

# Kapitel Vier: Indizwirkung von *affirmative action*-Maßnahmen

## A. Einleitung

### I. Gemeinschaftsrechtlicher Maßstab für *affirmative action*-Maßnahmen

Auf der Suche nach weiteren Argumenten für soziale Vergabekriterien wird man auch außerhalb des Beihilfenrechts fündig. Die Rechtsprechung des EuGH zu nationalen Frauenfördermaßnahmen anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG 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<sup>1744</sup> spricht nämlich ebenfalls für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien.

Art. 2 RL 76/207/EWG lautet:

(1). Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts (...) erfolgen darf.

(2). Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, welche die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen.

Mit diesen Fördermaßnahmen sollen die Mitglieder einer gesellschaftlich benachteiligten und im Arbeitsleben unterrepräsentierten Gruppe, zumeist Frauen, gegenüber Mitgliedern der gesellschaftlich privilegierten Gruppe, zumeist Männern, bevorzugt werden (*affirmative action*-Maßnahmen). Dieser Maßnahmentypus hat Hochkonjunktur seit Art. 141 EG um einen Absatz 4 erweitert worden:

Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.

In allen vier Fällen hatte der EuGH es mit *affirmative action*-Maßnahmen zu tun, die ihre privilegierende Wirkung zugunsten der weiblichen Kandidaten bei der Einstellung bzw. Förderung entfalten sollten<sup>1745</sup>. Der EuGH hatte hierbei die im Hinblick auf die Gefahr von *reverse discrimination* zulässige Grenze für die Ausgestaltung von *affirmative action*-Maßnahmen zu ziehen. Zum besseren Verständnis der nachfolgend geschilderten Rechtsprechung soll jedoch an dieser Stelle kurz auf die unterschiedlichen Positionen eingegangen werden, die zum Gleichheitsbegriff vertreten werden.

---

1744 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 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. 1976, L 39, S. 40 ff.

1745 EuGH, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051; Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363; Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875; Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539.

## 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.