereichen des Arbeitslebens, in denen sie gegenwärtig unterrepräsentiert sind, insbesondere in den zukunftsträchtigen Sektoren, und auf den Ebenen mit höherer Verantwortung zu fördern, um zu einer besseren Nutzung aller menschlichen Ressourcen zu gelangen;

..."

5 Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam am 1. Mai 1999 lauten die Absätze 1 und 4 von Artikel 141 EG:

„(1) Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

...

(4) Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, 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."

6 Die der Schlußakte des Vertrages von Amsterdam beigefügte Erklärung Nr. 28 zu Artikel 141 (ex-Artikel 119) Absatz 4 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sieht folgendes vor:

„Maßnahmen der Mitgliedstaaten nach Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sollten in erster Linie der Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben dienen."

Nationales Recht

7 Gemäß § 16 Absatz 2 Nr. 2 der Jämställdhetslag (1991:433) (schwedisches Gleichstellungsgesetz) ist eine positive Diskriminierung zulässig, wenn sie zur Förderung der Gleichstellung im Arbeitsleben beiträgt. Diese Bestimmung lautet:

„Vom Vorliegen einer unzulässigen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist auszugehen, wenn ein Arbeitgeber bei Einstellung, Beförderung oder Ausbildung im Hinblick auf die Beförderung eine Person des einen und nicht des anderen Geschlechts auswählt, obwohl die nicht ausgewählte Person die sachlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit oder die Ausbildung besser erfüllt.

Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, daß

1. die Entscheidung in keinem direkten oder indirekten Zusammenhang mit dem Geschlecht der benachteiligten Person steht,

2. die Entscheidung im Rahmen von Bestrebungen zur Förderung der Gleichstellung im Arbeitsleben getroffen wird oder

3. die Entscheidung gerechtfertigt ist, weil sie einem moralischen oder einem anderen speziellen Interesse Rechnung trägt, das dem Interesse an der Gleichstellung im Arbeitsleben nicht offensichtlich untergeordnet ist."

8 In § 15 des Kapitels 4 der Högskoleförordning (1993:100) (schwedische Hochschulverordnung) heißt es in der vor dem 1. Januar 1999 geltenden Fassung (im folgenden: Verordnung 1993:100) zu den Gründen für Beförderungen und Ernennungen im Hochschulbereich:

„Die Besetzung einer Hochschulstelle ist mit Verdiensten wissenschaftlicher, künstlerischer, pädagogischer, administrativer oder anderer Art zu begründen, die den fachlichen Inhalt der Stelle und ihre sonstige Beschaffenheit betreffen. Ferner ist die Fähigkeit des Bewerbers zu berücksichtigen, über seine Forschungs- und Entwicklungsarbeit zu informieren.

Bei der Besetzung sind zudem sachliche Gründe zu berücksichtigen, die mit allgemeinen arbeitsmarkt-, gleichstellungs-, sozial- und beschäftigungspolitischen Zielen im Einklang stehen."

9 Durch § 15a des Kapitels 4 der Verordnung 1993:100 wird eine spezielle Form positiver Diskriminierung eingeführt, die eine Hochschule bei der Besetzung von Stellen oder bestimmter Gruppen von Stellen vornehmen kann, um die Gleichstellung im Arbeitsleben zu fördern. In diesem Fall kann ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts, der für die Stelle hinreichend qualifiziert ist, einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, vorgezogen werden, sofern der Unterschied zwischen den jeweiligen Qualifikationen nicht so groß ist, daß die Anwendung dieser Regelung gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung verstieße.

10 Gemäß § 16 des Kapitels 4 der Verordnung 1993:100 ist im Verfahren zur Ernennung eines Professors den wissenschaftlichen und pädagogischen Fähigkeiten besondere Bedeutung beizumessen.

11 Nach § 4 Absatz 2 der Lag (1994:260) om offentlig anställning (schwedisches Gesetz über Stellen im öffentlichen Dienst), die für staatliche Einrichtungen gilt, genießt die Befähigung Vorrang, wenn kein besonderer Grund ein anderes Vorgehen rechtfertigt. Aus den Materialien zu dieser Bestimmung geht hervor, daß das Ziel der Gleichstellung ein solcher besonderer Grund sein kann.

12 Die Förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte (schwedische Verordnung über bestimmte zur Verwirklichung der Gleichstellung eingerichtete Stellen für Professoren und Forschungsassistenten; im folgenden: Verordnung 1995:936) trat am 1. Juli 1995 in Kraft.

13 Aus den Materialien zu dieser Verordnung (Entwurf 1994/95:164) geht hervor, daß die Entwicklung zu einer ausgewogeneren Geschlechterverteilung an den Bildungseinrichtungen nach Ansicht der schwedischen Regierung besonders schleppend verlief und daß diese daher einen außerordentlichen Einsatz für erforderlich hielt, um kurzfristig eine erhebliche Steigerung der Professorinnenzahl zu erreichen. Die Verordnung 1995:936 ist Ausdruck dieses einmaligen Einsatzes, der dazu dient, soweit erforderlich und möglich eine sogenannte positive Diskriminierung vorzunehmen. Nach einem Beschluß der schwedischen Regierung vom 14. März 1996 (dnr U 96/91) betraf der Einsatz 30 Professorenstellen.

14 Die §§ 1 bis 3 der Verordnung 1995:936 lauten:

„§ 1

Diese Verordnung betrifft Stellen für Professoren und Forschungsassistenten, die mit gesondert zugewiesenen Mitteln im Haushaltsjahr 1995/96 an bestimmten

staatlichen Universitäten und Hochschulen im Rahmen von Bestrebungen zur Förderung der Gleichstellung im Arbeitsleben einzurichten und zu besetzen sind.

§ 2

Die Universitäten und Hochschulen, die Mittel für Stellen erhalten, sollen diese gemäß den Bestimmungen der [Verordnung 1993:100] mit den in den §§ 3 bis 5 genannten Abweichungen besetzen. Die Abweichungen gelten jedoch nur für die erstmalige Besetzung der Stellen.

§ 3

Für die Besetzung gilt anstelle von Kapitel 4 § 15a der [Verordnung 1993:100] folgendes.

Ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts mit hinreichenden Qualifikationen der in Kapitel 4 § 15a Absatz 1 der [Verordnung 1993:100] genannten Art hat Vorrang vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre (positive Diskriminierung), sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt wird.

Eine positive Diskriminierung ist jedoch nicht vorzunehmen, wenn der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber so groß ist, daß sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde."

15 Aus dem Entwurf 1994/95:164 ergibt sich, daß die Einschränkung in § 3 Absatz 3 der Verordnung 1995:936 im Hinblick auf § 9 des Kapitels 11 der schwedischen Verfassung eingefügt wurde, wonach bei der Besetzung staatlicher Stellen nur sachliche Kriterien wie Verdienste (Dauer früher geleisteter Dienste) und Befähigung (Eignung zur Besetzung der Stelle, nachgewiesen durch die theoretische und praktische Ausbildung sowie die vorhandene Erfahrung) berücksichtigt werden dürfen. Ferner heißt es im Entwurf 1994/95:164: „Obwohl die Bestrebungen zur Förderung der Gleichstellung ein sachlicher Grund im Sinne der Verfassung sind, läßt sich der Vorschrift entnehmen, daß es für die Größe der Qualifikationsunterschiede, bei denen eine positive Diskriminierung zulässig ist, eine Grenze gibt."

Der Ausgangsrechtsstreit und die Vorlagefragen

16 Am 3. Juni 1996 schrieb die Universität Göteborg eine Professur für Hydrosphärologie aus. In der Ausschreibung hieß es, daß die Besetzung dieser Stelle zur Förderung der Gleichheit der Geschlechter im Arbeitsleben beitragen solle und daß eine positive Diskriminierung gemäß der Verordnung 1995:936 in Betracht kommen könne.

17 Es gab acht Bewerber um die Stelle, darunter Frau Abrahamsson, Frau Destouni, Frau Fogelqvist und Herr Anderson.

18 Der mit der Auswahl betraute Berufungsausschuß der naturwissenschaftlichen Fakultäten (im folgenden: Jury) führte zwei Abstimmungen durch, bei deren erster nur die wissenschaftlichen Qualifikationen der Bewerber berücksichtigt wurden. Bei dieser Abstimmung kam Herr Anderson mit fünf Stimmen auf den ersten Platz, und Frau Destouni erhielt drei Stimmen. Bei einer zweiten Abstimmung, bei der sowohl die wissenschaftlichen Qualifikationen als auch die Verordnung 1995:936 berücksichtigt wurden, stand Frau Destouni mit sechs Stimmen an der Spitze, während auf Herrn Anderson zwei Stimmen entfielen. Die Jury schlug dem Rektor der Universität Göteborg die Berufung von Frau Destouni vor, wobei sie ausdrücklich feststellte, daß die Berufung dieser Bewerberin anstelle von Herrn Anderson nicht gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit im

Sinne von § 3 Absatz 3 der Verordnung 1995:936 verstoße. Die Jury setzte Herrn Anderson auf den zweiten und Frau Fogelqvist auf den dritten Platz, wobei sie in beiden Fällen auf Sachverständigengutachten Bezug nahm.

19 Nachdem Frau Destouni ihre Bewerbung zurückgezogen hatte, beschloß der Rektor der Universität am 27. Juni 1997, erneut die Jury zu befassen, damit sie unter Berücksichtigung der Gleichheit von Männern und Frauen und speziell im Hinblick auf die Verordnung 1995:936 und den Plan der Universität zur Gleichstellung von Männern und Frauen über die verbleibenden Bewerbungen entscheidet. Am 6. November 1997 erklärte die Jury, sie könne die Angelegenheit nicht unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte überprüfen, da der Aspekt der Gleichstellung bereits bei ihrer ersten Entscheidung berücksichtigt worden sei. Ferner erklärte sie, die meisten ihrer Mitglieder hielten den Unterschied zwischen Herrn Anderson und Frau Fogelqvist zwar für erheblich, aber es sei schwierig, die Tragweite von § 3 Absatz 3 der Verordnung 1995:936 zu bestimmen.

20 Am 18. November 1997 beschloß der Rektor der Universität Göteborg, Frau Fogelqvist auf den Lehrstuhl zu berufen. Er nahm in seinem Beschluß auf die Verordnung 1995:936 und auf den Plan der Universität zur Gleichstellung von Männern und Frauen Bezug und wies darauf hin, daß der Unterschied zwischen den Qualifikationen von Herrn Anderson und Frau Fogelqvist nicht so erheblich sei, daß die positive Diskriminierung letzterer gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung verstoße.

21 Herr Anderson und Frau Abrahamsson legten beim Överklagandenämnd för Högskolan Beschwerde ein. Herr Anderson trug vor, die Berufung verstoße sowohl gegen § 3 der Verordnung 1995:936 als auch gegen das Urteil des Gerichtshofes vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-450/93 (Kalanke, Slg. 1995, I-3051). Frau Abrahamsson führte aus, die Jury habe die Bewerber nicht einheitlich beurteilt; ihre wissenschaftlichen Leistungen seien besser als die von Frau Fogelqvist. Sie räumte jedoch ein, daß Herr Anderson höhere Qualifikationen habe als sie.

22 Am 13. März 1998 trat die Jury erneut zusammen und erklärte, sie sehe keinen Grund für eine Überprüfung ihres früheren Standpunkts. Am 26. Juni 1998 wies auch der Rektor die Beschwerden zurück.

23 Nach Ansicht des Överklagandenämnd waren Herr Anderson und Frau Fogelqvist die qualifiziertesten Bewerber; die vorgenommene Prüfung habe gezeigt, daß Herr Anderson eine deutlich höhere wissenschaftliche Befähigung als Frau Fogelqvist habe. Bei den pädagogischen Fähigkeiten könne keiner der beiden Bewerber als deutlich qualifizierter als der andere angesehen werden. Dem Kriterium der administrativen Befähigung scheine ebenfalls keine ausschlaggebende Bedeutung zuzukommen, auch wenn Frau Fogelqvist in diesem Punkt möglicherweise einen gewissen, allerdings sehr begrenzten Vorteil besitze.

24 Traditionsgemäß und nach der einschlägigen Rechtsprechung komme bei der Gesamtbeurteilung den wissenschaftlichen Verdiensten besondere Bedeutung zu. Im vorliegenden Fall könne die leichte Überlegenheit von Frau Fogelqvist in administrativer Hinsicht die Überlegenheit von Herrn Anderson auf wissenschaftlichem Gebiet nicht ausgleichen. Folglich stelle sich die grundsätzliche Frage, ob die Zugehörigkeit von Frau Fogelqvist zum unterrepräsentierten Geschlecht bei einer Beurteilung gemäß der Verordnung 1995:936 über die positive Diskriminierung den Vorsprung von Herrn Anderson ausgleichen könne und ob die Anwendung der Verordnung 1995:936 mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie im Einklang stehe.

25 Für die Anwendung der Verordnung 1995:936 werde die Tragweite der Beschränkung positiver Diskriminierung durch ihren § 3 Absatz 3 (Beachtung des Erfordernisses der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung) nicht durch andere Rechtsquellen verdeutlicht. Vermutlich bedeute diese Beschränkung aber, daß das Ziel der Gleichstellung gegen den Wunsch nach möglichst effizienter Wahrnehmung gesellschaftlich wichtiger Aufgaben wie Forschung und Hochschulausbildung abgewogen werden müsse. Insoweit dürfte das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bedeuten, daß eine positive Diskriminierung nicht zulässig sei,

wenn die Gefahr eines spürbaren Effizienzverlusts in den genannten Aufgabenbereichen bestehe, sofern nicht der bestqualifizierte Bewerber ausgewählt werde. Bei einer Beurteilung des Ausgangsfalles anhand dieses Kriteriums lasse die Ernennung von Frau Fogelqvist keinen klaren Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit erkennen.

26 Auf die Frage der Vereinbarkeit der in § 3 der Verordnung 1995:936 vorgesehenen Form positiver Diskriminierung mit dem Gemeinschaftsrecht gäben die Bestimmungen der Richtlinie keine eindeutige Antwort. Der Gerichtshof habe sich zwar im Urteil Kalanke und im Urteil vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-409/95 (Marschall, Slg. 1997, I-6363) in gewissem Umfang mit der Bedeutung der Ausnahme des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie vom Grundsatz der Gleichbehandlung befaßt, doch sei es nicht offensichtlich unnötig, den Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages um die Auslegung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts zu ersuchen.

27 Unter diesen Umständen hat der Överklagandenämnd för Högskolan beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende vier Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Steht Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen einer nationalen Regelung entgegen, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts, der hinreichende Qualifikationen für eine Stelle im öffentlichen Dienst besitzt, vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, auszuwählen ist („positive Diskriminierung"), sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt wird, und nach der eine positive Diskriminierung nur dann nicht in Betracht kommt, wenn der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber so groß ist, daß sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde?

2. Ist, falls die erste Frage zu bejahen ist, eine positive Diskriminierung auch dann unzulässig, wenn die nationale Regelung nur für die Besetzung *entweder* einer von vornherein festgelegten begrenzten Zahl von Stellen (wie nach der Verordnung 1995:936) *oder* von Stellen gilt, die im Rahmen eines von einer konkreten Hochschule besonders beschlossenen Programms über die Zulassung positiver Diskriminierung geschaffen worden sind (wie nach § 15a des Kapitels 4 der Verordnung 1993:100)?

3. Ist, falls die zweite Frage in dem Sinne beantwortet wird, daß eine solche positive Diskriminierung unzulässig ist, davon auszugehen, daß auch die auf die schwedische Verwaltungspraxis und auf § 15 Absatz 2 des Kapitels 4 der Verordnung 1993:100 gestützte — und vom Överklagandenämnd gebilligte — Regel, daß ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts einem Bewerber des anderen Geschlechts vorgezogen werden kann, wenn die Verdienste der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind, in irgendeiner Weise gegen die in der ersten Frage genannte Richtlinie verstößt?

4. Macht es für die Beurteilung der vorstehenden Fragen einen Unterschied, ob sich die Regelung auf niedrigere Stellen der Eingangsstufe in einer Behörde oder auf die höchsten Stellen der Endstufe bezieht?

Zur Zulässigkeit

28 Vor der Beantwortung der vorgelegten Fragen ist zu prüfen, ob der Överklagandenämnd för Högskolan als Gericht im Sinne von Artikel 177 des Vertrages anzusehen ist.

29 Zur Beurteilung der rein gemeinschaftsrechtlichen Frage, ob eine Einrichtung Gerichtscharakter im Sinne dieser Bestimmung besitzt, stellt der Gerichtshof auf eine Reihe von Gesichtspunkten ab, wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit (vgl. u. a. Urteil vom 21. März 2000 in den Rechtssachen C-110/98 bis C-147/98, Gabalfrisa u. a., Slg. 2000, I-1577, Randnr. 33).

30 Der Överklagandenämnd, der eine ständige Einrichtung ist, wurde durch die Högskolelag (1992:1434) (Hochschulgesetz; im folgenden: Gesetz 1992:1434) geschaffen, deren § 1 Absatz 1 des Kapitels 5 vorsieht, daß ein besonderer Beschwerdeausschuß die Beschwerden gegen bestimmte Entscheidungen im Hochschulbereich prüft.

31 Nach der Förordning (1992:404) med instruktion för Överklagandenämnden för Högskolan (Verordnung über Vorschriften für den Beschwerdeausschuß in Hochschulangelegenheiten) müssen von den acht Mitgliedern des Överklagandenämnd der Vorsitzende und sein Stellvertreter Berufsrichter sein oder gewesen sein. Von den übrigen Mitgliedern müssen mindestens drei Juristen sein. Alle Mitglieder werden von der Regierung ernannt.

32 Der Överklagandenämnd prüft eigenständig die Beschwerden gegen Einstellungsentscheidungen der Universitäten und Hochschulen. Gemäß § 9 des Kapitels 1 der schwedischen Verfassung hat er dabei die Gleichheit aller vor dem Gesetz zu beachten sowie Sachlichkeit und Unparteilichkeit zu wahren. Gemäß § 7 des Kapitels 11 der schwedischen Verfassung darf weder eine Behörde noch das Parlament bestimmen, wie der Överklagandenämnd in einem konkreten ihm unterbreiteten Fall zu entscheiden hat. Geprüft werden nur Beschwerden, mit denen die Feststellung begehrt wird, daß der Beschwerdeführer selbst auf eine Stelle hätte ernannt werden müssen.

33 Der Överklagandenämnd ist beschlußfähig, wenn der Vorsitzende und mindestens drei weitere Mitglieder, darunter mindestens ein Jurist, anwesend sind. Die Regeln für das Verfahren vor dem Överklagandenämnd sind in der Förvaltningslag (1986:223) (Gesetz über die Verwaltung; im folgenden: Gesetz 1986:223) enthalten. Die Rechtssachen werden normalerweise im Anschluß an einen Bericht behandelt, der erstellt wird, nachdem die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einsichtnahme in die von anderen Parteien vorgelegten Informationen hatten. Auch eine mündliche Verhandlung ist vorgesehen.

34 Am Ende der Prüfung muß eine Entscheidung ergehen, gegen die kein Rechtsmittel eingelegt werden kann (§ 1 Absatz 2 des Kapitels 5 des Gesetzes 1992:1434).

35 Aus den in den Randnummern 30 bis 34 genannten Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergibt sich, daß der Överklagandenämnd eine gesetzliche Grundlage und ständigen Charakter hat und daß er — obgleich er eine Verwaltungsbehörde ist — mit gerichtlichen Aufgaben betraut ist, Rechtsnormen anwendet und ein streitiges Verfahren durchführt, auch wenn dies aus dem Gesetz 1986:223 nicht ausdrücklich hervorgeht.

36 Zum Kriterium der Unabhängigkeit ist den in Randnummer 32 genannten Bestimmungen der schwedischen Verfassung zu entnehmen, daß der Överklagandenämnd weisungsunabhängig und völlig unparteiisch über Beschwerden gegen bestimmte Entscheidungen im Universitäts- und Hochschulbereich entscheidet.

37 Solche Garantien verleihen dem Överklagandenämnd die Eigenschaft eines Dritten gegenüber den Stellen, von denen die Entscheidung stammt, die Gegenstand der Beschwerde ist, und die erforderliche Unabhängigkeit, um als Gericht im Sinne von Artikel 177 des Vertrages angesehen werden zu können.

38 Nach alledem ist der Överklagandenämnd för Högskolan als Gericht im Sinne von Artikel 177 des Vertrages anzusehen, so daß die Vorlagefragen zulässig sind.

Zur Begründetheit

Vorbemerkungen

39 Das vorlegende Gericht möchte mit seinen Fragen wissen, ob Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden schwedischen Regelung entgegensteht, die im Hochschulbereich bei der Einstellung eine positive Diskriminierung von Bewerbern des unterrepräsentierten Geschlechts vorsieht.

40 Die Auslegung von Artikel 141 Absatz 4 EG, der solche Maßnahmen betrifft, wäre für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens nur dann erforderlich, wenn der Gerichtshof zu dem Ergebnis käme, daß Artikel 2 einer nationalen Regelung wie der hier zu prüfenden entgegensteht.

41 Die Richtlinie hat gemäß Artikel 1 Absatz 1 zum Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen u. a. hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung verwirklicht wird. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie beinhaltet dieser Grundsatz, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen darf.

42 Nach Artikel 2 Absatz 4 steht die Richtlinie jedoch den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, nicht entgegen.

43 Der Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 28. März 2000 in der Rechtssache C-158/97 (Badeck u. a., Slg. 2000, I-1875, Randnr. 23) entschieden, daß eine Maßnahme, nach der weibliche Bewerber in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, vorrangig befördert werden sollen, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist,

— wenn sie weiblichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber besitzen, keinen automatischen und unbedingten Vorrang einräumt und

— wenn die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird.

Zur ersten Frage

44 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel 2 Absätze 1 und 4 einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden schwedischen Regelung entgegensteht, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts um eine Stelle im öffentlichen Dienst, der hinreichende Qualifikationen für diese Stelle besitzt, vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, auszuwählen ist, sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts

ausgewählt wird, und sofern der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, daß sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde.

45 Im Gegensatz zu den nationalen Regelungen über positive Diskriminierung, mit denen sich der Gerichtshof in den Urteilen Kalanke, Marschall und Badeck u. a. befaßt hat, erlaubt es die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung, einem Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts Vorrang einzuräumen, der zwar hinreichend qualifiziert ist, aber nicht die gleiche Qualifikation wie Bewerber des anderen Geschlechts besitzt.

46 In einem Verfahren zur Auswahl der Bewerber um eine Stelle wird die Qualifikation der Bewerber grundsätzlich im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle oder des auszuübenden Amtes beurteilt.

47 In den Randnummern 31 und 32 des Urteils Badeck u. a. hat der Gerichtshof entschieden, daß es zulässig ist, bei einer solchen Beurteilung bestimmte positive und negative Kriterien heranzuziehen, die, obwohl sie geschlechtsneutral formuliert sind und sich somit auch zugunsten von Männern auswirken können, im allgemeinen Frauen begünstigen. So kann bestimmt werden, daß das Dienstalter, das Lebensalter und der Zeitpunkt der letzten Beförderung nur insoweit Berücksichtigung finden, als ihnen für die Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerberinnen und Bewerber Bedeutung zukommt. Ferner kann festgelegt werden, daß Familienstand oder Einkommen des Partners oder der Partnerin unerheblich sind und daß sich Teilzeitbeschäftigungen, Beurlaubungen und Verzögerungen beim Abschluß der Ausbildung auf Grund der Betreuung von Kindern oder Angehörigen nicht nachteilig auswirken.

48 Solche Kriterien sollen nämlich offenkundig eine materielle und nicht nur formale Gleichheit herbeiführen, indem sie in der sozialen Wirklichkeit auftretende faktische Ungleichheiten verringern, und so im Einklang mit Artikel 141 Absatz 4

EG Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn von Personen des unterrepräsentierten Geschlechts verhindern oder ausgleichen.

49 Insoweit ist hervorzuheben, daß Kriterien der in Randnummer 47 genannten Art in transparenter und nachprüfbarer Weise angewandt werden müssen, um jede willkürliche Beurteilung der Qualifikation der Bewerber auszuschließen.

50 In bezug auf das Auswahlverfahren, um das es im Ausgangsverfahren geht, läßt sich der einschlägigen schwedischen Regelung nicht entnehmen, daß die Beurteilung der Qualifikation der Bewerber im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle auf klaren und eindeutigen Kriterien beruht, die geeignet sind, Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn von Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zu verhindern oder auszugleichen.

51 Nach dieser Regelung ist vielmehr ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts um eine Stelle im öffentlichen Dienst, der hinreichende Qualifikationen für diese Stelle besitzt, vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der andernfalls ausgewählt worden wäre, auszuwählen, sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt wird.

52 Folglich räumt die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung Bewerbern des unterrepräsentierten Geschlechts automatisch Vorrang ein, wenn diese hinreichend qualifiziert sind; die einzige Einschränkung besteht darin, daß der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber verschiedenen Geschlechts nicht so groß sein darf, daß sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde.

53 Die Tragweite dieser Einschränkung kann nicht genau bestimmt werden, so daß die Auswahl eines Bewerbers unter den Personen mit hinreichenden Qualifikationen letztlich allein auf seiner Zugehörigkeit zum unterrepräsentierten Geschlecht beruht; dies gilt auch dann, wenn die Qualifikationen des ausgewählten Bewerbers geringer sind als die eines Bewerbers des anderen Geschlechts. Überdies sind die Bewerbungen nicht Gegenstand einer objektiven Beurteilung, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird. Eine solche Auswahlmethode steht daher nicht im Einklang mit Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie.

54 Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob eine Regelung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art nach Artikel 141 Absatz 4 EG gerechtfertigt ist.

55 Hierzu genügt die Feststellung, daß Artikel 141 Absatz 4 EG den Mitgliedstaaten zwar gestattet, zur Verhinderung oder zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen, um die volle Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben zu gewährleisten; daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß diese Bestimmung eine Auswahlmethode der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art zuläßt, die jedenfalls zu dem verfolgten Ziel außer Verhältnis steht.

56 Auf die erste Frage ist daher zu antworten, daß Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie und Artikel 141 Absatz 4 EG einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts um eine Stelle im öffentlichen Dienst, der hinreichende Qualifikationen für diese Stelle besitzt, vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, auszuwählen ist, sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt wird, und sofern der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, daß sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde.

Zur zweiten Frage

57 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer solchen nationalen Regelung auch dann entgegensteht, wenn sie nur für die Besetzung einer von vornherein festgelegten begrenzten Stellenzahl oder von Stellen gilt, die im Rahmen eines von einer konkreten Hochschule besonders beschlossenen Programms über die Zulassung positiver Diskriminierung geschaffen worden sind.

58 Hierzu genügt der Hinweis, daß die Beschränkung des Anwendungsbereichs einer positiven Diskriminierung der vorliegenden Art nichts an ihrem absoluten und unverhältnismäßigen Charakter ändern kann.

59 Auf die zweite Frage ist daher zu antworten, daß Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie und Artikel 141 Absatz 4 EG einer solchen nationalen Regelung auch dann entgegenstehen, wenn sie nur für die Besetzung einer von vornherein festgelegten begrenzten Stellenzahl oder von Stellen gilt, die im Rahmen eines von einer konkreten Hochschule besonders beschlossenen Programms über die Zulassung positiver Diskriminierung geschaffen worden sind.

Zur dritten Frage

60 Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer auf einer nationalen Verwaltungspraxis beruhenden Regelung entgegensteht, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts einem Bewerber des anderen Geschlechts vorgezogen werden kann, wenn die Verdienste der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind.

61 Hierzu genügt die Feststellung, daß eine solche Regelung nach den Ausführungen in Randnummer 43 mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, wenn die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird.

62 Auf die dritte Frage ist daher zu antworten, daß Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer auf einer nationalen Verwaltungspraxis beruhenden Regelung, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts einem Bewerber des anderen Geschlechts vorgezogen werden kann, wenn die Verdienste der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind, nicht entgegensteht, sofern die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird.

Zur vierten Frage

63 Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Antwort auf die erste, die zweite und die dritte Frage davon abhängt, ob die nationale Regelung die Auswahl von Bewerbern um niedrig oder um hoch eingestufte Stellen betrifft.

64 Hierzu genügt die Feststellung, daß die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung nach dem Gemeinschaftsrecht nicht von der Einstufung der zu besetzenden Stellen abhängt.

65 Auf die vierte Frage ist daher zu antworten, daß die Beurteilung der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung, mit der im Hochschulbereich eine positive Diskriminierung bei der Einstellung geschaffen worden ist, nicht von der Einstufung der zu besetzenden Stelle abhängt.

Kosten

66 Die Auslagen der schwedischen Regierung und der Kommission, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

auf die ihm vom Överklagandenämnd för Högskolan mit Beschluß vom 14. Oktober 1998 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und Artikel 141 Absatz 4 EG stehen einer nationalen Regelung entgegen, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts um eine Stelle im öffentlichen Dienst, der hinreichende Qualifikationen für diese Stelle besitzt, vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, auszuwählen ist, sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt wird, und sofern der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, daß sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde.**

2. Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207 und Artikel 141 Absatz 4 EG stehen einer solchen nationalen Regelung auch dann entgegen, wenn sie nur für die Besetzung einer von vornherein festgelegten begrenzten Stellenzahl oder von Stellen gilt, die im Rahmen eines von einer konkreten Hochschule besonders beschlossenen Programms über die Zulassung positiver Diskriminierung geschaffen worden sind.

3. Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207 steht einer auf einer nationalen Verwaltungspraxis beruhenden Regelung, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts einem Bewerber des anderen Geschlechts vorgezogen werden kann, wenn die Verdienste der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind, nicht entgegen, sofern die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird.

4. Die Beurteilung der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung, mit der im Hochschulbereich eine positive Diskriminierung bei der Einstellung geschaffen worden ist, hängt nicht von der Einstufung der zu besetzenden Stelle ab.

Edward Sevón Kapteyn

Jann Ragnemalm

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 6. Juli 2000.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Fünften Kammer

D. A. O. Edward