

II. Gleichheitsbegriff

1. Der formelle Gleichheitsbegriff

Ausgangspunkt der Diskussion ist der sogenannte formelle oder symmetrische Gleichheitsbegriff. Danach beansprucht das Gebot der Gleichbehandlung Geltung *ohne Rücksicht darauf, ob sich seine Anwendung für oder gegen die gesellschaftlich marginalisierte Gruppe auswirkt*. Der formelle Gleichheitsbegriff stützt sich auf die folgenden drei Grundannahmen:

Die erste besagt, daß Gerechtigkeit und damit auch der Gleichbehandlungsgrundsatz apriorische Konstrukte sind, die von dem jeweils vorherrschenden historischen, politischen und gesellschaftlichen Kontext unabhängig sind. Wenn Diskriminierung aufgrund bestimmter Merkmale ungerecht ist, dann ist eine diskriminierende Maßnahme ungerecht, ob sie nun Bürden umverteilt oder einer bereits benachteiligten Gruppe zusätzliche Nachteile aufbürdet¹⁷⁴⁶. Die zweite Prämisse ist, daß die Frage der Gleichbehandlung aus der Perspektive des Individuums bestimmt (*primacy of the individual*)¹⁷⁴⁷. Danach dürfen Individuen nur aufgrund ihrer eigenen Leistungen belohnt werden. Umgekehrt dürfen ihnen Bürden nur aufgrund individueller Verantwortung auferlegt werden (*merit principle*)¹⁷⁴⁸. Folglich soll kein Individuum soziale Übel kompensieren müssen, an denen es persönlich keine Verantwortung trägt. Dies bedeutet, daß männliche Kandidaten in einer Bewerbungssituation nicht die institutionelle Diskriminierung von Frauen kompensieren und Nachteile in Kauf zu nehmen müssen¹⁷⁴⁹. Drittens hat sich der Staat nach dem formellen Gleichheitsbegriff gegenüber seinen Bürgern stets neutral zu verhalten (*state neutrality*)¹⁷⁵⁰. Der Staat sollte daher so wenig wie möglich zugunsten bestimmter gesellschaftlicher Gruppen intervenieren¹⁷⁵¹.

2. Der materielle Gleichheitsbegriff

Dagegen weicht bei dem materiellen Gleichheitsbegriff die individuelle einer kollektiven Betrachtungsweise von Gleichheit¹⁷⁵². Gleichheit bestimmt sich daher auch aus der Gruppenperspektive¹⁷⁵³. Bei dieser Sichtweise ist Gleichheit nur dann eine aussagefähige Kategorie, wenn sie zur gesellschaftlichen Realität struktureller Ungleichheit in Bezug gesetzt wird¹⁷⁵⁴: *The difference between a general classification that causes further disadvantage to those who have suffered from prejudice, and a classification framed to help them, is morally significant*¹⁷⁵⁵. Vertreter des materiellen Gleichheitsbegriffs kritisieren am formellen Gleichheitsbegriff, daß dieser das Ideal an die Stelle sozialer Realität setzt. Daß Faktoren wie Rasse und Geschlecht ein Individuum in seinen Chancen und Perspektiven nicht beeinträchtigen sollten,

1746 Fredman, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (172).

1747 Barmes/Ashtiany, ILJ 2003, 274 (290); Fredman, LQR 1997, 575 (577); eadem, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (173).

1748 Vgl. Fredman, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (173); McCrudden, OJLS 1998, 543 (552 ff.)

1749 Fredman, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (173).

1750 Fredman, in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (173).

1751 Fredman, LQR 1997, 575 (577).

1752 GA Tesauro, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 8.

1753 Schiek, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (265).

1754 Vgl. Beveridge/Nott/Stephan, JEPP 2000, 385 (388); Eichenhofer, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 141, Rdnr. 23; Mazey, JEPP 2000, 333 (336).

1755 Dworkin, A Matter of Principle, 314.

bedeutet noch lange nicht, daß dies nicht geschieht¹⁷⁵⁶. Der formale Gleichheitsbegriff vernachlässige, daß die Chancen eines Individuums immer noch durch dessen sozialen Status und den damit zusammenhängenden Rollenzuweisungen determiniert werden¹⁷⁵⁷. Der materielle Gleichheitsbegriff bezweckt die tatsächliche Wirksamkeit des Gleichheitssatzes, indem er Ungleichbehandlungen zuläßt, wenn sie zu dessen Verwirklichung erforderlich sind¹⁷⁵⁸. Der materielle Gleichheitsbegriff setzt damit quasi auf den *effet utile* des Gleichheitssatzes. Bei der bevorzugten Behandlung gesellschaftlich marginalisierter Gruppen handelt es sich nur um eine scheinbare Diskriminierung¹⁷⁵⁹.

Nach dem materiellen Gleichheitsbegriff liegt die Verantwortung, institutionelle Diskriminierung zu korrigieren, nicht nur bei den Individuen, denen eine konkrete Verantwortung nachgewiesen werden kann. Von allen Mitgliedern der privilegierten Gruppe, i.e. allen, die von der bestehenden Struktur profitiert haben, kann erwartet werden, einen Teil der Kosten zu tragen, um Abhilfe zu schaffen¹⁷⁶⁰.

Da der Staat eine zentrale Rolle bei der Allokation von Ressourcen spielen könnte, könne dieser *per se* nicht neutral sein, sondern sei notwendigerweise parteiisch¹⁷⁶¹. In einer Gesellschaft, in der Diskriminierung immer noch verwurzelt ist, bevorzuge eine staatliche Politik der Nicht-Intervention unweigerlich die dominante Gruppe, da sie deren Vormachtstellung perpetuiert¹⁷⁶². Die Beibehaltung des *status quo* mit seiner ungleichen Ressourcenverteilung sei für sich selbst gesehen ein distributiver Effekt¹⁷⁶³. Wie auch von Gegnern von *affirmative action* zugegeben wird, bedeutet formale Gleichheit bisweilen die Negation der Gleichheit¹⁷⁶⁴. Nach dem materiellen Gleichheitsbegriff hat der Staat daher die Pflicht, *affirmative action*-Maßnahmen zu treffen.

3. Der Chancengleichheitsansatz

Ausgangsbasis für den sogenannten Chancengleichheitsansatz (*equal opportunities approach*) ist die Erkenntnis, daß echte Gleichheit nicht erreicht werden kann, wenn die Individuen das Rennen von verschiedenen Ausgangspositionen beginnen. Der Chancengleichheitsansatz erlaubt daher *affirmative action*-Maßnahmen, die darauf abzielen, die Ausgangspositionen der Individuen anzugleichen, und akzeptiert, daß dies spezielle Maßnahmen zugunsten der benachteiligten Gruppe mit einschließt¹⁷⁶⁵. Der Schwerpunkt liegt auf einer Gleichheit im Zugang (*equality of access*). Personen aller gesellschaftlichen Gruppen sollen die gleiche Chance haben, die Zugangskriterien zu bestimmten Ressourcen zu erfüllen. Sind die Ausgangspositionen mehrerer Bewerber gleich, dann erfordert es der Fairnessgedanke, daß diese auf Grund ihrer individuellen Qualifikationen behandelt werden, ohne Rücksicht auf Rasse

1756 *Barnes/Ashtiany*, ILJ 2003, 274 (291).

1757 *Barnes/Ashtiany*, ILJ 2003, 274 (277, 291).

1758 *GA Tesauero*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 17.

1759 *GA Tesauero*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 17.

1760 *Fredman*, LQR 1997, 575 (578); *eadem*, in: *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, 171 (174).

1761 *Fredman*, LQR 1997, 575 (579); *eadem*, in: *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, 171 (194); *McCrudden*, OJLS 1998, 543 (550).

1762 *Fredman*, LQR 1997, 575 (579); *eadem*, in: *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, 171 (175).

1763 *Fredman*, LQR 1997, 575 (578).

1764 *GA Tesauero*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 17.

1765 *Fredman*, in: *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, 171 (175).

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*) herzustellen¹⁷⁶⁶.

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 vorliegende Gericht beehrte vom EuGH zu wissen, ob Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG einer solchen nationalen Regelung entgegensteht¹⁷⁶⁷.

2. Position des EuGH

Der EuGH entschied, daß eine derartige „automatische Bevorzugung“ eine Diskriminierung der Männer aufgrund des Geschlechts bewirkt¹⁷⁶⁸. Als Ausnahme zu Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG sei Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG eng auszulegen¹⁷⁶⁹. 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 Ausnahme¹⁷⁷⁰. 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 könnte¹⁷⁷¹.

3. Analyse und Bewertung

Der EuGH diskutierte die verschiedenen Konzepte des Gleichheitsbegriffs nicht¹⁷⁷². 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).