

## 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 aufbürdet<sup>1746</sup>. Die zweite Prämisse ist, daß die Frage der Gleichbehandlung aus der Perspektive des Individuums bestimmt (*primacy of the individual*)<sup>1747</sup>. Danach dürfen Individuen nur aufgrund ihrer eigenen Leistungen belohnt werden. Umgekehrt dürfen ihnen Bürden nur aufgrund individueller Verantwortung auferlegt werden (*merit principle*)<sup>1748</sup>. 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 müssen<sup>1749</sup>. Drittens hat sich der Staat nach dem formellen Gleichheitsbegriff gegenüber seinen Bürgern stets neutral zu verhalten (*state neutrality*)<sup>1750</sup>. Der Staat sollte daher so wenig wie möglich zugunsten bestimmter gesellschaftlicher Gruppen intervenieren<sup>1751</sup>.

### 2. Der materielle Gleichheitsbegriff

Dagegen weicht bei dem materiellen Gleichheitsbegriff die individuelle einer kollektiven Betrachtungsweise von Gleichheit<sup>1752</sup>. Gleichheit bestimmt sich daher auch aus der Gruppenperspektive<sup>1753</sup>. Bei dieser Sichtweise ist Gleichheit nur dann eine aussagefähige Kategorie, wenn sie zur gesellschaftlichen Realität struktureller Ungleichheit in Bezug gesetzt wird<sup>1754</sup>: *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*<sup>1755</sup>. 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 *Barnes/Ashtiani*, 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); *McCradden*, 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 geschieht<sup>1756</sup>. Der formale Gleichheitsbegriff vernachlässige, daß die Chancen eines Individuums immer noch durch dessen sozialen Status und den damit zusammenhängenden Rollenzuweisungen determiniert werden<sup>1757</sup>. Der materielle Gleichheitsbegriff bezweckt die tatsächlichen Wirksamkeit des Gleichheitssatzes, indem er Ungleichbehandlungen zuläßt, wenn sie zu dessen Verwirklichung erforderlich sind<sup>1758</sup>. 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 Diskriminierung<sup>1759</sup>.

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 schaffen<sup>1760</sup>.

Da der Staat eine zentrale Rolle bei der Allokation von Ressourcen spielt, könne dieser *per se* nicht neutral sein, sondern sei notwendigerweise parteiisch<sup>1761</sup>. 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 perpetuiert<sup>1762</sup>. Die Beibehaltung des *status quo* mit seiner ungleichen Ressourcenverteilung sei für sich selbst gesehen ein distributiver Effekt<sup>1763</sup>. Wie auch von Gegnern von *affirmative action* zugegeben wird, bedeutet formale Gleichheit bisweilen die Negation der Gleichheit<sup>1764</sup>. 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 anzugeleichen, und akzeptiert, daß dies spezielle Maßnahmen zugunsten der benachteiligten Gruppe mit einschließt<sup>1765</sup>. 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 Tesauro, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 17.

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

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

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

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

1763 Friedman, LQR 1997, 575 (578).

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

1765 Friedman, 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*) 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 beehrte 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).