

Petra Kodré

Zum Verhältnis von europäischer und deutscher Gleichstellungspolitik am Beispiel der Urteile *Kalanke* und *Marschall*

Rechtliche Regelungen zur Beseitigung von Frauendiskriminierung gibt es in den vergangenen Jahren in vielen Bundesländern und auf Bundesebene. Zugleich hat der Europäische Gerichtshof in richtungsweisenden Entscheidungen Eckpfeiler einer rechtspolitischen Konzeption erkennen lassen. In welchem Verhältnis deutsche und europäische Rechtsprechung zueinander stehen, ist Thema der Ausführungen der Autorin.

Die Red.

Die europäische Gleichbehandlungspolitik¹ richtet sich ausschließlich auf den Bereich der Erwerbsarbeit und orientiert sich an der Herstellung eines freien gemeinsamen Marktes. Die Gleichbehandlungspolitik im nationalstaatlichen Rahmen entwickelt sich jedoch unter anderen Vorzeichen. Sie ist u. a. bestimmt durch die verschiedenen (ideologisch geprägten) Auffassungen der nationalen AkteurInnen, ist eingebunden in schon existierende institutionelle »Pfade« und steht in engem Zusammenhang mit der jeweiligen nationalen Familien- und Sozialpolitik. Im Mittelpunkt dieses Beitrages steht nun – untersucht am Beispiel der aktiven Gleichstellungspolitik² – die Frage, wie sich die europäischen und nationalstaatlichen Ebenen von Gleichbehandlungspolitik gegenseitig beeinflussen und überlagern.

1. Die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207 EWG und ihre Umsetzung im nationalen Recht

Durch die von der Kommission 1975 vorgeschlagene Gleichbehandlungsrichtlinie³ sollte der Zugang für Frauen zu allen Beschäftigungen und Hierarchiestufen gewährleistet und entgegenstehendes nationales Recht beseitigt werden. »Gleichbehandlung« wurde im Richtlinienentwurf der Kommission definiert als: »(…) Beseitigung aller auf dem Geschlecht, dem Ehe- und Familienstand beruhenden Benachteiligun-

¹ Vgl. dazu Falkner, Gerda: *Supranationalität trotz Einstimmigkeit*. Baden-Baden 1994 und Hoskyns, Catherine: *Integrating Gender. Women, Law and Politics in the European Union*. London 1996.

² Die Begriffe »aktive Gleichstellungspolitik«, »positive Maßnahmen« und »positive Diskriminierung« werden im folgenden bedeutungsgleich verwendet. Sie bezeichnen Initiativen, mit denen die Ungleichbehandlung von Frauen aktiv aufgehoben werden soll. Damit wird eine neuerliche Ungleichbehandlung mit dem Ziel, Gleichheit herzustellen, in Kauf genommen. Beispiele hierfür sind spezielle Fördermaßnahmen für Frauen, die Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation, aber auch das für Männer und Frauen unterschiedliche Rentenalter.

³ OJ C 124/2 v. 4. 6. 75.

gen und den Erlaß der erforderlichen Maßnahmen, um den Frauen gleiche Chancen hinsichtlich der Beschäftigung, der beruflichen Bildung und des beruflichen Aufstieges sowie der Arbeitsbedingungen zu gewährleisten (Art. 1).« Mit der Formulierung »Erlaß der erforderlichen Maßnahmen« hatte sich die Kommission für eine Definition von Gleichbehandlung entschieden, die positive Maßnahmen einschließt.⁴ Konkret ausgefüllt wurde dies im Richtlinievorschlag allerdings schon von der Kommission selber nicht. Während noch in dem beigefügten Memorandum⁵ strukturelle Barrieren, die einer Integration von Frauen in den Arbeitsmarkt entgegenstehen, aufgezeigt und entsprechende Forderungen formuliert wurden, wurde mit der vorgeschlagenen Richtlinie ein primär formaler Ansatz der Gleichbehandlung gewählt. Die Kommission versuchte damit, eine Konzeption von Gleichbehandlungs- politik auf europäischer Ebene durchzusetzen, durch die Individuen – unabhängig von ihrem Geschlecht – die gleiche Möglichkeit haben sollten, sich in einem freien Markt einzubringen. Ungleichheit wäre demnach dann gegeben, wenn Personen, die sich in einer gleichen Ausgangslage befinden, im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit unterschiedlich behandelt werden.⁶

Die Mitgliedstaaten versuchten, die Richtlinie in den Verhandlungen auf Ratsebene noch stärker auf eine rein formale Gleichbehandlung der Geschlechter auszurichten und die europäischen Kompetenzen möglichst gering zu halten. Abgelehnt wurde daher die von der Kommission vorgeschlagene Definition von Gleichbehandlung und statt dessen eine Formulierung gefordert, die nur auf die Beseitigung von Diskriminierung abzielt, den »Erlaß der erforderlichen Maßnahmen« zur Herstellung von Chancengleichheit aber unerwähnt lässt.

Im Ergebnis wurde schließlich eine Ausnahmebestimmung aufgenommen, die lautete: »Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen (...) entgegen.« Hoskyns analysiert, daß die Mitgliedstaaten befürchteten, positive Maßnahmen könnten finanzielle Auswirkungen haben.⁷ Auf die Berücksichtigung struktureller Faktoren der Diskriminierung von Frauen am Arbeitsmarkt wurde dabei aus Gründen der Durchsetzbarkeit weitgehend verzichtet und die Reichweite der Gleichbehandlungsdefinition im Hinblick auf »nationale Erfordernisse« weiter beschränkt. Es handelte sich um Kompromißformulierungen, bei denen beide Seiten die Möglichkeit sahen, ihre Ansichten in der konkreten Umsetzung weitgehend durchsetzen zu können.

Dies zeigte sich auch bei der Umsetzung in das deutsche Recht, die nach langen Diskussionen 1980 durch das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) erfolgte. Durch die spezifische Ausrichtung dieses Gesetzes wurde die Kompatibilität des Gleichbehandlungsgesetzes mit der in Deutschland vorherrschenden Auffassung des Geschlechterverhältnisses durch die großzügig interpretierte Anwendung bzw. Nicht-Anwendung der in der europäischen Richtlinie enthaltenen Ausnahmebestimmungen sichergestellt.⁸ Auf dieser Linie liegt, daß positive Maßnahmen zur Herstellung der Chancengleichheit vom deutschen Gesetzgeber nicht für notwendig gehalten wurden.

⁴ Hoskyns, Catherine: *Integrating Gender. Women, Law and Politics in the European Union*, London 1996, S. 103.

⁵ COM (75) 36 final.

⁶ Hobson, Barbara: Theorizing Gender Disadvantage: Reflecting the European Court of Justice through the Swedish Policy Mirror, paper presented at the Meeting of the European-Social Association, Gender and Citizenship Theme, Essex, August 27–30, 1997, S. 9.

⁷ S. Hoskyns (Fn. 1), S. 104 f.

⁸ Vgl. dazu Kodré, Petra: »Gleichbehandlungspolitik zwischen europäischer und nationalstaatlicher Regelung: Verflechtungen im Europäischen Mehrebenen-System, ZeS-Arbeitspapier 16/1997, S. 12–17.

2.1 Europäische Stellungnahmen zu positiven Maßnahmen

Zum Zeitpunkt der Verhandlung der Gleichbehandlungsrichtlinie sowie zum Zeitpunkt der Umsetzung derselben steckte die Diskussion um positive Maßnahmen zur Erzielung von Gleichstellung noch in den Anfängen. Im Mai 1984 legte die Kommission dem Ministerrat erstmals den Entwurf einer «*Empfehlung zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen*» vor. Darin hielt es die Kommission für angebracht, auf nationalstaatlicher Ebene einen (gesetzlichen) Gesamtrahmen zu schaffen, der die Entwicklung positiver Maßnahmen gewährleisten und fördern sollte.⁹ Sie war der Meinung, daß zur Herstellung von Chancengleichheit am Arbeitsmarkt mehr notwendig sei, als formal die Diskriminierung von Frauen zu verbieten, und schlug ein breites Spektrum an Maßnahmen vor, die in weitgehende Überlegungen zu den Ursachen von Frauendiskriminierung eingebettet waren. Daß die Mitgliedstaaten der Kommission in ihrem weitreichenden Ansatz nicht ganz folgen wollten und daher teilweise konkrete Forderungen in allgemeine Floskeln umwandelten, zeigte sich in der Fassung der Empfehlung, die schließlich vom Rat am 13. Dezember 1984¹⁰ angenommen wurde. Die Kommission versuchte aber weiterhin durch regelmäßige Berichte über den Stand der Umsetzung dieser Empfehlung, das Thema auf europäischer Ebene in Diskussion zu halten, und war bestrebt, auf diese Weise den Gleichbehandlungsbegriff auf europäischer Ebene auszuweiten.¹¹

2.2 Die innerdeutsche Diskussion um positive Maßnahmen (Schwerpunkt Quotierung)

Im Vergleich zu anderen (europäischen) Staaten war die Diskussion um Konzepte positiver Maßnahmen in Deutschland erst sehr spät in Gang gekommen. Wie Kontos analysiert, hatte sich aber Mitte der 80er Jahre ein «*Parteien- und Verbandsfeminismus*» entwickelt, der sich «*zwischen Frauenbewegung, Parteien, Gewerkschaften, Verbänden ansiedelt und zunehmend die öffentliche Auseinandersetzung über frauenpolitische Themen bestimmt*». Von dieser «*intermediären Ebene der Frauenpolitik*» gingen die Bestrebungen aus, Institutionen einzurichten, die die Aufgabe haben sollten, auf die Gleichstellung von Frauen und Männern hinzuwirken.¹² Mit der Idee, Gleichstellungspolitik zu institutionalisieren, war die Annahme verbunden, daß es nicht ausreichen würde, vorhandene Diskriminierungen zu verbieten, sondern daß aktiv daran gearbeitet werden müßte, die Gleichberechtigung der Frau in der Gesellschaft herzustellen. Damit rückten rechtliche Instrumentarien für positive

⁹ Entwurf einer Empfehlung des Rates zur Forderung positiver Maßnahmen für Frauen v. 8. 5. 1984. Kom (84) 234 endg., Brüssel, S. 5.

¹⁰ Empfehlung des Rates vom 13. Dezember 1984 zur Forderung positiver Maßnahmen für Frauen (84/635/EWG), OJ L 331/34 v. 19. 12. 1984.

¹¹ Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaft: *Bericht über die Verwirklichung der Empfehlung des Rates vom 13. 12. 1984 zur Forderung positiver Maßnahmen für Frauen (84/635/EWG)*. KOM (88) 370 end., Brüssel und dies.: *Bericht der Kommission über die Durchführung der Empfehlung des Rates vom 13. 12. 1984 zur Forderung der positiven Maßnahmen für Frauen (84/635/EWG)*. KOM (95) 247 endg., Brüssel. Vgl. außerdem die entsprechenden Bemühungen durch Vorabentscheidungsverfahren (etwa Kommission gg. Frankreich, Rs 312/86, EuGH Slg. 1988: 6315).

¹² Kontos, Silvia: Jenseits patriarchaler Alternativen: Grenzen der Gleichstellungspolitik, in: Biester u. a. (Hrsg.), *Gleichstellungspolitik – Totem und Tabus*, New York, Frankfurt 1994, S. 37.

Maßnahmen, wie Frauenförderpläne und Quoten¹³, ins Zentrum der politischen Diskussion. Die Debatte wurde in den 80er Jahren von den Gleichstellungsstellen auf Länder- und Bundesebene aufgenommen und Initiativen zur konzeptionellen Entwicklung von Frauenförderplänen ergriffen. Eine besondere Vorreiterrolle sollte die Frauenförderung im öffentlichen Dienst spielen.

Die erste »Etappe« war die *Richtlinie zur beruflichen Förderung von Frauen in der Bundesverwaltung* von 1986 bzw. 1990, die vorwiegend aus unverbindlichen Soll-Vorschriften bestand. Während von der CDU/CSU und der FDP eine Quotierung strikt abgelehnt wurde,¹⁴ forderten die SPD und die Grünen in unterschiedlichen Konzepten eine verbindliche Form der Frauenförderung.¹⁵

1993 wurde von der CDU/CSU-FDP-Koalition der Entwurf für ein Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen (z. Gleichberechtigungsgesetz) vorgelegt, das im April 1994 gegen die Stimmen der Opposition im Bundestag beschlossen wurde.¹⁶ Darin wurde die Ausarbeitung von Frauenförderplänen mit flexiblen Zielvorgaben für die Beseitigung der Unterrepräsentanz von Frauen vorgesehen. Für die Einstellung, den beruflichen Aufstieg und die Qualifikation wurde u. a. vorgeschlagen, »(s)oweit Frauen in einzelnen Bereichen in geringerer Zahl beschäftigt sind als Männer, hat die Dienststelle nach Maßgabe der Zielvorgaben des Frauenförderplans und entsprechender Personalplanung 1. bei der Besetzung von (...) Stellen und 2. bei der Beförderung (...) deren Anteil zu erhöhen« (§ 7).

Mit den in den Frauenförderplänen festzusetzenden Zielvorgaben setzt der Gesetzesvorschlag auf Ergebnisquoten.¹⁷ Wie Pfarr feststellt, sind aber Ergebnisquoten nur dann erfolgversprechend, wenn der Personalentscheider durch die gesetzliche Regelung zu entsprechendem frauenfördernden Handeln veranlaßt wird.¹⁸ Diese Verbindlichkeit, die zwar in der Begründung des Gesetzes beteuert wird, fehlt aber. So sind keine Mindeststandards für die »verbindlichen Zielvorgaben« festgeschrieben, noch

¹³ Im allgemeinen wird unter Quotierung »ein gesetzliches oder politisches Mittel verstanden, um Benachteiligungen von Frauen in Gesellschaft, Erwerbsleben und Politik auszugleichen. Bis zum Erreichen eines festgelegten Prozentsatzes (= Quote) sollen Frauen unter Einhaltung bestimmter Prämissen bei der Vergabe von Ausbildungs-, Arbeitsstellen, Funktionen, Listenplätzen und Mandaten bevorzugt berücksichtigt werden« (Pfarr, Heide: *Quoten und Grundgesetz. Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung*. Baden-Baden 1988, S. 292). Es gibt verschiedene Formen der Quotenregelung; *entscheidungs- bzw. leistungsbezogene Quoten*, mit der Grundlage der gleichen Qualifikation als Voraussetzung für die bevorzugte Einstellung von Frauen (Vorschlag der SPD für Frauenförderung im öffentlichen Dienst), *paritätische Reservequoten*, die zum Ziel haben, Frauen so lange zu bevorzugen, bis die Hälfte aller Stellen mit Frauen besetzt ist (Vorschlag der GRÜNEN für Frauenförderung im öffentlichen Dienst wie auch in der Privatwirtschaft) und *Ergebnisquoten*, die flexible Zielvorgaben für den zu erreichenden Frauenanteil darstellen (Quotenbeschluß der SPD von 1988 für die eigenen politischen Gremien) (vgl. Sauer Birgit: »Totem und Tabus. Zur Neubestimmung von Gleichstellungspolitik. Eine Einführung«, in: Biester, u. a. [Hrsg.], [Fn. 13], S. 8). Die verschiedenen Konzepte der Quotierung lassen sich außerdem nach ihrer rechtlichen Bindungswirkung unterscheiden. Eine sehr übersichtliche Zusammenfassung über alle Aspekte der Diskussion rund um die Quote bietet Richelmann, Doris: *Gleichstellungsstellen, Frauenförderung, Quotierung. Entwicklung und Diskurs aktueller frauenpolitischer Ansätze*. Ein Literaturbericht mit Auswahlbibliographie, Bielefeld 1991, S. 109 ff.

¹⁴ Vgl. etwa BT PlPr. 11/128, 23. 2. 1989: 9352 ff.

¹⁵ Siehe beispielsweise BT PlPr. 11/128, 23. 2. 1989: 9365, zu den Vorschlägen der SPD siehe Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung von Frau und Mann im Berufsleben (Gleichstellungsgesetz), BT Ds. 11/3728 und zu den Vorschlägen der Grünen siehe Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der Benachteiligung von Frauen in allen gesellschaftlichen Bereichen, insbesondere in der Erwerbsarbeit (Antidiskriminierungsgesetz Teil I), Bt. Drs. 11/3266.

¹⁶ BT Ds. 12/5468. Eine Beschreibung und Analyse des gesamten Gesetzes findet sich u. a. bei Pfarr, Heide: *Das zweite Gleichberechtigungsgesetz*, in: *Recht der Arbeit* 4/1995, S. 204–211 und Schiek, Dagmar: *Die Schnecke Fortschritt kriecht rückwärts: Das zweite Gleichberechtigungsgesetz*, in: *Streit* 1/1995, S. 3–13.

¹⁷ In der Mehrzahl der entsprechenden Landesgesetze wurden Entscheidungsquoten eingeführt. Über Ergebnisquoten verfügen nur das hessische und mit Einschränkungen das brandenburgische Gleichstellungsgesetz. Vgl. Ott, Andrea: »Die Frauenförderungsgesetze der Länder und des Bundes am Maßstab der Kalanke-/Marschall-Rechtsprechung des EuGH«, in: *ZBR*, 4/1998, S. 121–128.

¹⁸ Pfarr (Fn. 16), S. 205.

2.3 Entwicklungen auf der Länderebene

Die Entwicklung einer rechtlichen Festschreibung von positiven Maßnahmen für Frauen auf der Länderebene, insbesondere von Quotenregelungen, soll im folgenden schwerpunktmäßig am Fall Bremens deutlich gemacht werden.¹⁹ Die Bremer Diskussion um positive Maßnahmen zur Förderung von Frauen, die von der 1980 eingerichteten »Zentralstelle für die Verwirklichung der Gleichberechtigung der Frau« (ZGF) vorangetrieben wurde, war beeinflußt durch die nationalen und regionalen Debatten über die Einführung von weitergehenden gesetzlichen Maßnahmen zur Gleichstellung. Nachdem die erste Maßnahme, eine »Richtlinie zur Förderung von Frauen im öffentlichen Dienst der Freien Hansestadt Bremen«, in der Praxis große Mängel gezeigt hatte, was sowohl auf eine mangelnde Akzeptanz in den Dienststellen als auch auf rechtliche Unklarheiten zurückzuführen war, wurde mit den Vorbereitungen eines entsprechenden Gesetzes begonnen. Dieses sollte die bisherigen Regelungen präzisieren und verbindlich festschreiben. Der entscheidende Durchbruch für dieses Vorhaben war das Zustandekommen des nordrhein-westfälischen Gleichstellungsgesetzes, das ebenfalls eine Entscheidungsquote beinhaltete.

Insgesamt dauerte es zwei Jahre, bis der Gesetzesentwurf 1990 durch die absolute Mehrheit der SPD-Fraktion gegen die Stimmen der CDU, FDP und der Grünen verabschiedet wurde.²⁰ Eine ursprünglich im Entwurf enthaltene »Hartecklausel« zugunsten von Männern gegenüber der Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation wurde im Ergebnis wieder fallen gelassen.²¹ Es hieß nunmehr in § 4 Abs. 1 und Abs. 2 Landesgleichstellungsgesetz zu Einstellung und beruflichem Aufstieg, Frauen seien »bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber in den Bereichen vorrangig zu berücksichtigen, in denen sie unterrepräsentiert sind«.

Obwohl sich das Bremer Reformvorhaben mit der Position der EG-Kommission weitgehend deckte, spielte die europäische Ebene für die Diskussion auf regionaler Ebene keine Rolle. Wie aus den Aussagen der befragten Bremer AkteurInnen geschlossen werden kann, wurde erstens eine mögliche Beeinflussung der Konzeption der Bremer Gleichstellungspolitik durch Europa nicht wahrgenommen. Zweitens waren die Bemühungen der Kommission, die europäische Gleichbehandlungsrichtlinie in diesem Punkt extensiv zu interpretieren, nicht hinreichend bekannt und drittens wurde das, was von Europa durchgedrungen war, als nicht so bedeutend eingeschätzt, als daß es für die Argumentation im innerstaatlichen Diskurs herangezogen hätte werden können.²²

¹⁹ Die Informationen über die Entstehung der Richtlinie zur Frauenförderung in der Verwaltung und des Gleichstellungsgesetzes stammen u. a. aus einem Interview mit Brigitte Melinkat, Mitarbeiterin der ZGF Bremen.

²⁰ Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen (Landesgleichstellungsgesetz), GBi der Freien Hansestadt Bremen 1990, S. 433. Zu den Haltungen der anderen Parteien siehe Kodré (Fn. 8), S. 26 f.

²¹ Mit dem Einfügen einer Hartecklausel wollte die ZGf rechtlichen Schwierigkeiten vorbeugen und dringende individuelle Gründe berücksichtigen, warum bei gleicher Qualifikation nicht die Frau, sondern doch der Mann einzustellen bzw. zu befördern sei. Dies wird in der juristischen wie politischen Diskussion allgemein als Hartecklausel bezeichnet, mit der die Verfassungskonformität von Quoten hergestellt werden könnte.

²² Vgl. die von der Autorin durchgeführten qualitativen Interviews mit Bremer AkteurInnen, die an der Diskussion um das Bremer Gleichstellungsgesetz (maßgeblich) beteiligt waren.

2.4 Die Quotenentscheidung des EuGH

Allerdings sind auf anderem Wege die Verflechtungen mit der EU-Ebene wirksam geworden. Im Fall *Kalanke* hatte das Bundesarbeitsgericht die Quotenregelung des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes § 4 (1) und (2) auf Männerdiskriminierung hin zu überprüfen. Es entschied, daß damit auch Europarecht berührt sein könne, und legte die Frage an den EuGH vor.²³

Die Kommission betonte in ihrer Stellungnahme zur Bremer Frauenquote vor dem EuGH, daß die Quote eine der von der Richtlinie ausgenommenen Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen sei und sie darüber hinaus positive Maßnahmen nicht als Ausnahmen, sondern als immanenten Bestandteil des gemeinschaftlichen Ziels der Gleichbehandlung von Männern und Frauen betrachte. Einziger Kritikpunkt der Kommission war, daß sich das Bremer Gleichstellungsgebot explizit an Frauen richte und nicht allgemein auf die Förderung der Chancen des unterrepräsentierten Geschlechts.²⁴

Eine deutliche andere Position vertrat die britische Regierung in ihrer Stellungnahme. In der EG-Richtlinie sei von Chancengleichheit die Rede und dies widerspräche der Bremer Entscheidungsquote, die auf gleiche Repräsentation beider Geschlechter ausgerichtet sei. Positive Maßnahmen sollten ausschließlich dazu initiiert werden, um Männern und Frauen die gleichen Chancen zu gewähren. Von dieser geschaffenen Grundlage aus sollte dann das Leistungsprinzip gelten. Eine bevorzugte Behandlung von Frauen widerspräche der Gleichbehandlungsrichtlinie.²⁵ Ähnlich argumentierte auch der (italienische) Generalanwalt des EuGH, Tesauro: eine positive Maßnahme dürfe »nicht als ein Mittel verstanden und erst recht nicht eingesetzt werden, um mittels diskriminierender Maßnahmen eine Situation der Gleichheit wiederherzustellen, die in der Vergangenheit außer Kraft gesetzt wurde«.²⁶ Die Bremer Quotenregelung beurteilte er demnach als diskriminierend.

Das Urteil des EuGH in der Sache *Kalanke* 1995 ist knapp und ohne differenzierte Begründung abgefaßt. Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie, also die Ausnahmeregelung zur Förderung der Chancengleichheit, sei eng zu interpretieren. »Auf die Frage des vorlegenden Gerichtes ist demgemäß zu antworten, daß Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der, wie im vorliegenden Fall, bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen die Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wird (...).«²⁷ Von vielen wurde das Urteil so interpretiert, daß der EuGH – anders als der Generalanwalt – das Ziel der Ergebnisgleichheit anerkenne und lediglich die *automatische* Bevorzugung gleichqualifizierter Frauen bemängle.²⁸ Dann wären Vorrangregelun-

²³ In diesem Zusammenhang kann die Vermutung aufgestellt werden, daß das Bundesarbeitsgericht, das das umstrittene Bremer Gleichstellungsgesetz für rechtmäßig hielt, eine Vorlage an das eher konservativ eingeschätzte Bundesverfassungsgericht vermeiden wollte und deshalb den EuGH in die Entscheidung miteinbezog. Damit war natürlich die Hoffnung verbunden, daß der EuGH die Europarechtskonformität bestätigen würde.

²⁴ Europäische Kommission, JUR (94) 02563/AB, v. 30. März 1994: 14.

²⁵ Erklärung des Vereinigten Königreichs zur Rechtssache C-450/93-12, Nr. 460.772, Luxemburg, 12. 4. 1994.

²⁶ Schlußanträge des Generalanwalts vom 6. April 1995 zur Rechtssache C-450/93: I-12.

²⁷ Urteil des Gerichtshofes vom 17. Oktober 1995, C-50/93; Eckhard Kalanke gg. Freie Hansestadt Bremen: I-8.

²⁸ Vgl. u. a. Schieck, Dagmar: »Kalanke« und seine Folgen – Überlegungen zu EG-rechtlichen Anforderungen an berriebliche Gleichstellungspolitik, in: *Arbeit und Recht* 4/1996, S. 128–135 sowie Raasch, Sibylle: Der EuGH zur Frauenquote, in: *Kritische Justiz* 4/1995, S. 493–498, S. 497. Eine andere Haltung wird dagegen u. a. von Loritz, Karl-Georg: »EuGH: Bevorzugte Beförderung von Frauen im Arbeitsverhältnis«, in: *EuZW* 1995/22: 762–765 eingenommen.

gen, die Frauen nicht absolut und unbedingt bevorzugen, sondern berücksichtigen, ob »Härteln« im männlichen Einzelfall vorliegen (»Frauenquote mit Härteklausel«) mit dem Europarecht vereinbar. Auch die Kommission interpretierte das Urteil in diese Richtung und legte einen entsprechenden Richtlinienentwurf vor, der den umstrittenen Art. 2 (4) der Gleichbehandlungsrichtlinie spezifizieren bzw. im Sinne der von der Kommission vor dem EuGH vorgetragenen Meinung ersetzen sollte.²⁹ Eine Klärung der strittigen Auslegung brachte das mit Spannung erwartete Urteil im Fall *Marshall*.³⁰ Hier hatte der EuGH über die nordrhein-westfälische Quote zu entscheiden, die im Gegensatz zur Bremer Bestimmung eine Härteklausel beinhaltete. Die finnische, norwegische, österreichische, schwedische und die spanische Regierung sowie die Kommission vertraten in ihren Stellungnahmen vor dem EuGH die Ansicht, daß die streitige Bestimmung mit der EU-Gleichbehandlungsrichtlinie vereinbar sei. Die französische und britische Regierung waren dagegen – wie auch schon im Fall *Kalanke* – der Ansicht, daß die nordrheinwestfälische Quotenregelung über eine Förderung von Chancengleichheit hinausgehe und eine Herbeiführung von zahlenmäßiger Gleichstellung nicht durch die EU-Gleichbehandlungsrichtlinie gedeckt sei. Daran würde auch die Härteklausel nichts ändern.³¹ In die gleiche Richtung ging auch die Beurteilung des Generalanwaltes Jacobs.³² Der EuGH folgte aber dieses Mal – bemerkenswerterweise – der Einschätzung des Generalanwaltes nicht und entschied, daß die Gleichbehandlungsrichtlinie einer nationalen Regelung zur Entscheidungsquote nicht entgegenstehe, wenn diese Bestimmung den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Fall garantierte, »daß die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumt Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen«. Solche Kriterien dürften aber keine diskriminierende Wirkung gegenüber den weiblichen Bewerbern haben.³³

2.5 Perspektiven für die deutsche Gleichstellungspolitik nach *Marschall*

Nachdem der Fall *Kalanke* als massiver Rückschlag für die deutsche und europäische Gleichstellungspolitik eingeschätzt wurde,³⁴ können das *Marschall*-Urteil und die folgenden Bemühungen auf europäischer Ebene als eine Art der »Schadensbegrenzung« angesehen werden. Die letztere Entscheidung bestätigt vorläufig die Europa-

²⁹ *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE amending Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regard access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.* COM (96) 93 final, Brussels. Dieser Richtlinienentwurf unterscheidet sich vom Zuschnitt des Bremer Gleichstellungsgesetzes darin, daß hier das »unterrepräsentierte Geschlecht« Bezugsgröße ist, während in Bremen auf eine besondere Förderung von Frauen gesetzt wird. Es zeigt sich, daß die Kommission zwar positive Maßnahmen weiterhin unterstützt, aber auch hier ihre formale Herangehensweise beibehält und die strukturelle Komponente von Frauendiskriminierung insoweit ignoriert.

³⁰ Urteil des Gerichtshofes vom 11. November 1997, Rs C-409/95, Helmut Marschall gg. Land Nordrhein-Westfalen.

³¹ Ebenda, S. 1–6 ff.

³² Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts vom 6. April 1995 zur Rechtssache C-450/93: I-12.

³³ Damit steht das Urteil auch in Einklang mit den noch zu ratifizierenden Vertragsveränderungen von Amsterdam.

³⁴ Von den Bremer Akteurinnen wurde im nachhinein allerdings übereinstimmend festgestellt, daß der Fall auch viel Positives bewirkt hätte. So sei Gleichstellungspolitik wieder debattiert worden und in Bremen wäre ein neuer Zusammenhalt in dieser Hinsicht entstanden.

rechtskonformität von leistungsbedingten Entscheidungsquoten mit personenbezogenen Härteklauseln, wie sie in den Gleichstellungsgesetzen von Berlin, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein zu finden sind.³⁵ Das Bremer und das niedersächsische Gleichstellungsgesetz wurden inzwischen um jene Härteklausel ergänzt, um wieder »europatauglich« zu sein. Das zweite Gleichstellungsgesetz des Bundes sowie die Gleichstellungsgesetze von Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Baden-Württemberg und Bayern werfen – da sie ohnehin nur abgeschwächte Entscheidungsquoten bzw. Zielvorgaben enthalten – im Wege des Erst-Recht-Schlusses keine Probleme auf. Ungeklärt ist dagegen noch, ob die Ziel- und Ergebnisquoten des hessischen und des brandenburgischen Gleichstellungsgesetzes mit dem Europarecht vereinbar sind. Eine entsprechende Anfrage im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens wurde dem EuGH vom Staatsgerichtshof Hessen bereits im April 1997 vorgelegt. Nicht eindeutig beantwortbar ist zudem, ob die Ausbildungsquoten ohne Härteklausel, wie sie in den Bundesländern Bremen, Niedersachsen, Hamburg und Hessen vorzufinden sind, und die strikten Vorstellungsgesprächsquoten in Berlin und Hessen als »europatauglich« zu bewerten sind.³⁶

Aus frauenpolitischer Sicht dürfte für die zukünftige praktische Arbeit von Bedeutung sein, wie die Zulässigkeit von »die Person der Bewerber betreffenden Kriterien« aus dem *Marschall*-Urteil innerstaatlich von den Gerichten gewertet wird. Erste Anhaltspunkte, daß das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in einer Form ausgelegt werden könnte, die die bestehenden Quotenregelungen faktisch unwirksam macht, liegen bereits vor. Zwei wesentliche Fragen stehen in diesem Zusammenhang auf der Tagesordnung: erstens, welche Hilfskriterien wirken (mittelbar) frauendiskriminierend und zweitens, wie muß die Prüfung der für die BewerberInnen sprechenden Hilfskriterien sowie die anschließende Abwägung vorgenommen werden?

Im Berliner Gleichstellungsgesetz³⁷ werden im § 8 (4) jene Hilfskriterien zur Einstellungs- bzw. Beförderungsauswahl von gleichqualifizierten BewerberInnen, die Frauen mittelbar diskriminieren könnten, benannt und aus der Anwendung explizit ausgeschlossen. Darunter sind die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit, die Reduzierung der Arbeitszeit, das Lebensalter oder der Familienstand, eigene Einkünfte des Partners einer Bewerberin bzw. die Einkommenslosigkeit der Partnerin eines Bewerbers, sofern diese nicht auf Arbeitslosigkeit zurückzuführen ist und die zeitliche Belastung durch die Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen. Auch die Öffnungsklausel des schleswig-holsteinischen Gleichstellungsgesetzes ist so konzipiert, daß die »traditionell allgemein anerkannten« Hilfskriterien, wie Lebens- und Dienstalter nicht für die Auswahl heranzuziehen sind. Das OVG Kiel kam aber kürzlich zu dem Schluß (3 M 34/97), daß eine solche Härteklausel nicht europarechtskonform sei. Das Urteil *Marschall* sei so zu interpretieren, daß es sich bei den vom EuGH angesprochenen Kriterien nur um Hilfskriterien leistungsferner bzw. leistungsfremder Natur handeln könne, die nicht nur sozialer Natur sein müßten, sondern auch allgemein anerkannte Faktoren wie Dienstalter und Lebensalter einbeziehen könnten. Um die »Restzweifel« zu beseitigen, bestehe weiterhin gemeinschaftlicher Klärungsbedarf.³⁸

³⁵ Pape, Angela: Von Kalanke zu Marschall – Ein Erfolg für die Gleichberechtigung, in: *Arbeit und Recht* 1/1998, S. 14–17.

³⁶ Ott (Fn. 17), S. 128.

³⁷ Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, Nr. 3, 12. Januar 1991.

³⁸ Siehe Frauenpolitischer Dienst vom 19. 5. 98, S. 3.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist auch das Abwägen der Hilfskriterien. Eine Abwägung ist dann erforderlich, wenn ein Mann hinsichtlich einzelner Hilfskriterien im Vorteil ist. Die Frage ist sodann, welchen Stellenwert der grundsätzliche Vorrang der Bewerberin gegenüber dem Bewerber hat. Zwei Varianten sind hier möglich: eine Bevorzugung aufgrund des Geschlechts tritt nur dann in Kraft, wenn beide BewerberInnen auch hinsichtlich der heranzuziehenden Hilfskriterien gleich qualifiziert sind (subsidiäres Hilfskriterium) oder der Vorrang der Frau wird von vornherein in die Abwägung einbezogen (gleichrangiges Hilfskriterium). Letzteres würde bedeuten, daß dieser Vorrang nur dann nicht zur Wirkung kommt, wenn die Prüfung der Hilfskriterien deutlich zugunsten des Mannes ausfällt.^{38a} Setzt sich allerdings die erste Interpretationsmöglichkeit durch, wie sie etwa in dem schon zitierten Beschuß der OVG Kiels vertreten wird, so würde dies faktisch zur Bedeutungslosigkeit der bestehenden Quotenregelungen führen, da diese nur dann anzuwenden wären, wenn die beiden BewerberInnen auch hinsichtlich der Hilfskriterien gleich qualifiziert wären. Nicht beachtet würde bei dieser Auslegung die durch den EuGH anerkannte tatsächliche Benachteiligung von Frauen trotz gleicher Qualifikation bei der Einstellung bzw. bei der Beförderung.³⁹

2.6 Gleichstellungspolitik im europäischen Mehrebenensystem

Auch nach der *Kalanke*-Entscheidung kann Brüssel kaum als Ort angesehen werden, an dem die wünschenswerten politischen Veränderungen zu erreichen wären. So beharrte die Kommission auf ihrer Ansicht, daß positive Maßnahmen für das »unterrepräsentierte Geschlecht« und nicht für »Frauen« durchzuführen seien – eine Einstellung, die etwa von der Bremer ZGF abgelehnt und sogar als potentieller »Rückschlagfaktor« für die Gleichstellung von Frauen gesehen wird.

Deutlicher begrenzt wird die Entwicklungsperspektive europäischer Gleichbehandlungspolitik aber noch durch die Stellungnahmen der (damals konservativen) britischen und französischen Regierung. Diese lassen vermuten, daß sie im Rat, wenn es zu einer Neuverhandlung der Gleichbehandlungsrichtlinie kommen würde, den Vorstellungen der Kommission nicht folgen werden. Wenig Unterstützung gibt es zudem von der eigenen Bundesregierung. Da die CDU/CSU-FDP-Koalition im allgemeinen verbindlichen Quoten gegenüber negativ eingestellt ist, sieht sie auch keine Veranlassung, auf europäischer Ebene für deren Rechtmäßigkeit zu streiten. Durch die Entscheidung in *Kalanke* und mit Einschränkungen auch in *Marschall* wird jedenfalls deutlich, daß die AkteurInnen, die sich auf nationaler wie regionaler Ebene für weitreichendere positive Maßnahmen und für eine verpflichtende Quote zugunsten von Frauen einsetzen, nicht mehr »nur« die innerstaatlichen SkeptikerInnen zu überzeugen haben, sondern ganz Europa.

Betrachtet man den Fall *Kalanke* bzw. die darauffolgende Diskussion und Entwicklung aus dieser Perspektive, so ist Hobson rechtmäßig, die ein mögliches Untergraben des demokratischen Prozesses in den Mitgliedstaaten, in dem sich Frauen politische (Teilhabe-)Rechte erkämpft haben, durch den EuGH oder allgemeiner durch das europäische Mehrebenensystem analysiert.⁴⁰ Die Wurzel des hier evident gewordenen Problems dürfte darin liegen, daß auf europäischer Ebene der zu be-

^{38a} Suhr, Oliver: »Grenzen der Gleichbehandlung: Zur Vereinbarkeit von Frauenquoten mit dem Gemeinschaftsrecht«, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 25/1998, S. 121–128, S. 127.

³⁹ Ebenda, S. 126.

⁴⁰ Hobson (Fn. 6), S. 31f.

rücksichtigende Rahmen für Faktoren der Ungleichheit in erster Linie durch den Markt, der sich durch die Verwirklichung der vier Freiheiten charakterisieren läßt, definiert wird.⁴¹ Zwar versuchte die Kommission in der Vergangenheit immer wieder, Maßnahmen durchzusetzen, die über diesen engen Blickwinkel hinausgehen, doch hatte sie damit bisher wenig Erfolg. Allzu oft weichten die Mitgliedstaaten solche Vorschläge auf oder schoben sie in den Bereich der rechtlichen Unverbindlichkeit. Das Ergebnis waren Regelungen, die einen starken Kompromißcharakter aufweisen und aus diesem Grunde gerichtlicher Auslegung im Konfliktfall besonders zugänglich sind.

Diese Auslegung, die auch bei innerstaatlichen Gesetzen notwendig ist, vollzieht sich aber auf europäischer Ebene kaum begleitet und kontrolliert durch eine politische Öffentlichkeit, sondern nahezu ausschließlich vor den Schranken des EuGH. Durch die Rechtsprechung dieses Gerichts wurde die Reichweite von Gleichbehandlung auf europäischer Ebene einerseits zwar extensiv interpretiert, andererseits aber auf den marktwirtschaftlichen Rahmen begrenzt.

Man mag nun zwar berechtigt kritisieren, daß der Gerichtshof seinen Spielraum auch anders – weitergehender – hätte nutzen können, darf aber nicht übersehen, daß die Problematik eigentlich an anderer Stelle ihre Wurzel hat: nämlich einerseits bei der Weigerung der Mitgliedstaaten, zu gemeinsamen Regelungen zu kommen, die die europäische Gleichbehandlungspolitik auf eine breitere Basis stellen, und andererseits im institutionell-politischen System der Gemeinschaft selbst. So könnte die im Moment dominante Definitionsmaß des EuGH nur durch institutionelle Veränderungen, insbesondere durch eine Verstärkung der politischen Dimension gegenüber der rechtlichen, durchbrochen werden. Aber auch hierzu bedürfte es der Zustimmung der Mitgliedstaaten.⁴²

Zudem wird auch ein Umdenken der nationalstaatlichen AkteurInnen notwendig sein. Erst wenn die vielfältigen Verflechtungen des europäischen Mehrebenensystems in den Köpfen präsent sind, wird es möglich sein, auch die Chancen, die der europäische Einigungsprozeß für die Gleichbehandlung der Geschlechter bietet, früh genug aufzugreifen, zu einem Teil des innerstaatlichen Diskurses zu machen und damit auszuweiten.

⁴¹ Vgl. Fenwick, Hellen; Hervey, Tamara: Sex Equality in the Single Market: New Directions for the European Court of Justice, in: *Common Market Law Review* 1995/32: 443–470.

⁴² Erste kleine Schritte in diese Richtung sind durch die Vertragsrevision bei der Regierungskonferenz in Amsterdam unternommen worden. So wurde die Rolle des Europäischen Parlaments durch die weitgehende Etablierung des Mitentscheidungsverfahrens auch im Bereich der Sozialpolitik gestärkt (Vgl. EuroAs 7-7/1997: 94).