

2. Position des EuGH

Der EuGH bejahte die Zulässigkeit all dieser Regelungen¹⁸⁰². Dies begründete er recht knapp unter anderem mit der Flexibilität der Sonderregelungen, die „zu keinem absoluten Höchstsatz“¹⁸⁰³, bzw. „nicht zu einer absolut starren Quote“ führten¹⁸⁰⁴. Im Zusammenhang mit den Fördermaßnahmen in Ausbildungsberufen bemerkte der EuGH, daß diese die Ursachen der geringeren Zugangschancen der Frauen zum Arbeitsmarkt und zur beruflichen Laufbahn beseitigen sollen und damit bei der Berufswahl und -ausbildung ansetzen¹⁸⁰⁵. Sie sollten Frauen dazu verhelfen, im Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt besser zu bestehen und unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn zu verfolgen¹⁸⁰⁶. Auch mit der Vorzugsstellung bei Vorstellungsgesprächen werde kein bestimmtes Resultat – Einstellung oder Beförderung – angestrebt, sondern qualifizierten Frauen würden zusätzliche Chancen geboten, die ihnen den Eintritt in die Arbeitswelt und den Aufstieg erleichtern sollen¹⁸⁰⁷.

3. Analyse und Bewertung

Die *Badeck*-Entscheidung wird allgemein als Fortsetzung der *Marschall*-Entscheidung aufgefaßt¹⁸⁰⁸. Inspirierend wirkte hierbei der *effet utile*-Gedanke von GA Saggio, daß Art. 141 Abs. 4 EG und Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG, auf denen die *affirmative action*-Maßnahmen beruhen, keinen Ausnahmecharakter haben dürften. Derartige Maßnahmen müßten konkret auf die soziale Eingliederung der Frauen hinwirken können, indem sie ihnen einen tatsächlichen Vorrang bei Einstellungen und Beförderungen einräumen¹⁸⁰⁹. Ansonsten würde die Bedeutung der Maßnahmen ganz erheblich eingeschränkt¹⁸¹⁰.

IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Abrahamsson*

1. Sachverhalt

Im Fall *Abrahamsson* stand mit § 16 Absatz 2 Nr. 2 des schwedischen Gleichstellungsgesetzes sowie § 15a VO 1993:100 für den Hochschulsektor eine Norm zur Disposition, wonach ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts, der hinreichende Qualifikationen für eine Stelle im Staatsdienst besitzt, einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, vorgezogen werden kann, sofern der Unterschied zwischen den jeweiligen Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, daß die Anwendung dieser Regelung gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit verstößt. Am 3. Juni 1996 hatte die Universität Göteborg eine Professur für Hydrosphärologie ausgeschrieben. Am 18. November 1997 beschloß der Rektor der Universität Göteborg, Frau Fogelqvist auf den Lehrstuhl zu berufen, da

1802 *EuGH*, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnrn. 38, 44, 55, 63, 66.

1803 *EuGH*, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 42.

1804 *EuGH*, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 51.

1805 *EuGH*, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 54.

1806 *EuGH*, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 54.

1807 *EuGH*, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 60.

1808 Vgl. *Küchhold*, ILJ 2001, 116 (119); *Köhler*, ELF 2000, 63 (65).

1809 *GA Saggio*, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 27.

1810 *GA Saggio*, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 28.

der Unterschied zwischen deren Qualifikationen und denen des besser platzierten Herrn Anderson nicht so erheblich ist, daß die positive Diskriminierung gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung verstößt¹⁸¹¹.

2. Position des EuGH

Der EuGH erklärte Regelungen wie das schwedische Gleichstellungsgesetz für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG und Artikel 141 Abs. 4 EG¹⁸¹². In einem Auswahlverfahren sei die Qualifikation der Bewerber grundsätzlich im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle oder des auszuübenden Amtes zu beurteilen¹⁸¹³. Zwar erklärte es der EuGH für zulässig, 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 begünstigen¹⁸¹⁴. Solche Kriterien sollen nämlich offenkundig eine *materielle und nicht nur formale Gleichheit* herbeiführen, indem sie in der sozialen Wirklichkeit auftretende faktische Ungleichheiten verringern oder ausgleichen¹⁸¹⁵. Nach Ansicht des EuGH räumte die in Rede stehende Regelung Bewerbern des unterrepräsentierten Geschlechts jedoch einen *automatischen Vorrang* ein, wenn diese nur hinreichend qualifiziert sind. Die einzige Einschränkung bestehe darin, daß die Diskrepanz 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 würde¹⁸¹⁶. Der EuGH rügte zudem das Fehlen einer Öffnungsklausel, wonach die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird.¹⁸¹⁷

3. Analyse und Bewertung

In der *Abrahamsson*-Entscheidung zeigte der EuGH die Grenzen für nach dem Chancengleichheitsansatz zulässige *affirmative action*-Maßnahmen auf, indem er die gleichwertige Qualifikation der Kandidaten als strikte Voraussetzung zementierte. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, daß sowohl EuGH als auch GA Saggio die Auswahlmethode, welche eine Bevorzugung bei unterschiedlicher Qualifikation der Kandidaten zuläßt, als ein Problem der Verhältnismäßigkeit ansahen¹⁸¹⁸. Insbesondere das Fehlen einer Öffnungsklausel trug nach Ansicht von EuGH und GA Saggio zu dieser Unverhältnismäßigkeit bei¹⁸¹⁹. Das nach der schwedischen Regelung vorgesehene Mindestabstandsgebots in Bezug auf die Qualifikationen war zu unbestimmt und garantierte nicht die Einzelfallgerechtigkeit einer Öffnungsklausel.

1811 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnrn. 14, 20, 44.

1812 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 56.

1813 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 46.

1814 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 47.

1815 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 48.

1816 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 52.

1817 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 53.

1818 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 55; *GA Saggio*, Schlußanträge, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 28.

1819 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 53.

V. Ergebnis zur Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat mit dieser Rechtsprechungsserie anerkannt, daß staatlicherseits die bloße Beachtung des Diskriminierungsverbots der gesellschaftlichen Marginalisierung bestimmter Gruppen nicht angemessen Rechnung trägt. Daher hat er mit dem Ziel einer „sozialen Neupositionierung“¹⁸²⁰ für den Wettbewerb um Positionen in staatlichen Einrichtungen *affirmative action-Maßnahmen* als Ausnahmen vom Leistungsprinzip zugelassen. Danach ist für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von *affirmative action*-Maßnahmen zugunsten bestimmter gesellschaftlich benachteiligter Gruppen erforderlich, daß diese eine Öffnungsklausel für Angehörige der gesellschaftlich privilegierten Gruppe enthält, welche eine „absolute und unbedingten Vorrangstellung“ ausschließt. In der Erkenntnis, daß sowohl der materielle Gleichheitsbegriff als auch der Chancengleichheitsansatz letztendlich beide auf Herbeiführung von Gleichheit im Ergebnis gerichtet sind, hat er den Chancengleichheitsansatz fortentwickelt und damit entgegen anderer Ansicht¹⁸²¹ dem materiellen Gleichheitsbegriff angenähert. Insbesondere die Großzügigkeit, die der EuGH im Fall *Badeck* bezüglich der Quotenregelungen walten ließ, zeigt, wie sehr der Chancengleichheitsbegriff des EuGH dem materiellen Gleichheitsbegriff mittlerweile ähnelt.

VI. Vorteile von *affirmative action*-Maßnahmen

1. Beseitigung bestehender Zugangshindernisse

Unter der Prämisse, daß ohne diskriminierende Barrieren die Arbeitnehmerlandschaft eine personelle Streubreite aufweisen würde, welche alle gesellschaftlichen Gruppen gemessen an ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung abbildet, ist die Tatsache, daß eine bestimmte gesellschaftliche Gruppe in dieser Sphäre auffallend unterrepräsentiert ist, ein starkes Indiz für das subtile Wirken versteckter Zugangshindernisse¹⁸²². *Affirmative action*-Maßnahmen verstehen sich daher als Mittel, um derartige Barrieren gegen den Aufstieg von gesellschaftlich schwachen Gruppen in der Arbeitswelt zu überwinden.

Derartige Barrieren wird man schwerlich mithilfe der herkömmlichen Instrumente gegen mittelbare Diskriminierung Herr. Diese haben den Nachteil, daß sie nicht flächendeckend Wirkung entfalten. Die Opfer unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung müssen eine kostspielige gerichtliche Überprüfung veranlassen und unter den Bedingungen einer meist ungünstigen Beweislastverteilung durchfechten. Außerdem besteht immer noch die Möglichkeit einer objektiven Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung¹⁸²³. Bei *affirmative action*-Maßnahmen hingegen muß zum einen der Arbeitgeber aktiv werden. Zum anderen ist jede Abweichung von den Vorgaben einfach einzuklagen¹⁸²⁴. Es reicht bereits, daß ein klares Muster der Unterrepräsentation in bestimmten Positionen oder Berufen nachgewiesen werden kann¹⁸²⁵. Bisweilen werden *affirmative action*-Maßnahmen auch als Maßnahmen der Wie-

1820 *GA Saggio*, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 27.

1821 *Schubert*, *Affirmative Action und Reverse Discrimination*, 103.

1822 *Fredman*, in: *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, 171 (187).

1823 *Barmes/Ashtiany*, *ILJ* 2003, 274 (281).

1824 *Schiek*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2000, 251 (255).

1825 *Fredman*, in: *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, 171 (188).