

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).

1. Leistungswettbewerb

Die erste Gemeinsamkeit ist, daß *affirmative action*-Maßnahmen und soziale Vergabekriterien in einer Wettbewerbssituation um ein öffentliches Gut zur Anwendung gelangen, bei welcher der Leistungsaspekt im Vordergrund steht: *hic* der Leistungswettbewerb der Kandidaten um einen Arbeitsplatz bei der öffentlichen Hand über die bisher erworbene Qualifikationen (Bestenauslese), *tunc* der Leistungswettbewerb der Bieterunternehmen um einen öffentlichen Auftrag über die eingereichten Angebote „nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot“. Sowohl bei den *affirmative action*-Maßnahmen als auch bei den sozialen Vergabekriterien würde ein bislang über Leistung definiertes System aufgelockert und um soziale Aspekte angereichert.

2. Identität der Gemeinwohlbelange

Auch die Ziele, die mit *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien verfolgt werden sollen, sind identisch. Gefördert werden soll die Chancengleichheit von Angehörigen gesellschaftlich marginalisierter Gruppen. Beide Instrumentarien ziehen ihre Berechtigung aus dem Kampf der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft gegen „die strukturelle Arbeitslosigkeit“¹⁸³¹, die nur durch eine Integration gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt abgebaut werden kann¹⁸³².

3. Entwicklung der Rechtsprechungslinie des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH zu nationalen *affirmative action*-Maßnahmen hat sich ähnlich entwickelt wie die Judikatur des EuGH bezüglich sozialer Vergabekriterien. In beiden Fällen hatten sich EuGH und GAe allmählich im Zuge der Änderungen des EG-Vertrages zu einer Modifikation ihrer bisherigen Linie durchgerungen. Beachtet man die Textänderungen des EG-Vertrags, welche die Chancengleichheit und speziell *affirmative action*-Maßnahmen betreffen, und berücksichtigt man den zur Erreichung dieses Zieles wiederholt geäußerten Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers, so mußte der EuGH zu dem Schluß gelangen, daß eine enge Auslegung des Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG nicht im Einklang mit der Entwicklung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts steht¹⁸³³. Art. 141 Abs. 4 EG macht unmißverständlich deutlich, daß der Begriff der Gleichstellung einen über das Diskriminierungsverbot hinausgehenden Bedeutungsgehalt hat¹⁸³⁴. Die teleologische Auslegung ergibt, daß Gleichheitsrechte letztendlich darauf abzielen, soziale Diskriminierung zu korrigieren¹⁸³⁵. Der Schwerpunkt bei *affirmative action*-Maßnahmen liegt daher ebenso wie bei sozialen Vergabekriterien¹⁸³⁶ auf der teleologischen Auslegung der jeweils einschlägigen Richtlinien¹⁸³⁷. Hierbei stützen sich beide Instrumentarien auf dieselben Normen des EG-Vertrages. Art. 3

1831 Vgl. Hannowsky, Die Arbeitsmarktpolitik der Europäischen Union, 36.

1832 Vgl. v. Wahl, KJ 1996, 180 (196).

1833 GA Saggio, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 2.

1834 Kocher, RdA 2002, 167 (169).

1835 Schiek, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (266).

1836 Supra: S. 78.

1837 Vgl. Schiek, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (266).

Abs. 2 EG und Art. 141 Abs. 4 EG sind gleichermaßen für die Zulässigkeit von *affirmative action*-Maßnahmen und von sozialen Vergabekriterien herangezogen worden¹⁸³⁸.

4. Fehlgeschlagene Reformversuche in der Vergangenheit

Auch im Hinblick auf Geschichte und Gesetzgebungsprozeß weisen *affirmative action*-Maßnahmen und soziale Vergabekriterien Parallelen auf¹⁸³⁹. 1996 schlug die Kommission anlässlich des *Kalanke*-Urteils eine Änderung von Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG vor¹⁸⁴⁰, welche Vorzugsregelungen für Frauen bezüglich des Zugangs zur Beschäftigung oder zum beruflichen Aufstieg erlaubte, soweit sie eine Bewertung der besonderen Umstände eines Einzelfalls nicht ausschließen¹⁸⁴¹. Ebenso wie sich das EP vergeblich für die Einführung sozialer Vergabekriterien ausgesprochen hatte¹⁸⁴², vermochte die Kommission sich mit ihrem Anliegen der *affirmative action*-Maßnahmen nicht durchzusetzen.

5. Gemeinsamkeit zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und subsidiären sozialen Zuschlagskriterien

Die Ausgangsposition der Kandidaten in den Urteilen *Marschall* und *Badeck* zeichnete sich durch die sogenannte Pattsituation (*tie-break*) aus. Die nationalen Normen konstituierten für die öffentlichen Arbeitgeber die Pflicht, Frauen bei Einstellung und Beförderung zu bevorzugen, soweit die Qualifikationen der ausgewählten Kandidaten gleichwertig waren. Das Geschlecht der Kandidaten kam daher nur in der letzten Phase der Auswahl zum Tragen, da die Rangfolge der beförderung bzw. einstellungswürdigen Personen unabhängig von ihrem Geschlecht festgelegt wurde¹⁸⁴³.

Vergleicht man die Auswahlmethode, die der Rechtsprechungsserie zu den *affirmative action*-Maßnahmen zugrunde lag, mit den Urteilen zur Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, so wird man feststellen, daß die dort einschlägige Pattsituation grundsätzlich identisch ist mit dem Fall *Französische Schulen*¹⁸⁴⁴. In beiden Konstellationen spielt der soziale Aspekt im Entscheidungsprozeß das Zünglein an der Waage. Wie eng verwandt die Rechtslage in beiden Fällen ist, kommt in den Schlußanträgen von GA Saggio in der Rechtssache *Badeck* zum Ausdruck, der feststellte: „Deshalb muß zum einen bei der Ermittlung des Profils der Bewerber das Geschlecht ein „zusätzliches Kriterium“ sein, das die Kriterien ergänzt, auf denen im allgemeinen die komplexe Beurteilung der Bewerber beruht¹⁸⁴⁵. Um das Phänomen *affirmative action*-Maßnahmen und soziale Vergabekriterien zu beschreiben, benutzen die Akteure den Begriff der „zusätzlichen Kriterien“. Die Zulässigkeit von *affirmative action*-Maßnahmen

1838 Tobler, ELR 2000, 618 (618 f.).

1839 Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 181.

1840 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates 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, ABl. 1996, C 179, S. 8.

1841 Art. 1 der vorgeschlagenen Änderungsrichtlinie.

1842 Supra: S. 65.

1843 GA Saggio, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 30.

1844 EuGH, Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445.

1845 GA Saggio, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 32.

ist daher ein starkes Argument für die Zulässigkeit der *subsidiären* sozialen Zuschlagskriterien.

VIII. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Zuschlagskriterien

1. Individuelle Verantwortung der Bieterunternehmen

Darüber hinaus spricht die gemeinschaftsrechtliche Billigung von *affirmative action*-Maßnahmen auch für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, die als „vollwertige“ Zuschlagskriterien ausgestaltet sind. Soziale Zuschlagskriterien können der Konstellation gleichen, daß im Wettbewerb um eine Position bei staatlichen Institutionen dem Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts der Vorzug gegeben wird, obwohl die Qualifikationen des männlichen Kandidaten höher einzustufen sind.

Dieser Vergleich mag auf den ersten Blick müßig erscheinen, hat der EuGH doch zuletzt in der *Abrahamsson*-Entscheidung unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß derartige *affirmative action*-Maßnahmen, gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen und daher rechtswidrig sind¹⁸⁴⁶. *Affirmative action*-Maßnahmen können keine Qualifikationsunterschiede ausgleichen¹⁸⁴⁷. Auf den zweiten Blick jedoch ergeben sich im Hinblick auf den unmittelbaren Adressatenkreis der Normen Unterschiede zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien. Bei dieser Gegenüberstellung ist das Augenmerk auf die folgenden zwei Vergleichspaare zu richten: Begünstigter der *affirmative action*-Maßnahmen ist der Kandidat, der als Mitglied einer gesellschaftlich benachteiligten Gruppe aus dem Bewerbungsverfahren erfolgreich hervorgeht. Im Vergabeverfahren wiederum profitiert dasjenige Bieterunternehmen, dem schließlich aufgrund der sozialen Vergabekriterien der Zuschlag erteilt wird. Demgegenüber stehen auf der Seite der Benachteiligten der aufgrund der *affirmative action*-Maßnahme unterlegene Kandidat sowie dasjenige unterlegene Bieterunternehmen, welches das nach rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat.

Das Hauptargument gegen derartige *affirmative action*-Maßnahmen ist, daß es für das konkret betroffene Individuum nicht zumutbar ist, ohne eine besondere subjektive Verantwortlichkeit benachteiligt zu werden. Es wird schlicht als ungerecht empfunden, daß der männliche Kandidat als Mitglied der gesellschaftlich dominanten Gruppe stellvertretend für die institutionelle Diskriminierungen von Frauen Einbußen seiner Rechtspositionen hinzunehmen hat. Denn das konkrete Individuum hat an dem generellen Problem der institutionellen Diskriminierung von bestimmten gesellschaftlichen Gruppen keinen Anteil und kann auch an seiner Eigenschaft als Mitglied der gesellschaftlich dominanten Gruppen nichts ändern.

Diese Feststellung trifft jedoch in der vergaberechtlichen Konstellation auf die betroffenen Bieterunternehmen nicht zu. Im Gegenteil, den Bieterunternehmen, welche die sozialen Vergabekriterien nicht erfüllen, kann *Verhaltensverantwortlichkeit* zur Last gelegt werden. Denn eine nach gesellschaftlichen Gruppen segregierte Personalstruktur läßt auf eine selektiven Auswahlprozeß schließen. Zwar mag es für ein Bieterunternehmen, welches Arbeitskräfte auf einem Arbeitsmarkt rekrutiert, der gruppenspezifisch segmentiert ist, konkret sachliche Grün-

1846 *EuGH*, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 56.

1847 *Numhauser-Henning*, ILJ 2001, 121 (124).