

und Geschlecht. Dieses Modell verwehrt sich daher gegen Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, ein etwaiges Ungleichgewicht, beispielsweise in der Belegschaft, im Wege von strikten Quoten zu korrigieren und damit eine Gleichheit im Ergebnis (*equality of outcome*) herzustellen<sup>1766</sup>.

## B. Rechtsprechung des EuGH

### I. Urteil des EuGH in der Rechtssache Kalanke

#### 1. Sachverhalt

Gemäß § 4 Abs. 1 und 2 des Gesetzes zur Gleichstellung von Mann und Frau im öffentlichen Dienst des Landes Bremen (LGG) waren bei Einstellung und Beförderung Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber in den Bereichen vorrangig zu berücksichtigen sind, in denen sie unterrepräsentiert sind. Auf Grundlage dieser Regelung war im konkreten Fall der Diplom-Ingenieur für Garten- und Landschaftspflege, Herr Kalanke, mit seiner Bewerbung um eine Beförderungsstelle unterlegen. Das vorlegende Gericht beharrte vom EuGH zu wissen, ob Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG einer solchen nationalen Regelung entgegensteht<sup>1767</sup>.

#### 2. Position des EuGH

Der EuGH entschied, daß eine derartige „automatische Bevorzugung“ eine Diskriminierung der Männer aufgrund des Geschlechts bewirkt<sup>1768</sup>. Als Ausnahme zu Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG sei Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG eng auszulegen<sup>1769</sup>. Eine nationale Regelung, die Frauen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, gehe über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreite die Grenzen der in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG vorgesehenen Ausnahme<sup>1770</sup>. Da eine solche Regelung auf eine 50 %-Quote abziele, setze sie an die Stelle der in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte<sup>1771</sup>.

#### 3. Analyse und Bewertung

Der EuGH diskutierte die verschiedenen Konzepte des Gleichheitsbegriffs nicht<sup>1772</sup>. Gleichwohl ist das *Kalanke*-Urteil wegen der Betonung der individueller Leistung und Ver-

---

1766 *Fredman*, LQR 1997, 575 (579).

1767 *EuGH*, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnrn. 3, 5, 13.

1768 *EuGH*, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 16.

1769 *EuGH*, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651, Rdnr. 36; Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 21.

1770 *EuGH*, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 22.

1771 *EuGH*, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 23.

1772 *Schiek*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (264).

antwortung dem formellen Gleichheitsbegriff zuzuordnen<sup>1773</sup>. Diese Haltung des EuGH ging auf die Schlußanträge von GA Tesauro zurück, welcher sich auf den Standpunkt gestellt hatte, daß „jede gruppenspezifische Maßnahme im Widerspruch zum Gleichheitssatz im formalen Sinne steht“<sup>1774</sup>. Chancengleichheit gemäß Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG könne nur bedeuten, Angehörigen beider Geschlechter gleiche Voraussetzungen hinsichtlich der Ausgangssituation zu schaffen<sup>1775</sup>.

Dabei ist darauf hinzuweisen, daß das Auswahlsystem im Fall *Kalanke* keinen vollständigen Automatismus installierte. Die Rangfolge der Kandidaten wurde zunächst *ohne* Berücksichtigung des Geschlechts ermittelt<sup>1776</sup>. Die Norm kam erst zur Anwendung, nachdem festgestellt wurde, daß beide Kandidaten gleich qualifiziert waren. In einer solchen Konstellation hat der männliche Kandidat grundsätzlich kein größeres Anrecht darauf, befördert zu werden, als seine gleich qualifizierte Konkurrentin<sup>1777</sup>. In diesem Zusammenhang sollte der Begriff individueller Schuld bzw. Verantwortung nicht verwendet werden, da er die Assoziation eines unschuldigen Opfers hervorruft<sup>1778</sup>. Dem EuGH, der das Geschlechtskriterium als Zünglein an der Waage ablehnte, wenn beide Kandidaten gleich qualifiziert sind, wurde daher vorgeworfen worden, daß er letztendlich eine Auswahl nach dem Zufallsprinzip wie das Werfen einer Münze bevorzugt hätte<sup>1779</sup>.

## *II. Urteil des EuGH in der Rechtssache Marschall*

### *1. Sachverhalt*

§ 25 Abs. 5 S. 2 des Beamten gesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen ordnete an, daß Bewerberinnen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern sind, soweit im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer vertreten sind. Das Gesetz sah jedoch eine Ausnahme zur dieser Grundvorschrift vor, die dem öffentlichen Arbeitgeber eine abweichende Regelung erlaubt, sofern in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Auch hier wurde die Kompatibilität mit Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG angezweifelt<sup>1780</sup>.

### *2. Position des EuGH*

Der EuGH honorierte, daß die streitige Bestimmung im Unterschied zu der fraglichen Norm, die Gegenstand des Urteils *Kalanke* war, eine Öffnungsklausel enthielt<sup>1781</sup>. Die Empfehlung 84/635/EWG des Rates<sup>1782</sup> zitierend befand der EuGH sodann, daß die „geltenden

1773 *Fredman*, LQR 1997, 575 (586).

1774 *GA Tesauro*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (*Kalanke*), Slg. 1995, I-3053, Rdnr. 11.

1775 *GA Tesauro*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (*Kalanke*), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 13.

1776 *GA Saggio*, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 30.

1777 *Fredman*, LQR 1997, 575 (587).

1778 *Fredman*, LQR 1997, 575 (587).

1779 *Fredman*, LQR 1997, 575 (587); *Fredman*, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (178).

1780 *EuGH*, Rs. C-409/95 (*Marschall*), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 3.

1781 *EuGH*, Rs. C-409/95 (*Marschall*), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 24.

1782 Rat, Empfehlung 84/635/EWG vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen, ABl. 1984, L 331, S. 34.