SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO SAGGIO

vom 16. November 1999 *

Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens

1. In der heute zu prüfenden Rechtssache ersucht der Överklagandenämnd för Högskolan (Schweden) (Beschwerdeausschuß für Hochschulangelegenheiten) den Gerichtshof um Entscheidung über die Vereinbarkeit der schwedischen Regelung zur Förderung der Einstellung von Frauen in Hochschulen und Universitäten mit dem Gemeinschaftsrecht. Die Besonderheit der schwedischen Regelung liegt darin, daß die Verwaltung einen Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts einstellen kann — jedoch nicht muß —, selbst wenn er nach Verdienst und Qualifikation nicht der geeignetste Bewerber ist.

Gemeinschaftsrecht

2. In Artikel 1 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 (im folgenden: Richtlinie) [1] heißt es: „Diese Richtlinie hat zum Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und in bezug auf die soziale Sicherheit ... verwirklicht wird."

Nach Artikel 2 Absatz 1 dieser Richtlinie beinhaltet der Grundsatz, „daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand — erfolgen darf".

Nach Artikel 2 Absatz 4 steht die Richtlinie „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".

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. L 39, S. 40.

3. Nach Vorlage des Vorabentscheidungsersuchens beim Gerichtshof trat der Vertrag von Amsterdam in Kraft, der — soweit hier von Bedeutung — den EG-Vertrag bezüglich der Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen geändert hat. So bestimmen die Artikel 2 und 3 EG-Vertrag in ihrer neuen Fassung, daß „[es] Aufgabe der Gemeinschaft ist, ... die Gleichstellung von Männern und Frauen ... zu fördern", und daß „die Gemeinschaft darauf hin[wirkt], Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern". Ferner heißt es in Artikel 6a, der ebenfalls durch den neuen Vertrag eingefügt und zu Artikel 13 EG geworden ist, daß „der Rat ... auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen [kann], um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts ... zu bekämpfen".

4. Artikel 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden) sieht in der geänderten Fassung folgendes vor: „Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher" (Absatz 1). „Der Rat beschließt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 [früher Artikel 189b] und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit" (Absatz 3). „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" (Absatz 4)[2]. Die *Erklärung zu Artikel 119 Absatz 4 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* im Anhang zum Vertrag von Amsterdam sieht folgendes vor: „Maßnahmen der Mitgliedstaaten nach Artikel 119 Absatz 4 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sollten in erster Linie der Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben dienen."

5. Bereits vor der Änderung des Vertrages hatten die Gemeinschaftsorgane verschiedene Maßnahmen zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen getroffen. Von besonderer Bedeutung ist hierbei die Empfehlung 84/635/EWG des Rates vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen[3], in der es heißt: „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 Arbeits-

2 — In der Fassung vor den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam verwies Artikel 119 auf keine positiven Maßnahmen zugunsten des unterrepräsentierten Geschlechts und enthielt nur das Verbot einer Ungleichbehandlung bezüglich des Entgelts. Dieser Artikel bestimmte in Absatz 1: „Jeder Mitgliedstaat wird während der ersten Stufe den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten."

3 — ABl. L 331, S. 34.

welt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird." Diese Empfehlung rät den Mitgliedstaaten unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie eine Politik positiver Maßnahmen u. a. „in Bereichen, Berufen und auf Ebenen, wo Frauen unterrepräsentiert sind, [zur] Förderung der Bewerbung, der Einstellung und des Aufstiegs von Frauen, insbesondere in verantwortlichen Stellungen".

Nationales Recht

6. Nach Kapitel 11 § 9 der schwedischen Verfassung können bei der Einstellung im öffentlichen Dienst nur objektive Beurteilungskriterien wie „Verdienste" und „Befähigung" [4] berücksichtigt werden. Ebenso sind nach dem Gesetz über den öffentlichen Dienst (1994:260) die Bewerber aufgrund ihrer Befähigung auszusuchen, es sei denn, „besondere Gründe" rechtfertigten die Anwendung anderer Kriterien.

7. Das schwedische Gesetz zur Gleichstellung von Männern und Frauen (1991:433) läßt Maßnahmen positiver Ungleichbehandlung zu. Nach § 16 Absatz 2 Nummer 2 liegt insbesondere keine Diskriminierung zwischen den Geschlechtern vor, wenn „die Entscheidung im Rahmen von Bestrebungen zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben getroffen wird".

8. Der Hochschulsektor, der Gegenstand des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens ist, wird durch die Verordnung 1993:100 geregelt [5].

§ 15 der genannten Verordnung bestimmt in der seit 1. Januar 1999 geltenden Fassung:

„Die Besetzung einer Hochschulstelle ist mit der Befähigung wissenschaftlicher, künstlerischer, pädagogischer, administrativer oder anderer Art zu begründen, die insbesondere für den Lehrstoff und die Art der Stelle von Bedeutung ist. 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 den allgemeinen arbeitsmarkt-, gleichstellungs-,

4 — Wie aus den Materialien zu dieser Bestimmung hervorgeht, bezieht sich der Begriff „Verdienste" im wesentlichen auf Erfahrungen, die im Laufe früherer Tätigkeiten erworben wurden, während der Begriff „Befähigung" die Fähigkeiten umfaßt, die sich aus einer theoretischen oder praktischen Ausbildung oder aus Erfahrungen bei der Arbeit entwickelt haben.

5 — Diese Verordnung wurde zuletzt durch die Verordnung vom 1. Januar 1999 geändert.

sozial- und beschäftigungspolitischen Zielen im Einklang stehen."

§ 15a schreibt folgendes vor:

„Die nachstehenden Bestimmungen gelten, wenn eine Hochschule bei der Besetzung einer bestimmten Stelle eine positive Ungleichbehandlung im Rahmen des Aktionsprogramms zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsleben vornehmen will.

Bei der Stellenbesetzung kann einer Person des unterrepräsentierten Geschlechts, die hinreichende Qualifikationen nach § 15 Absatz 1 besitzt, Vorrang gegenüber einem Bewerber des anderen Geschlechts eingeräumt werden, der andernfalls ausgewählt worden wäre.

Eine positive Ungleichbehandlung 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."

9. Aufgrund des allgemeinen Programms des § 15a sieht die Verordnung 1995:936 über die Schaffung bestimmter Stellen für Professoren und Forschungsassistenten zur Förderung der Gleichstellung bestimmte positive Maßnahmen vor[6]. Die §§ 1 bis 3 dieser Verordnung enthalten folgende Regelung:

„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 sind" (§ 1).

„Die Universitäten und Hochschulen, die solche Mittel für Stellen erhalten, müssen diese gemäß den Bestimmungen der Hochschulverordnung (1993:100) mit den in den §§ 3 bis 5 ff. genannten Abweichungen einrichten und besetzen. Die Abweichungen gelten jedoch nur für die erstmalige Besetzung der betreffenden Stellen" (§ 2).

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

6 — Aufgrund dieser Verordnung hat die Regierung mit Beschluß dnr/91 vom 14. März 1996 außerordentliche Mittel für dreißig Professorenstellen bereitgestellt.

Ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts mit hinreichenden Qualifikationen der in Kapitel 4 § 15a Absatz 1 der Hochschulverordnung 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" (§ 3).

Der Sachverhalt und die Vorlagefragen

10. Am 3. Juni 1996 schrieb die Universität Göteborg eine Professur für Hydrosphärologie unter besonderer Berücksichtigung der physikalischen und biochemischen Prozesse in natürlichen Gewässern aus. In der Ausschreibung hieß es, daß diese Stelle unter das Programm der Universität zur Förderung der Chancengleichheit gemäß der Verordnung 1995:936 falle.

11. Zu den Bewerbern gehörten Frau Abrahamsson, Herr Anderson, Frau Destouni und Frau Fogelqvist. Die Jury beschloß, die Auswahl durch zwei getrennte Abstimmungen vorzunehmen. Die erste Abstimmung berücksichtigte nur die wissenschaftlichen Qualifikationen der Bewerber gemäß Kapitel 4 der Hochschulverordnung. Hierbei kam Herr Anderson mit fünf Stimmen auf den ersten Platz; Frau Destouni erhielt drei Stimmen. Bei der zweiten Abstimmung hingegen wurde den Kriterien zur Förderung von Aktionen zur Erreichung der Parität (im Sinne der Verordnung von 1995) Rechnung getragen. Hierbei belegte Frau Destouni den ersten Platz.

Die Jury schlug daher die Berufung von Frau Destouni vor. Nachdem Frau Destouni jedoch ihre Bewerbung zurückgezogen hatte, beschloß der Rektor, die Jury um eine erneute Prüfung zu ersuchen.

Daraufhin erklärte die Jury, nach Ansicht der Mehrheit ihrer Mitglieder sei der Unterschied zwischen den Qualifikationen von Herrn Anderson und Frau Fogelqvist, die den zweiten und dritten Platz belegten, erheblich, so daß sie bezweifelte, daß ein weiblicher Bewerber, nämlich Frau Fogelqvist, bevorzugt werden müsse.

Am 18. November 1997 berief der Rektor indessen Frau Fogelqvist, da er der Meinung war, der Unterschied zwischen den Qualifikationen dieser Bewerberin und von Herrn Anderson wirke sich nicht in der

Weise aus, daß die positive Sonderbehandlung gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Bewerberauswahl verstoße.

12. Gegen diese Entscheidung legten Frau Abrahamsson und Herr Anderson Beschwerde beim Beschwerdeausschuß ein. Herr Anderson machte insbesondere geltend, daß die Berufung von Frau Fogelqvist sowohl gegen § 3 der Verordnung 1995:936 als auch gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße, wie es der Gerichtshof im Urteil Kalanke [7] ausgelegt habe.

13. Im Rahmen dieses Verfahrens hat der Överklagandenämnd för Högskolan beschlossen, dem Gerichtshof folgende 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 Staatsdienst 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

7 — Urteil des Gerichtshofes vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-450/93 (Slg. 1995, I-3051).

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 des Vorabentscheidungsersuchens

14. Die Einrichtung, die die vorliegenden Fragen gestellt hat, ist der Beschwerdeausschuß für Hochschulangelegenheiten (Överklagandenämnd för Högskolan). Es handelt sich also um ein Verwaltungsorgan, bei dem zu prüfen ist, ob es die Eigenschaft eines „einzelstaatlichen Gerichts" im Sinne von Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) und im Hinblick auf die Anwendung dieses Artikels besitzt.

15. Es ist darauf hinzuweisen, daß der Begriff des vorlegenden Gerichts in dem Sinne selbständig ist, daß er nicht immer und in jedem Fall der Qualifizierung des betreffenden Organs durch das Recht der Mitgliedstaaten entspricht. Der „Gerichtscharakter" im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der keineswegs von der rechtlichen Bezeichnung der vorlegenden Einrichtung abhängt, umfaßt nämlich eine Reihe von Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit das betreffende Organ Vorabentscheidungsfragen gemäß Artikel 177 vorlegen kann. Es handelt sich dabei um folgende Gesichtspunkte: gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie deren Unparteilichkeit und Unabhängigkeit [8].

16. Im Vorlagebeschluß des Beschwerdeausschusses sieht sich dieser zwar als Verwaltungsbehörde an, er äußert sich jedoch auch allgemein oder eher vage dahin gehend, daß er im vorliegenden Fall alle Voraussetzungen erfülle, um als Gericht im Sinne von Artikel 177 des Vertrages angesehen zu werden, nämlich gesetzliche Grundlage seiner Einsetzung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren und Anwendung der Rechtsnormen durch die Einrichtung.

Die schwedische Regierung bestätigt diese Auslegung, wobei sie ebenfalls allgemein auf die geltenden Rechtsvorschriften verweist. Sie erklärt nämlich, daß die schwedische Verfassung zwischen Gerichts- und Verwaltungsorganen unterscheide und der Beschwerdeausschuß nach schwedischem Recht zu letzteren gehöre. Der Ausschuß sei durch das Hochschulgesetz (1992:1434)

8 — Urteile des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 61/65 (Vaassen-Göbbels, Slg. 1966, 377), vom 14. Dezember 1971 in der Rechtssache 43/71 (Politi, Slg. 1971, 1039), vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 14/86 (Pretore di Salò, Slg. 1987, 2545, Randnr. 7), vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-24/92 (Corbiau, Slg. 1993, I-1277, Randnr. 15), vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-111/94 (Job Centre, Slg. 1995, I-3361, Randnr. 9), vom 12. Dezember 1996 in den Rechtssachen C-74/95 und C-129/95 (X, Slg. 1996, I-6609, Randnr. 17), vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 (Dorsch Consult, Slg. 1997, I-4961, Randnr. 23), vom 12. November 1998 in der Rechtssache C-134/97 (Victoria Film, Slg. 1998, I-7023, Randnr. 14) und vom 2. März 1999 in der Rechtssache C-416/96 (Eddline El-Yassini, Slg. 1999, I-1209, Randnr. 17).

geschaffen worden und arbeite nach der Verordnung über Vorschriften für den Beschwerdeausschuß in Hochschulangelegenheiten (1992:404). Darin sei vorgesehen, daß der Beschwerdeausschuß aus acht von der Regierung ernannten Mitgliedern bestehe, der Vorsitzende und dessen Stellvertreter Berufsrichter seien und drei der übrigen Mitglieder Juristen sein müßten. Das Gesetz über die Verwaltung (1993:223), das das Verfahren vor dem Beschwerdeausschuß regele, ermögliche den Betroffenen, schriftliche oder mündliche Erklärungen abzugeben und von allen Informationen Kenntnis zu nehmen, die die Verwaltung erhalte. Die Entscheidungen des Ausschusses seien gemäß § 1 des Kapitels 5 des Hochschulgesetzes (1992:1434) obligatorisch und könnten nicht angefochten werden. Der Ausschuß sei ferner gegenüber anderen staatlichen Stellen unabhängig, was auf § 7 des Kapitels 11 der Verfassung beruhe, der Eingriffe von Exekutivorganen oder des Parlaments in die Tätigkeit der Verwaltung untersage.

17. Aus den von der schwedischen Regierung genannten Rechtsvorschriften geht klar hervor, daß der Beschwerdeausschuß eine gesetzliche Grundlage hat, ständigen Charakter besitzt, eine obligatorische Gerichtsbarkeit darstellt (§ 1 Absätze 1 und 2 des Kapitels 5 des Gesetzes 1992:1434) sowie nach Rechtsnormen und nicht aufgrund einer entsprechenden Befugnis nach Billigkeit zu entscheiden hat.

Die nationalen Rechtsvorschriften erwekken jedoch einige Zweifel bei zwei der vorgenannten Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit das betreffende Verwaltungsorgan als Gericht im Sinne von Artikel 177 des Vertrages zu betrachten ist und das Vorabentscheidungsersuchen somit als zulässig angesehen werden kann. Die erste dieser Voraussetzungen betrifft den streitigen Charakter des Verfahrens und die zweite die tatsächliche Unabhängigkeit und Unversetzbarkeit der Mitglieder des Beschwerdeausschusses.

18. a) Ich befasse mich zunächst mit der ersten dieser beiden Voraussetzungen. Wie ich bereits in meinen Schlußanträgen vom 7. Oktober 1999 in der beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache Gabalfrisa u. a. (C-110/98 bis C-147/98) ausgeführt habe, ist der fehlende streitige Charakter des Verfahrens in Anbetracht bestimmter neuerer Urteile des Gerichtshofes nicht als solcher ausschlaggebend, um der vorlegenden Einrichtung die Eigenschaft eines Gerichts abzusprechen; andererseits wird jedoch auch deutlich, daß der Gerichtshof in den Fällen, in denen er ein Vorabentscheidungsersuchen in einem summarischen Verfahren zugelassen hat, in dem der Beklagte nicht vor dem betreffenden Organ auftritt, als Ausgleich für diesen Mangel vorsorglich einen hohen Grad von Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Ent-

scheidungsorgans verlangt hat[9]. Für mich besteht kein Zweifel an der absoluten Notwendigkeit dieses Charakters der vorlegenden Einrichtung, um ein Vorabentscheidungsersuchen für zulässig halten zu können.

In der vorliegenden Rechtssache erklärt die schwedische Regierung ohne Widerspruch der vorlegenden Einrichtung, daß das Verfahren vor dem Beschwerdeausschuß nicht unter das schwedische Gesetz über das Verwaltungsverfahren (1971:291) — dieses gilt nur für einen Rechtsstreit vor den Verwaltungsgerichten 23 —, sondern unter das Gesetz über die Verwaltung (1986:223) falle, also das Gesetz, das speziell den Erlaß von Verwaltungsakten regelt[10]. Dieses Gesetz sieht nicht ausdrücklich ein Recht der Parteien auf ein kontradiktorisches Verfahren vor. § 17 des Gesetzes bestimmt lediglich, daß die Verwaltung den Beteiligten alle Unterlagen zuzuleiten hat, die sie betreffen, und ihnen Gelegenheit geben muß, Erklärungen abzugeben.

§ 14 des genannten Gesetzes sieht für die Parteien zudem die Möglichkeit vor, mündliche Erklärungen abzugeben.

Der kontradiktorische Charakter dieses Verfahrens, das, wie ich nochmals betonen möchte, dem Gesetz über den Erlaß von Verwaltungsakten unterliegt, beruht demnach auf den Bestimmungen, die dem Betroffenen das Recht auf Kenntnisnahme von allen Unterlagen, die die Verwaltung berücksichtigt, verleihen. Es ist indessen klar, daß solche Bestimmungen nicht auf ein kontradiktorisches Verfahren, sondern darauf abzielen, daß eine absolute Transparenz der betreffenden Einrichtung erreicht wird und der einzelne zur Abgabe von Erklärungen und zur Unterbreitung neuer Fakten berechtigt ist. Angesichts der speziellen Zuständigkeit der in Rede stehenden vorlegenden Einrichtung — nämlich Kontrolle der Rechtmäßigkeit der von der Hochschulverwaltung getroffenen Entscheidungen — ist jedoch meines Erachtens nicht auszuschließen, daß § 14 und namentlich § 17 des Gesetzes über die Verwaltung den Betroffenen ein kontradiktorisches Verfahren gewährleisten können. Insbesondere ermöglicht nämlich § 17 denjenigen, die eine Entscheidung der Verwaltung vor dem Beschwerdeausschuß anfechten, in jedem Fall die Abgabe von Erklärungen zu jedem weiteren Vorbringen Dritter; ebenso werden diejenigen, deren Ernennung oder Beförderung angefochten wird, von der Beschwerde unterrichtet, wobei sie gleichfalls zur Abgabe von Erklärungen berechtigt sind.

Trotz des „atypischen" Charakters eines derartigen kontradiktorischen Verfahrens

9 — In meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Gabalfrisa u. a. habe ich mich insbesondere auf das vorgenannte Urteil Dorsch Consult bezogen, in dem sich der Gerichtshof unter Zurückweisung des Vorbringens der Kommission, daß der vorlegende Ausschuß „nach eigenen Angaben nicht in einem kontradiktorischen Verfahren tätig werde", mit der Feststellung begnügt hat, daß „das Erfordernis eines kontradiktorischen Verfahrens kein absolutes Kriterium [darstellt]". Diese Feststellung, die gegenüber dem betreffenden Fall nicht begründet wird, ist in der Tat verwunderlich, wenn man bedenkt, daß der Gerichtshof früher Vorabentscheidungsersuchen in Verfahren zugelassen hat, in denen der streitige Charakter nicht inexistent, sondern nur auf einen (zuweilen eventuellen) späteren Zeitpunkt zurückversetzt war (siehe Urteile Politi und Pretore di Salò, zitiert in Fußnote 8, sowie vom 28. Juni 1978 in der Rechtssache 70/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 1453) und vom 21. April 1988 in der Rechtssache 338/85 (Pardini, Slg. 1988, 2041).

10 — Diese Auslegung wird auch von der Rechtslehre bestätigt, siehe u. a. H. Ragnemalm, „Administrative justice", *Juristförlaget*, Stockholm 1991, S. 210, und H. Strömberg, „Allmän förvaltningsrätt", *Liber Ekonomi*, 19. Auflage, Lund 1998, insbesondere S. 80.

kann also meines Erachtens festgestellt werden, daß der Beschwerdeausschuß diese Voraussetzung erfüllt, von der das Gemeinschaftsrecht die Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens abhängig macht.

19. b) Zur zweiten Voraussetzung, nämlich der Unabhängigkeit der Mitglieder des Beschwerdausschusses, möchte ich wie bereits bei anderer Gelegenheit betonen, daß die Unabhängigkeit der Richter einen wesentlichen Faktor für die Anerkennung des „Gerichtscharakters" eines Verwaltungsorgans im Sinne von Artikel 177 des Vertrages und für dessen Anwendung darstellt und daß man äußerst genau prüfen muß, ob die einschlägigen nationalen Vorschriften dem Erfordernis der Unabhängigkeit einer Einrichtung gerecht werden, die sich — wenn auch nur in einem speziellen Rahmen und zu bestimmten Zwecken — Gerichtscharakter beimißt.

Im vorliegenden Fall werden die Mitglieder des Ausschusses von der Regierung für eine bestimmte Dauer ernannt (§ 9 der Verordnung über die Vorschriften für den Ausschuß). Die Gesetze und Verordnungen, die den Ausschuß betreffen, erwähnen weder die Dauer der Amtszeit noch die Fälle, in denen die Verwaltung Mitglieder des Ausschusses abberufen kann. Deren Amtszeit ist vermutlich in der Ernennungsurkunde angegeben, was genügen kann, um die Dauerhaftigkeit und Beständigkeit der Einrichtung zu gewährleisten.

Das Fehlen spezieller Bestimmungen über die Voraussetzungen und Modalitäten einer Abberufung der Ausschußmitglieder erweckt hingegen Zweifel an der Unabhängigkeit dieser Einrichtung. Es ist in der Tat verwunderlich, daß die schwedische Regierung ausführt, dieser unabhängige Charakter lasse sich der Verfassungsbestimmung entnehmen, die den Grundsatz der Eigenständigkeit aller nationaler Verwaltungsstellen vorsehe (Kapitel 11 § 7). Es ist nämlich festzustellen, daß die Verfassung nur für die Richter eine erschöpfende Aufzählung der Fälle enthält, in denen eine Abberufung vorgenommen werden kann, und daß diese Bestimmung nicht für die Verwaltungsorgane und somit für die Mitglieder des Beschwerdeausschusses gilt (§ 5).

20. Abgesehen von der vorgenannten Verfassungsbestimmung, die den Grundsatz der Eigenständigkeit der Verwaltungsorgane beim Erlaß ihrer Verwaltungsakte aufstellt, enthält das Gesetz über die Verwaltung eine ebenfalls erschöpfende Aufzählung der Fälle, in denen Mitglieder von Verwaltungsorganen von den Verwaltungsbehörden abgelehnt werden können und diese Mitglieder Umstände mitteilen müssen, die ihre Ablehnung begründen könnten (§§ 11 und 12).

Nach dem unlängst vom Gerichtshof erlassenen Urteil Köllensperger und Atzwanger[11], auf das die schwedische Regierung hinweist, kann indessen aufgrund der Vorschriften über die Ablehnung und

11 — Urteil vom 4. Februar 1999 in der Rechtssache C-103/97 (Slg. 1999, I-551).

Stimmenthaltung der Mitglieder einer Einrichtung in Verbindung mit den Vorschriften über das Verbot von Eingriffen anderer Staatsorgane davon ausgegangen werden, daß die Voraussetzung erfüllt ist, um dem betreffenden Verwaltungsorgan „Gerichtscharakter" im Sinne von Artikel 177 des Vertrages zuzuerkennen. In diesem Urteil stellt der Gerichtshof fest, daß „es dem Gerichtshof nicht [zusteht], anzunehmen, eine solche Bestimmung werde in einer der [nationalen] Verfassung und den Grundsätzen eines Rechtsstaats zuwiderlaufenden Weise angewandt".

Aus dieser Rechtsprechung geht hervor, daß aufgrund der Verbindung zwischen den beiden Rechtsnormen auszuschließen ist, daß das Instrument einer Abberufung von Mitgliedern der Verwaltungsorgane zu einer Eingriffsmöglichkeit führt, die der Ungebundenheit und Unabhängigkeit der Mitglieder des Ausschusses bei ihren Entscheidungen entgegensteht. Nach der genannten Rechtsprechung kann also das Abberufungsrecht in einem derartigen normativen Rahmen kein Instrument darstellen, mit dem die Unabhängigkeit des Ausschusses geschwächt würde. Diese Auslegung ist äußerst weitläufig, da sie für die Beurteilung der Unabhängigkeit der betreffenden Einrichtung nicht das alleinige Kriterium für das Vorliegen von Gründen heranzieht, die denjenigen gleichen oder entsprechen, mit denen die Abberufung von Berufsrichtern zu rechtfertigen ist, sondern von einer allgemeinen Verpflichtung zur Unterlassung von Eingriffen in die Tätigkeit der staatlichen Verwaltungsorgane in Verbindung mit dem Recht auf Ablehnung von Mitgliedern der verschiedenen betroffenen Behörden und der etwaigen Stimmenthaltungspflicht dieser Mitglieder ausgeht. Dies reicht meines Erachtens nicht aus, um die absolute Unabhängigkeit des Beschwerdeausschusses zu gewährleisten. Eine wesentliche Voraussetzung für die Unabhängigkeit der betreffenden Einrichtung erfordert nämlich klare Bestimmungen im primären Interesse der Betroffenen, denen es gegebenenfalls möglich sein muß, sich auf diese Bestimmungen zu berufen, ohne eine schwierige Auslegungsarbeit leisten zu müssen, um ihr Recht auf die Entscheidung eines unabhängigen Organs festzustellen und darzutun. Die Unabhängigkeit der Gerichte schützt nämlich ein Interesse allgemeiner Art und bildet einen wesentlichen Bestandteil der Beziehung zwischen dem Rechtsbürger und der Gerichtsbarkeit [12].

21. Aus den vorgenannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, das Vorabentscheidungsersuchen für unzulässig zu erklären.

Zur Sache

22. In der Sache werde ich die erste und die dritte Frage gemeinsam prüfen, bevor ich auf die zweite und die vierte Frage eingehe. Die ersten beiden Fragen betreffen nämlich das allgemeine System positiver Maßnahmen bei der Stellenbesetzung im Hochschulbereich, während die beiden übrigen Fragen die Anwendbarkeit dieses Sy-

12 — Es ist auch zu bezweifeln, daß die Vermutung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der staatlichen Organe, auf die sich das Urteil Köllensperger und Atzwanger bezieht, ausreicht, um sicherzustellen, daß eine Verwaltungsbehörde in völliger und absoluter Unabhängigkeit entscheidet. Für die Beurteilung der erforderlichen Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des „vorlegenden Gerichts" ist nämlich nicht die Rechtmäßigkeit der Handlung solcher Organe, sondern der Inhalt der nationalen Rechtsnormen ausschlaggebend, auf denen die Handlung dieser Organe beruht.

stems auf bestimmte Sektoren des Bildungswesens betreffen.

Zur ersten und zur dritten Vorlagefrage

23. Mit der ersten und der dritten Frage möchte der Beschwerdeausschuß wissen, ob die in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie genannten positiven Maßnahmen eine nationale Regelung wie das schwedische System umfassen können, das im Hochschulbereich die Berufung eines Bewerbers des unterrepräsentierten Geschlechts vorsieht, selbst wenn dieser nicht der bestplazierte Bewerber ist, sofern er aufgrund seiner Verdienste und Qualifikationen geeignet ist, die mit der freien Stelle verbundene Tätigkeit auszuüben, und der Unterschied zwischen dem erst- und dem zweitplazierten Bewerber nicht so wesentlich ist, daß bei der Wahl des letzteren gegen die im allgemeinen Gesetz über den öffentlichen Dienst (1994:260) enthaltene Verpflichtung verstoßen wird, die Bewerber nach sachgerechten Gesichtspunkten zu beurteilen.

Verneinendenfalls wünscht das vorlegende Gericht die Klärung der Frage, ob ein solches System indessen als rechtmäßig angesehen werden kann, wenn die Verwaltungspraxis berücksichtigt wird, wonach ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts nur dann vorgezogen werden kann, wenn seine Verdienste und Qualifikationen gegenüber dem erstplazierten Bewerber gleichwertig (oder fast gleichwertig) sind.

24. Diese Fragen werfen somit erneut die Problematik auf, die sich bei meinen Schlußanträgen vom 10. Juni 1999 in der beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache Badeck (C-158/97) ergab, auf die ich bezüglich der allgemeinen Bemerkungen verweise, die ich zur Tragweite positiver nationaler Maßnahmen und zu deren Grenzen aufgrund des Gemeinschaftsrechts vorgetragen habe. Ich weise hierbei auf die Leitlinien der Rechtsprechung des Gerichtshofes hin, die sich aus dem vorgenannten Urteil Kalanke und dem Urteil Marschall [13] ergeben.

25. Im Rahmen des 1995 ergangenen Urteils Kalanke — auf das sich die Kläger des Ausgangsverfahrens zur Stützung ihrer Anträge berufen und das das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluß heranzieht — war die positive Maßnahme in einem Gesetz des Landes Bremen vorgeschrieben, das folgendes bestimmt: „Bei der Einstellung, einschließlich der Begründung eines Beamten- und Richterverhältnisses, ... sind Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber in den Bereichen vorrangig zu berücksichtigen, in denen sie unterrepräsentiert sind ... Die Qualifikation ist ausschließlich an den Anforderungen des Berufes, der zu besetzenden Stelle oder der Laufbahn zu messen." Der Gerichtshof hat festgestellt, daß eine derartige Regelung, wonach Frauen, die die *gleiche Qualifikation wie*

13 — Urteil vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-409/95 (Slg. 1997, I-6363).

ihre männlichen Mitbewerber besitzen, in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, bei einer Beförderung *automatisch der Vorrang eingeräumt wird*, nicht nur gegen Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie verstößt, da sie „eine Diskriminierung ... aufgrund des Geschlechts [bewirkt]" (Randnr. 16), sondern auch nicht unter die positiven Maßnahmen von Absatz 4 dieses Artikels fallen kann, da „eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, ... über eine Förderung der Chancengleichheit [hinausgeht] und damit die Grenzen der in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme [überschreitet]" (Randnr. 22). Der Gerichtshof führt weiter aus: „Außerdem setzt eine solche Regelung insofern, als sie darauf abzielt, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviel Frauen wie Männer vertreten sind, an die Stelle der in Artikel 2 Absatz 4 vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte" (Randnr. 23).

In der Rechtssache Marschall handelte es sich bei der Regelung, deren Vereinbarkeit mit Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie bestritten wurde, um das Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, das bestimmt, daß weibliche Bewerber bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern sind, soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind. Dieses Gesetz sieht indessen bei der Anwendung dieses Grundsatzes eine Ausnahme vor, die dem Arbeitgeber eine abweichende Regelung erlaubt, sofern „in der Person eines [männlichen] Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen" [14]. Angesichts dieser „Öffnungsklausel" hat der Gerichtshof festgestellt, daß die betreffende Regelung flexibel genug ist, so daß sie keinen Automatismus enthält, der das Gesetz des Landes Bremen in der Rechtssache Kalanke kennzeichnete. Er hat daher entschieden, daß die Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung den Maßnahmen des Landes Nordrhein-Westfalen nicht entgegensteht. Im Tenor des Urteils heißt es, daß Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer solchen Regelung nicht entgegensteht, 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 zugunsten des männlichen Bewerbers

14 — Auf die Frage, welche „in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe" einem männlichen Bewerber Vorrang verleihen könnten, erklärt die Regierung des Landes Nordrhein-Westfalen, daß darunter sekundäre Auswahlkriterien fielen, wie „Dienstalter und soziale Gründe", etwa familiäre Belastungen. Diese Antwort läßt erkennen, daß die Gesichtspunkte, auf die sich das Gesetz bezieht, sowohl in den Bereich der „Qualifikationen", also des Berufsbildes des Bewerbers, fallen können — solche Faktoren wie etwa das Dienstalter werden bereits in der Eingangsphase der Bewerberklassifizierung berücksichtigt — als auch Situationen zuzuordnen sind, die außerhalb der beruflichen Eignung des Bewerbers liegen, wobei es sich um nachteilige Situationen handelt, die einen besonderen Schutz erfordern, wie dies bei den Korrektivmaßnahmen zugunsten der Frauen der Fall ist.

überwiegen, und solche Kriterien haben gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung".

26. Wie ich in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Badeck ausgeführt habe, erlaubt diese Rechtsprechung den Schluß, daß eine Maßnahme zur Förderung der Frauen im Berufsleben, nach der weiblichen Bewerbern Vorrang einzuräumen ist und somit Frauenquoten im öffentlichen Dienst wie im privaten Sektor eingeführt werden, als rechtmäßig im Sinne der Gemeinschaftsrechtsordnung angesehen wird, wenn sie dem Arbeitgeber ermöglicht, den Bewerber auszuwählen, der das geeignetste Berufsbild aufweist. Zudem darf die positive Maßnahme zugunsten der Frauen keinesfalls die Beurteilung der Verdienste und Qualifikationen der männlichen Bewerber verfälschen. Hierbei muß zum einen das Geschlecht ein ergänzendes Kriterium des Berufsbildes der Bewerber darstellen, das zu den Gesichtspunkten hinzukommt, auf denen im allgemeinen die Gesamtbeurteilung der Bewerber beruht, und zum anderen darf bei der Einschätzung der nicht in den Genuß der positiven Maßnahmen kommenden Bewerber der Vorrang der Frauen nicht zur Außerachtlassung persönlicher Sonderfälle führen, die zwar außerhalb des Berufsbildes liegen, andererseits jedoch eine soziale Situation kennzeichnen können, die in ihrer Bedeutung derjenigen nicht nachsteht, der Frauen üblicherweise gegenüberstehen [15].

27. Die hier zu beurteilende schwedische Regelung weist zwei Merkmale auf. Sie ermöglicht der Verwaltung — ohne daß diese jedoch dazu verpflichtet wäre — die Bevorzugung eines Bewerbers des unterrepräsentierten Geschlechts, selbst wenn dessen Qualifikationen und Verdienste hinter denen des erstplazierten Bewerbers zurückstehen [16], und sieht im übrigen — nach Maßgabe der vom Beschwerdeausschuß genannten Rechtsquellen — für die Verwaltung nicht die Möglichkeit vor, bei der Auswahl besondere persönliche Umstände und Situationen zugunsten des nicht in den Genuß der positiven Maßnahme kommenden Bewerbers zu berücksichtigen.

In Anbetracht dieser Merkmale der genannten Regelung bestehen meines Erach-

15 — Zudem habe ich ausgeführt, daß bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der betreffenden Maßnahme auch notwendigerweise die Gesamtsituation zu berücksichtigen ist, die die Ausgleichsmaßnahme erforderlich macht. So kann etwa eine Unverhältnismäßigkeit der Ausgleichsmaßnahme im Vergleich zum sozialen Umfeld, auf das sie abzielt (ich denke z. B. an einen lediglich unerheblichen Unterschied des Personalbestands an Frauen und Männern in einem Betrieb oder in einem Bereich des öffentlichen Dienstes) bewirken, daß die notwendigerweise mit Sachverhaltselementen verbundenen rechtlichen Voraussetzungen für die positive Maßnahme entfallen. Das nationale Gericht muß feststellen, ob diese Voraussetzungen vorliegen, wenn es einen Rechtsstreit zu entscheiden hat, bei dem eine Einstellung oder Beförderung und zugleich die Präferenzpflicht angefochten werden.

16 — § 15a der Verordnung 1993:100 (Hochschulverordnung) ermöglicht der Verwaltung, anstelle des aufgrund seiner Verdienste und Qualifikationen besser plazierten Bewerbers einen Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts zu berufen, wenn dieser für die zu besetzende Stelle geeignet ist. Die Verordnung 1995:936 über die Schaffung bestimmter Stellen für Professoren und Forschungsassistenten zur Förderung der Gleichstellung, wozu auch die in Rede stehende Stelle gehört, bestimmt in § 3, daß die Verwaltung den Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts zu bevorzugen hat, wenn die Voraussetzungen des § 15a der Verordnung 1993:100 gegeben sind.

tens keine Zweifel an deren Unvereinbarkeit mit der Richtlinie und insbesondere daran, daß eine derartige Regelung nicht den positiven Maßnahmen des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie zugeordnet werden kann.

28. Wie bereits erwähnt, wird nämlich eine positive Maßnahme zur Förderung der Frauen im Berufsleben im Gemeinschaftsrecht als vereinbar mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung angesehen, wenn die Präferenzpflicht nur insoweit zum Zuge kommt, als die Qualifikationen und Verdienste der ausgewählten Bewerber tatsächlich gleichwertig sind. Eine derartige Gleichwertigkeit mildert die Präferenzpflicht, obgleich sie — wie ich bereits in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Badeck ausgeführt habe — eine Fiktion darstellt, wenn man bedenkt, daß es praktisch unmöglich oder äußerst schwierig ist, zwei oder mehrere Bewerber auf dieselbe Stufe zu stellen. Wird nämlich die Wahl des Bewerbers des unterrepräsentierten Geschlechts selbst dann ermöglicht oder auferlegt, wenn ein Unterschied bei den Qualifikationen und Verdiensten besteht, so würde damit ein System absoluter und unbedingter Präferenz und folglich eine Stellenrücklage für Frauen geschaffen. Dies würde auch den Grundsatz der Bewerberauswahl völlig entwerten, da der Beurteilung nicht mehr ein Vergleich der verschiedenen Bewerber, sondern die Eignung der „privilegierten" Bewerber für die mit der freien Stelle verbundenen Aufgaben zugrunde liegen würde.

Der absolute und unbedingte Charakter des Präferenzrechts zugunsten des Bewerbers des unterrepräsentierten Geschlechts (hier also zugunsten der Frauen) wird nicht aufgehoben, wenn — wie vorliegend im Rahmen der schwedischen Regelung — vorgesehen ist, daß der Vorrang bei der Einstellung nur dann zum Tragen kommt, wenn der Unterschied zwischen dem bevorzugten und dem ausgeschlossenen Bewerber nicht erheblich ist; der Vergleich der Bewerber und somit die Beurteilung ihrer Fähigkeiten spielen nämlich auch in diesem Fall nur eine zweitrangige Rolle gegenüber der Bevorzugung des Bewerbers des unterrepräsentierten Geschlechts, so daß die Auswahlfunktion völlig verfälscht wird.

Diese Feststellung wird auch nicht durch die Erklärung des Beschwerdeausschusses zur Bedeutung der „Forderung nach Objektivität" widerlegt, der die Verwaltung auf jeden Fall gerecht werden müsse, wenn sie die Bewerber im Hinblick auf deren Einstellung beurteile. Wie der Beschwerdeausschuß bemerkt, „dürfte die [in der schwedischen Verfassung enthaltene und in den Materialien zur Verordnung 1995:936 über die Schaffung bestimmter Stellen für Professoren und Forschungsassistenten zur Förderung der Gleichstellung in Erinnerung gebrachte] Forderung nach Objektivität bedeuten, daß eine positive Sonderbehandlung nicht zulässig ist, wenn damit die Gefahr eines spürbaren Verlustes von Effizienz in den genannten Tätigkeitsbereichen verbunden ist, falls der bestqualifizierte Bewerber nicht genommen wird" [17].

17 — Seite 9 der deutschen Fassung des Vorlagebeschlusses.

Es ist auch zu bedenken, daß schon bei einer Bevorzugung im Fall gleichwertiger Qualifikationen schwerlich festgestellt werden kann, ob eine Diskriminierung zu Lasten des Bewerbers des überrepräsentierten Geschlechts über das erforderliche Maß hinausgeht, um die positive Maßnahme ergreifen zu können. Diese Schwierigkeiten nehmen natürlich zu [18], wenn eingeräumt wird, daß ein — wenn auch nur geringer — Unterschied zwischen den Bewerbern besteht.

Somit ist die Vereinbarkeit einer derartigen positiven Maßnahme mit der Richtlinie auszuschließen; diese läßt nach der Auslegung des Gerichtshofes keine Form absoluter Präferenz von Bewerbern des unterrepräsentierten Geschlechts zu, da eine solche Form aktiver Diskriminierung jedenfalls als unverhältnismäßig im Hinblick auf das hierbei angestrebte Ziel anzusehen ist.

29. Bei seiner dritten Frage macht das vorlegende Gericht darauf aufmerksam, daß der Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts nach der schwedischen Verwaltungspraxis aufgrund des § 15a der Hochschulverordnung (Verordnung 1993:100) nur dann vorgezogen wird, wenn die Qualifikationen der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind. Unter diesem Gesichtspunkt weist der Beschwerdeausschuß darauf hin, daß, „obwohl das Ziel der Förderung der Gleichstellung ein objektiver Grund im Sinne der Verfassung ist, die Vorschrift bedeuten [dürfte], daß es eine Grenze gibt, wie groß der Unterschied der Qualifikationen bei der positiven Sonderbehandlung sein darf" [19]. Die schwedische Verwaltungspraxis führt diese Bestimmung zweifellos auf das klassische Modell positiver Maßnahmen nach dem Gemeinschaftsrecht zurück. Es ist jedoch nicht Sache des Gerichtshofes, sondern der nationalen Gerichte, die Tragweite dieser Praxis in der nationalen Rechtsordnung zu bestimmen und deren Bedeutung im Hinblick auf die nationalen Rechtsvorschriften zu beurteilen.

30. Wie bereits erwähnt, ist es jedenfalls für die Vereinbarkeit einer positiven Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht auch erforderlich, daß die betreffende Regelung die Möglichkeit für die Verwaltung vorsieht, zugunsten der nicht in den Genuß der positiven Maßnahme kommenden Bewerber bei der Einstellung besondere persönliche Umstände und Situationen zu berücksichtigen, die ein Indiz für soziale Schwierigkeiten sein können, die in ihrer Bedeutung denjenigen nicht nachstehen, denen sich Frauen üblicherweise gegenübersehen. Die Ausführungen des vorlegenden Gerichts und der schwedischen Regierung lassen jedoch nicht erkennen, daß die Rechtsvorschriften über die Einführung der fraglichen positiven Maßnahme oder die betreffende Verwaltungspraxis eine derartige abweichende Möglichkeit vorsehen. Es obliegt dem nationalen Gericht, zu beurteilen, ob eine solche

18 — Auf eine Frage des Gerichtshofes zur Auslegung von § 15a des Kapitels 4 der Verordnung 1993:100 hat die schwedische Regierung erklärt, daß bei 21 Einstellungen in Hochschulen fünf Frauen im Zuge des Frauenförderungsprogramms berufen worden seien. Drei dieser fünf Berufungen seien vor dem Beschwerdeausschuß angefochten worden. In zwei Fällen sei der Ausschuß zu der Auffassung gelangt, daß die Berufung dem Objektivitätserfordernis entgegenstehe, so daß er die Einstellungsentscheidung aufgehoben habe.

19 — Seite 8 der deutschen Fassung des Vorlagebeschlusses.

Verpflichtung gegebenenfalls aus anderen Rechtsquellen hervorgeht, die der Verwaltung eine bevorzugte Behandlung von Bewerbern vorschreiben, deren persönliche Situation den Eintritt in das Berufsleben erschwert.

31. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, daß das Gemeinschaftsrecht und insbesondere Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie der Einstellungsregelung eines Mitgliedstaats, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts mit hinreichenden Qualifikationen anstelle des aufgrund seiner Verdienste und Fähigkeiten erstplazierten Bewerbers des anderen Geschlechts einzustellen ist, auch dann entgegensteht, wenn diese positive Diskriminierung nicht durchgeführt wird, falls der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber so groß ist, daß die Maßnahme gegen das Erfordernis der Objektivität bei der Stellenbesetzung verstoßen würde.

Das Gemeinschaftsrecht steht indessen einer Verwaltungspraxis nicht entgegen, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts einem Bewerber des anderen Geschlechts vorgezogen werden kann, wenn die Qualifikationen der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind, sofern die nationale Regelung die Verwaltung verpflichtet, zugunsten der nicht in den Genuß der positiven Maßnahme kommenden Bewerber bei der Einstellung besondere persönliche Umstände und Situationen zu berücksichtigen, die ein Indiz für soziale Schwierigkeiten sein können, die in ihrer Bedeutung denjenigen nicht nachstehen, denen sich Frauen üblicherweise gegenübersehen.

Zur zweiten und zur vierten Vorlagefrage

32. Mit der zweiten und der vierten Vorlagefrage möchte der Beschwerdeausschuß wissen, ob die oben dargelegte schwedische Regelung auch dann als rechtswidrig anzusehen ist, wenn das Programm zur Gleichheitsförderung wie bei der Verordnung 1995:936 über die Schaffung bestimmter Stellen für Professoren und Forschungsassistenten zur Förderung der Gleichstellung nur eine „von vornherein festgelegte begrenzte Zahl von Stellen" betrifft oder wie nach § 15a des Kapitels 4 der Verordnung 1993:100 nur für Einstellungsprogramme einer einzelnen Hochschule oder Universität gilt (zweite Frage) oder wenn sich die genannte Regelung nur auf niedrigere Stellen bezieht (vierte Frage).

Der Beschwerdeausschuß möchte also im wesentlichen klären, ob eine an sich rechtswidrige positive Maßnahme als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ange-

sehen werden kann, wenn ihr Anwendungsbereich begrenzt ist.

33. Der Umfang des Anwendungsbereichs der positiven Maßnahme ist meines Erachtens ohne Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob die Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Diese Beurteilung beruht nämlich hauptsächlich auf der Auslegung der Bestimmungen über die Ausübung der Verpflichtung oder Befugnis der Verwaltung, Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts vorzuziehen, und gegebenenfalls auf der Frage, ob eine derartige Maßnahme angesichts der tatsächlichen sozialen Lage der Personen erforderlich ist, die gefördert werden sollen. Hierbei ist der Anwendungs- und Wirkungsbereich der Regelung nicht in Betracht zu ziehen. Die Beurteilung bezieht sich also nicht auf den Umfang des sozialen Niederschlags der Regelung. Mit einer Würdigung der Rechtmäßigkeit der positiven Maßnahme anhand der Bewertung des Umfangs ihrer sozialen Folgen würde die positive Maßnahme auf dieselbe Ebene gestellt wie jede andere Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Wie ich bereits in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Badeck ausgeführt habe [20], ist andererseits festzustellen, daß sich die Rechtmäßigkeit dieser Art von Vorkehrungen auf die Möglichkeit gründet, die positive Maßnahme mit dem allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Einklang zu bringen, wobei auch zu bemerken ist, daß der Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der Grundsatz der Chancengleichheit — auf dem die positive Maßnahme beruht — nicht gänzlich im Widerstreit miteinander stehen. Zwar bedarf es nämlich zur Herstellung einer wesentlichen Gleichheit bestimmter Maßnahmen, die nach ihrem Gegenstand diskriminierend sind; mit dem Gleichheitsgrundsatz wird indessen praktisch dasselbe Ziel verfolgt wie mit dem erstgenannten Grundsatz, allerdings mit Hilfe eines zusätzlichen Gestaltungselements, das darin besteht, daß der Gesetzgeber die Korrektur einer tatsächlich schwierigen Lage bestimmter Bevölkerungsteile übernimmt, der unter Einhaltung des allgemeinen Grundsatzes der Nichtdiskriminierung nicht begegnet werden könnte.

34. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich demnach, daß es die Richtlinie einem Mitgliedstaat auch dann nicht ermöglicht, ein Programm positiver Maßnahmen, das als solches rechtswidrig ist, durchzuführen, wenn die nationalen Rechtsvorschriften die Anwendung solcher Maßnahmen auf eine von vornherein festgelegte, begrenzte Anzahl von Stellen oder nur auf Stellen beschränken, die im Rahmen eines besonderen Programms einer einzelnen Lehranstalt geschaffen wurden. Die Unvereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht bleibt auch unabhängig davon bestehen, ob die betreffenden Vorschriften für niedrigere oder höhere Stellen gelten.

20 — Siehe Nr. 26.

Ergebnis

35. Aufgrund all dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Överklagandenämnd för Högskolan vorgelegten Fragen für unzulässig zu erklären, da dieser Ausschuß nicht als Gericht im Sinne von Artikel 177 des Vertrages anzusehen ist.

Hilfsweise schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen wie folgt zu beantworten:

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 steht Einstellungsvorschriften eines Mitgliedstaats, wonach ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts, der hinreichende Qualifikationen besitzt, anstelle eines Bewerbers des anderen Geschlechts einzustellen ist, der aufgrund seiner Verdienste und Befähigung als der geeignetste Bewerber angesehen wird, auch dann entgegen, wenn die Verpflichtung, den Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts vorzuziehen, entfällt, sofern der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber so groß ist, daß die Maßnahme gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit verstoßen würde, dem die Verwaltung bei der Einstellung entsprechen muß.

2. Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG steht indessen einer Verwaltungspraxis nicht entgegen, wonach ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts einem Bewerber des anderen Geschlechts vorgezogen werden kann, sofern die Qualifikationen der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind und die nationalen Rechtsvorschriften die Verwaltung verpflichten, zugunsten der nicht in den Genuß der positiven

Maßnahme kommenden Bewerber bei der Einstellung besondere persönliche Umstände und Situationen zu berücksichtigen, die ein Indiz für soziale Schwierigkeiten sein können, die in ihrer Bedeutung denjenigen nicht nachstehen, denen sich Frauen üblicherweise gegenübersehen.

3. Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG ermöglicht es einem Mitgliedstaat auch dann nicht, eine oben in Nummer 1 genannte Einstellungsregelung zu treffen, wenn die nationalen Rechtsvorschriften die Anwendung der positiven Maßnahme auf eine begrenzte, von vornherein festgelegte Anzahl von Stellen oder nur auf Stellen beschränken, die im Rahmen eines besonderen Programms einer einzelnen Lehranstalt geschaffen wurden. Die Unvereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht bleibt auch unabhängig davon bestehen, ob die betreffenden Vorschriften nur für niedrigere oder auch für höhere Stellen gelten.