

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 Beförderungsaamt 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.

Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung, die zur Stärkung der Rechte des einzelnen erlassen wurden, (...) nicht ausreichen, um alle faktischen Ungleichheiten zu beseitigen, wenn nicht die Regierungen, die Sozialpartner und sonstige beteiligte Stellen gleichzeitig tätig werden, um gegen die Benachteiligung der Frauen in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird"<sup>1783</sup>. Es zeigt sich, daß selbst bei gleicher Qualifikation die Tendenz besteht, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern<sup>1784</sup>. Nach Ansicht des EuGH hängt dies vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben zusammen<sup>1785</sup>.

Daher bedeute die Tatsache, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, nicht, daß sie gleiche Chancen haben<sup>1786</sup>. Eine nationale Regelung wie die streitige könne dazu beitragen, ein Gegengewicht zu den nachteiligen Auswirkungen zu schaffen, die sich für die weiblichen Bewerber aus den genannten Einstellungen und Verhaltenmustern ergeben, und damit in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten zu verringern<sup>1787</sup>. Der EuGH sah *affirmative action*-Maßnahmen als von Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG gedeckt an, wenn sie den männlichen Bewerbern, welche die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall garantiert, daß die Bewerbungen Gegenstand einer *objektiven Beurteilung* sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte *Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen*<sup>1788</sup>.

### 3. Analyse und Bewertung

GA Jacobs hatte in seinen Schlußanträgen noch den Standpunkt vertreten, daß geschlechts-spezifische Maßnahmen nicht in angemessenem Verhältnis zum Ziel der Förderung der Chancengleichheit stünden<sup>1789</sup>. Nach Ansicht von GA Jacobs drohe bei einem Abrücken des EuGH von seiner in *Kalanke* eingenommenen Rechtsprechungslinie Rechtsunsicherheit und Willkür<sup>1790</sup>.

Dem EuGH müssen allerdings die Schlußanträge von GA Tesauro in der Rechtssache *Kalanke* in Erinnerung geblieben sein. Dieser hatte in *Kalanke* eingestanden, daß in der Vergangenheit erlittene Diskriminierungen weiterhin eine Marginalisierung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt bewirken<sup>1791</sup>. Der geringe Anteil von Frauen in der Wirtschaft beruhe auf irrationalen Beweggründen, traditionellen Rollenbildern und Vorurteilen<sup>1792</sup>. Außerdem hatte GA Tesauro zugegeben, daß die gleiche Ausgangssituation nicht gleiche Ergebnisse gewährleistet, da diese auch durch eine bestimmte Sozialstruktur beeinflußt werden kann, welche die Frau benachteiligt<sup>1793</sup>. Gleichwohl war er bei seiner Aussage geblieben, daß zwei Bewerber unter-

1783 EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 28.

1784 EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 29.

1785 EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 29.

1786 EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 30.

1787 EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 31.

1788 EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 33.

1789 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6365, Rdnr. 43.

1790 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6365, Rdnr. 37.

1791 GA Tesauro, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 19.

1792 Böttger, AuA 1996, 148 (150).

1793 GA Tesauro, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 14.

schiedlichen Geschlechts, welche die gleiche Qualifikation haben, auch die gleichen Chancen hatten und haben<sup>1794</sup>.

Dieser Bruch in der Argumentationskette war es, der den EuGH im *Marschall*-Urteil entgegen den Schlußanträgen von GA Jacobs, der den formellen Gleichheitsbegriff vertrat<sup>1795</sup>, die Gemeinschaftsrechtsordnung für *affirmative action*-Maßnahmen öffnen ließ<sup>1796</sup>. Der EuGH reagierte in der *Marschall*-Entscheidung auf die von der Literatur vorgebrachte Kritik<sup>1797</sup> der bisherigen Rechtsprechungslinie und gab die strikte Interpretation von Art. 2 Abs. 4 RL auf<sup>1798</sup>. Er kombinierte die Elemente des materiellen Gleichheitsbegriffs mit einem ungebrochenen Bekenntnis zur Vorrangstellung des Individuums<sup>1799</sup> und bekannte sich damit zum Chancengleichheitsbegriff. Das außerordentliche Verdienst der *Marschall*-Entscheidung besteht darin, daß der EuGH von einer *aktuellen strukturellen Diskriminierung* von Frauen ausging und diese zum Anlaß nahm, mitgliedstaatliche Intervention zugunsten von Frauen zu erlauben<sup>1800</sup>.

### *III. Urteil des EuGH in der Rechtssache Badeck*

#### *1. Sachverhalt*

Im Fall *Badeck* standen mit §§ 3, 5, 7, 8 bis 11, 14, 16 und 18 des Hessischen Gesetzes über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (HGlG) gleich ein ganzes Konglomerat an frauenfördernden Regelungen auf dem Prüfstein. Das HGlG enthielt eine Bevorzugungsregel für Frauen, die mit einer Öffnungsklausel à la *Marschall* versehen war. Dazu nannte das Regelkatalog konkrete Ausnahmefälle, die zu einem Zurücktreten des Grundsatzes der Frauenförderung führen könnten: Eine bevorzugte Berücksichtigung fanden frühere Angehörige des öffentlichen Dienstes, die wegen Familienarbeit aus dem Dienst ausscheiden, lediglich Teilzeit arbeiten oder sonstige Nachteile hinnehmen mußten sowie ehemalige Soldaten auf Zeit, Schwerbehinderte und Langzeitarbeitslose. Das HGlG forderte, daß in Ausbildungsberufen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind und in denen nicht exklusiv der Staat ausbildet, Frauen mindestens die Hälfte der Ausbildungsplätze erhalten müssen. Neben der Festlegung von bestimmten Frauenquoten im wissenschaftlichen Dienst verlangte das HGlG dazu, daß in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, alle qualifizierten Frauen zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden. Schlußendlich sollte bei der Besetzung von Vertretungsorganen der Arbeitnehmer sowie der Verwaltungs- und Aufsichtsräte auf eine zumindest hälftige Beteiligung von Frauen hingewirkt werden<sup>1801</sup>.

1794 *GA Tesauro*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 13.

1795 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6365, Rdnrn. 23, 29.

1796 *GA Saggio*, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 24.

1797 *Fredman*, LQR 1997, 575 (580).

1798 *Küchhold*, ILJ 2001, 116 (120).

1799 *Fredman*, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (178).

1800 *Schiek*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (267).

1801 *EuGH*, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnrn. 7, 8, 35.