

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).