

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 *Barnes/Ashtiani*, 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).

dergutmachung¹⁸²⁶ für Diskriminierungen in der Vergangenheit verstanden. Dieser retrospektive Begründungsansatz ist aber nicht tragfähig, da gegebenenfalls diejenigen in den Genuß von *affirmative action*-Maßnahmen gelangen, die von Diskriminierung früher nicht betroffen waren, während unter Umständen diejenigen nicht davon profitieren können, die tatsächlich in der Vergangenheit unter Diskriminierung zu leiden hatten.

2. Optimierung der Entscheidungsprozesse

Wenn eine Funktionseinheit mit überwältigender Mehrheit aus Mitgliedern einer bestimmten Gruppe besteht, ist es unwahrscheinlich, daß die Erfahrungen und Perspektiven der jeweils ausgeschlossenen Gruppen zur Kenntnis genommen, verstanden und geschätzt werden¹⁸²⁷. Sind dagegen auch Angehörige gesellschaftlich benachteiligter Gruppen vertreten, werden sie ihre Bedürfnisse und Interessen bei der Entscheidung artikulieren können und damit die Agenda und letztendlich auch die Resultate modifizieren¹⁸²⁸. Entscheidungsprozesse sind in erster Linie das Ergebnis von Kommunikation und Diskussion. Erreicht die Anzahl der Mitglieder einer gesellschaftlich benachteiligten Gruppe die kritische Masse von 30 %, dann sind die Chancen groß, daß das jeweilige System die notwendige Dynamik gewinnt, um sich zukünftig selbst zu korrigieren¹⁸²⁹.

3. Role-Model-Wirkung

Außerdem wirken sich Repräsentanten als sogenannte *role models* auch positiv auf die Selbstwahrnehmung und Selbsteinschätzung der gesellschaftlich benachteiligten Gruppe aus, der sie angehören. Indem sie die Chance erhalten zu beweisen, daß sie die jeweilige Position oder den jeweiligen Beruf wirklich auszufüllen imstande sind, bauen sie stellvertretend negative Klischeevorstellungen und Stereotypen ab und geben damit anderen Mitgliedern das nötige Selbstvertrauen, es ihnen nachzutun¹⁸³⁰. *Affirmative action*-Maßnahmen garantieren daher langfristigen Erfolg, da sich automatisch im Wege einer Kettenreaktion ein sogenanntes *informal recruitment network* generiert, das andere Mitglieder der betroffenen Gruppe mobilisiert und ermutigt.

VII. Generelle Gemeinsamkeiten zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien

Im folgenden sollen die Gemeinsamkeiten zwischen *affirmative action*-Maßnahmen beim Wettbewerb um Positionen in staatlichen Einrichtungen und sozialen Vergabekriterien als Mittel zur Förderung der Chancengleichheit aufgezeigt werden.

1826 *GA Tesauro*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 9.

1827 *Fredman*, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (191).

1828 *Fredman*, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (189).

1829 *Fredman*, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (194).

1830 *Fredman*, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (192).