

3 Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für eine gleichstellungsorientierte Gestaltung von Organisationsprivatisierungen

Die ersten beiden Kapitel haben verdeutlicht, dass eine Organisationsprivatisierung nicht gleichstellungsneutral, sondern vielmehr eine gleichstellungspolitische Herausforderung ist: Es gibt zwar bisher nur Indizien und noch keine systematischen empirischen Belege für gleichstellungsspezifische Privatisierungsfolgen.¹ Der Vergleich des einfachgesetzlichen Gleichstellungsrechts vor und nach einer Organisationsprivatisierung hat aber gezeigt, dass sie zu einem gleichstellungsrechtlichen Rückschritt führt,² wenn die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter nicht durch rechtliche Vereinbarungen abgesichert wird.³ Als nächstes stellt sich die Frage, ob ein solcher gleichstellungsrechtliche Rückschritt gegen europa- und verfassungsrechtliche Gleichstellungsvorgaben verstößt. Ansonsten wäre eine Absenkung des nationalen gleichstellungsrechtlichen Niveaus aus gleichstellungspolitischer Sicht zwar zu bedauern, würde aber kein gleichstellungsrechtliches Problem darstellen. Dieses Kapitel dient dazu, aus dem europäischen und verfassungsrechtlichen Gleichstellungsrecht Vorgaben für nationale Organisationsprivatisierungen abzuleiten und zu einem gleichstellungsrechtlichen Maßstab für Privatisierungsvorhaben zusammenzufassen. Dabei geht es nicht darum, bereits durchgeführte Organisationsprivatisierungen im Nachhinein auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, sondern vielmehr um die Frage, wie sich solche Prozesse aus der vorausschauenden Perspektive des Privatisierungsakteurs gleichstellungsorientiert gestalten lassen. Dieser Maßstab ist zwangsläufig eher allgemein formuliert, da er sich nicht auf einen konkreten Privatisierungsvorgang bezieht und Organisationsprivatisierungen im Konkreten sehr unterschiedlich verlaufen können, etwa im Hinblick auf die Wahl der Rechtsform oder die genauen Regelungsinhalte von Personalüberleitungsverträgen. Aber auch die mitunter abstrakte Darstellung der Vorgaben liefert – bislang kaum thematisierte – wichtige Anhaltspunkte für Privatisierungsakteure, wie sich gleichheitswidrige Organisationsprivatisierungen vermeiden lassen.

Bevor das Europarecht im Hinblick auf gleichstellungsrechtliche Vorgaben für Organisationsprivatisierungen untersucht wird, soll zunächst der europarechtliche Einfluss auf nationale Privatisierungsentscheidungen generell thematisiert werden. An diesem Einfluss zeigt sich die Privatisierungsfreundlichkeit des Euro-

1 Siehe oben unter 1.1.

2 Siehe oben unter 1.2.4.

3 Siehe dazu oben unter 2.2.

parechts, die insbesondere von den europäischen Wettbewerbsregeln bewirkt wird. Bisher werden diese Privatisierungsfreundlichkeit und der dadurch ausgeübte mittelbare Privatisierungsdruck ohne Bezug auf gleichstellungsrechtliche Vorgaben für nationale Privatisierungsvorgänge diskutiert. Nur vor dem Hintergrund der marktschützenden und wettbewerbsfördernden Normen des Europarechts lässt sich jedoch verstehen, in welchem Kontext die Durchsetzung der gleichstellungsrechtlichen Vorgaben des Europarechts für nationale Privatisierungsvorgänge zu sehen ist.

3.1 Europarechtlicher Einfluss auf nationale Privatisierungsentscheidungen

Faktisch spielt das Europarecht bei Privatisierungsentscheidungen in nahezu allen Mitgliedstaaten eine entscheidende, wenn auch unterschiedlich große Rolle.⁴ Die in Deutschland von einer breiten Öffentlichkeit zur Kenntnis genommenen Privatisierungen bei der Bahn, der Telekommunikation und beim Postdienst waren maßgeblich vom Gemeinschaftsrecht beeinflusst.⁵ Das gilt insbesondere für die europäischen sektorenspezifische Richtlinien,⁶ die eine Öffnung der entsprechenden Märkte verlangten.⁷ Unabhängig davon, auf welchen Sektor sie sich bezogen, enthielten die Richtlinien in der Regel folgende gemeinsame Elemente: Herstellen des Marktzugangs für Wettbewerber, Einrichtung einer unabhängigen Regulierungsbehörde sowie Entflechtung (*unbundling*) hoheitlicher Aufgaben von wirtschaftlichen Tätigkeiten.⁸ Die Richtlinien haben eine gravierende Veränderung der staatlichen Daseinsvorsorge zur Folge, weil sie dazu führen, dass bisher vom Staat erbrachte Versorgungs- und Entsorgungsleistungen⁹ nunmehr marktlich organisiert und finanziert werden. Da Vermarktlichung die Abschaffung von Staatsmonopolen voraussetzt, ist im europäischen Kontext Liberalisierung der zentrale Begriff. Die Europäische Kommission wird auch als „Li-

4 Vgl. die Beschreibung der Entwicklung der nationalen Dienstleistungssektoren in Großbritannien, Schweden und Deutschland einschließlich der Beschreibung des unterschiedlichen Entwicklungsstandes bei Lippert 2005, S. 31ff.

5 Deckwirth 2008, S. 534; Wieland in: Dreier 2008, Rn. 5ff.; Lippert 2005, S. 54; Weiß 2002, S. 349; Hermann/Verhoest 2008, S. 2.

6 Allein im Bahnsektor wurden zwölf Richtlinien verabschiedet. Auch der Telekommunikationsbereich ist ähnlich intensiv durch Richtlinien reguliert. Eine gute Aufbereitung und Auflistung der Richtlinien findet sich bei Lippert 2005, S. 23–30.

7 Nagel 2010a, Rn. 103ff.; Bieling/Deckwirth 2008, S. 9.

8 Deckwirth 2008, S. 535.

9 Mit Entsorgung werden alle Tätigkeiten bezeichnet, die mit der Beseitigung oder Verwertung von Abfall zu tun haben.

beralisierungsmotor“¹⁰ oder „Privatisierungsmotor“¹¹ bezeichnet. Bis 1990 gab es beispielsweise in den Netzwerkbranchen¹² in Deutschland kaum Liberalisierungsaktivitäten. Angestoßen durch die europäischen Richtlinien zählt Deutschland inzwischen im europäischen Vergleich zu den Vorreiterländern, was die Öffnung von Dienstleistungsmärkten angeht.¹³

Zwischen Liberalisierung und Privatisierung besteht ein enger Zusammenhang, weil das Ziel einer Liberalisierung, nämlich der Marktzugang von privaten Anbietern, oft zu einer Organisationsprivatisierung der im jeweiligen Sektor tätigen staatlichen Unternehmen führt.¹⁴ Dies wiederum geht auf die Annahme zurück, dass öffentliche Unternehmen wegen der Bindung an öffentliches Haushalts- und Dienstrecht und der damit verbundenen Handlungseinschränkungen nicht im Wettbewerb mit Privaten bestehen können. Diese Annahme ist so wirkmächtig, dass ein Wechsel zu einer privaten Rechtsform selbst dann vollzogen wird, wenn die betreffenden Liberalisierungsrichtlinien keine entsprechende Vorgabe enthalten. Der Organisationsprivatisierung folgt früher oder später zumeist auch eine Aufgabenprivatisierung.¹⁵

Dieser faktische Einfluss der Liberalisierungsrichtlinien auf Privatisierungsentscheidungen in Deutschland ist unbestritten.¹⁶ Im europäischen Primär- und Sekundärrecht hingegen sucht man den Begriff der Privatisierung vergeblich. Privatisierung ist weder ein Rechtsbegriff noch ein Rechtsbereich im Gemeinschaftsrecht. Es besteht daher Einigkeit, dass sich aus dem Gemeinschaftsrecht kein *unmittelbares Privatisierungsgebot* an die Mitgliedstaaten oder gar ein Verbot wirtschaftlicher Staatstätigkeit ergibt.¹⁷ Dem steht nicht entgegen, dass der Europäischen Union spätestens seit Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages das „Modell einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ zugrunde liegt¹⁸ (vgl. Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 120, S.2 AEUV (ex-Art. 4 Abs. 1 i.V.m. ex-Art. 98 S. 2 EGV).¹⁹ Mit der Entscheidung für dieses bestimmte Wirtschaftsmodell geht der Vorrang von privater vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit einher: Private Wirtschaftstätigkeit ist der gewünschte Regelfall und staatliche Wirt-

10 Dickhaus/Dietz 2005, S. 13.

11 Sterzel 2010a, Rn. 133.

12 Unter dem Begriff Netzwerkbranchen werden zumeist die Bereiche Telekommunikation, Strom-, Gas- und Wasserverteilung zusammengefasst.

13 Vgl. Lippert 2005, S. 55.

14 Hermann/Verhoest 2008, S. 5.

15 Siehe dazu die Beispiele oben unter 1.2.1.1.

16 Vgl. die ausführliche Darstellung bei Weiß 2002, S. 390ff.

17 Statt vieler Weiss 2003, S. 94; Kämmerer 2001, S. 89 m.w.N.

18 Lämmerzahl 2007, S. 131; Weiss 2003, S. 92.

19 Siehe auch die Darstellung des Einflusses des Ordoliberalismus auf die Wirtschaftsordnung der Europäischen Gemeinschaften bei More 2003, S. 518ff.

schaftstätigkeit ist der rechtfertigungsbedürftige Ausnahmefall.²⁰ Nach dem Wortlaut des Art. 119 Abs. 1 AEUV gilt dies nicht nur für die Europäische Union, sondern auch für die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten.²¹ Aus der darin enthaltenen Aufforderung zur privaten Wirtschaftstätigkeit ergibt sich aber kein Verbot, staatlicherseits wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtungen zu unterhalten, was auf ein materielles Privatisierungsgebot hinausliefe. Das belegen die Art. 37, 106 AEUV, die die Existenz von öffentlichen Unternehmen²² voraussetzen und somit klarstellen, dass das Europarecht solche Unternehmen zumindest hinnimmt.²³

Auch grundlegende Strukturentscheidungen wie das Beihilfeverbot, die Regeln zu Monopolen sowie die Wettbewerbsregeln dienen der Absicherung des freien Wettbewerbs. Es besteht Konsens darüber, dass die Wettbewerbsregeln *mittelbaren Druck auf nationale Entscheidungen zur Privatisierung* ausüben. Als zentrale Norm kann der von Jörn Kämmerer als „Privatisierungsdirektive“²⁴ bezeichnete Art. 106 AEUV gelten. Er besagt, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen keine den europäischen Verträgen und insbesondere den Wettbewerbsregeln widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen. Daraus wird der Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen im Wirtschaftsverkehr abgeleitet.²⁵ Öffentliche Unternehmen werden wie Private ohne Sonderrechte und Privilegien behandelt. Im europäischen Kontext werden Sonderrechte als Gefahr für den freien Wettbewerb und somit als Ursache für Wettbewerbsverzerrung betrachtet. Ziel der Gleichstellung von öffentlichen mit privaten Unternehmen durch Art. 106 Abs. 1 AEUV ist daher der Abbau von Privilegien und Vorrechten von öffentlichen Unternehmen,

20 Lämmerzahl 2007, S. 134.

21 Weiß 2002, S. 349.

22 Als öffentliches Unternehmen gilt „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand auf Grund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmung, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.“; vgl. Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (Transparenzrichtlinie), ABl. EU Nr. L 195 vom 29.07.1980, S. 35–37, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EU Nr. L 318 vom 17.11.2006, S. 17–25); Wernicke in: Grabitz et al. 2011, Art. 106 AEUV Rn. 15.

23 Weiß 2002, S. 351.

24 Kämmerer 2001, S. 560.

25 ebd., S. 97; Wernicke in: Grabitz et al. 2011, Art. 106 AEUV Rn. 5; Jung in: Callies/Ruffert 2011a, Art. 106 AEUV Rn. 3.

um so Chancengleichheit für alle Unternehmensformen und Wettbewerbsfreiheit zu gewährleisten.

Im Gemeinschaftsrecht ist es für die Anwendung der Wettbewerbsregeln daher nicht entscheidend, ob ein öffentliches oder privates Unternehmen handelt, sondern der Inhalt der Dienstleistung.²⁶ Ist ein Unternehmen mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ betraut, dann gelten die Vorschriften des AEUV und insbesondere die Wettbewerbsregeln nicht, soweit die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung dieser Dienstleistungen rechtlich oder tatsächlich verhindert (vgl. Art. 106 Abs. 2 AEUV). Diese Freistellungsregel gilt allerdings für öffentliche wie private Unternehmen gleichermaßen.²⁷ Dies verdeutlicht, dass im europäischen Kontext nicht davon ausgegangen wird, der Staat könne sich um ein wie auch immer definiertes Gemeinwohl und die dafür relevanten Dienstleistungen besser kümmern als Private. Er befindet sich vielmehr auch bei den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Wettbewerb mit Privaten; dass der Staat mit seinem wirtschaftlichen Handeln Gemeinwohlinteressen vertritt und dabei einem Privaten gegenübersteht, der in einer Marktwirtschaft legitimerweise in erster Linie Gewinnerzielungsabsichten verfolgt, bleibt dabei unberücksichtigt.

Die hoheitliche Organisationsform verliert für den Staat ihre Attraktivität und private Rechtsformen gewinnen immer mehr an Bedeutung.²⁸ Mit dem Wechsel der Rechtsform im Wege einer Organisationsprivatisierung geht die Hoffnung einher, die weiterhin zu bewältigenden Aufgaben dienstleistungs- und wettbewerbsorientierter zu erledigen, also im freien Wettbewerb mit „echten“ Privaten bestehen zu können. In diesem Sinne übt der europäische Gleichbehandlungsgrundsatz mittelbar einen Druck in Richtung Organisationsprivatisierung aus.

Mit dem im Grundsatzteil des AEUV platzierten Art. 14 (ex-Art. 16 EGV) betonen die Europäische Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten zwar die Bedeutung, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die EU haben. Allerdings sagt Art. 14 AEUV ausdrücklich, dass Art. 106 AEUV, also gerade die Norm, die den Privatisierungsdruck bewirkt, bei Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Anwendung findet. Ob Art. 14 AEUV an der Richtung und der Intensität des Privatisierungsdrucks etwas ändert wird, bleibt deshalb fraglich. Positiv betrachtet zeigt Art. 14 AEUV aber, dass Daseinsvorsorge nicht auf derselben Ebene wie die Marktwirtschaft angesiedelt wird; vielmehr soll das gemeinwohlorientierte Wirtschaften gegenüber der Marktwirtschaft ge-

26 Europäische Kommission 2004b, S. 28.

27 Jung in: Callies/Ruffert 2011a, Art. 106 AEUV Rn. 3; Weiß 2002, S. 386.

28 Schmidt 1995, S. 314.

schützt werden.²⁹ Bisher wird Art. 14 AEUV eher als politische Absichtserklärung verstanden, der rechtlich lediglich geringe Durchsetzungskraft zukommt.³⁰

Die Privatisierungsfreundlichkeit des Europarechts wird durch die Regelungen zu staatlichen Monopolen verstärkt. Sie werden als grundsätzlich unvereinbar mit einem offenen Markt betrachtet. Das Europarecht untersagt zwar nicht die Bildung oder den Bestand von staatlichen Monopolen, gibt den Mitgliedstaaten aber auf, Handelsmonopole fortlaufend zu kontrollieren und sie zu verbieten, sobald sie nicht mehr gerechtfertigt sind (vgl. Art. 37 und Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV (ex-Art. 31 und ex-Art. 86 Abs. 1 i.V.m. ex-Art. 82 EGV)).³¹ Für Dienstleistungsmonopole gilt Art. 106 i.V.m. Art. 56 AEUV (ex-Art. 86 i.V.m. ex-Art. 49 EGV), wonach nicht nur der Missbrauch einer Monopolstellung untersagt, sondern schon einer Monopolbildung entgegenzuwirken ist, nämlich dann, wenn das Monopol zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung des innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehrs führen würde. Kommt es daher zu einem Abbau des Monopols, folgt dem Marktzutritt von privaten Unternehmen häufig – wie schon beschrieben – ein Rechtsformwechsel des ehemaligen öffentlichen Monopolisten, der meint, sich mit privaten Handlungsmöglichkeiten besser im Wettbewerb behaupten zu können.³²

Ein zusätzlicher mittelbarer Privatisierungsdruck auf öffentliche Unternehmen ergibt sich aus Art. 107 AEUV (ex-Art. 87 EGV). Das dort verankerte Verbot von Beihilfen besagt, dass staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Ziel dieser Vorschrift ist es, den freien Wettbewerb abzusichern. Nach der Logik des AEUV wäre dieser gefährdet, wenn einzelne Mitgliedstaaten ihren öffentlichen Unternehmen Mittel zukommen lassen, die ihnen im Wettbewerb mit privaten Unternehmen Vorteile verschaffen.³³ Daher gilt im Europarecht ein weiterer Beihilfebegriff. Unter Beihilfe wird jede staatliche Maßnahme verstanden, die sich als Zuwendung aus staatlichen Mitteln darstellt und dazu führt, dass ein Unternehmen von Lasten befreit wird, die es normalerweise zu tragen hätte.³⁴ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs umfasst der Beihilfebegriff nicht nur positive Leistungen, sondern auch Maßnahmen, die Belastungen vermindern, denen das Unternehmen anson-

29 Vgl. Lämmerzahl 2007, S. 141; Schmidt 2003, S. 226.

30 Jung in: Callies/Ruffert 2011b, Art. 14 AEUV Rn. 29; Lämmerzahl 2007, S. 141; Schmidt 2003, S. 239.

31 Weiß 2002, S. 361ff.

32 Siehe dazu Brandt/Schulten 2007, S. 7.

33 Lämmerzahl 2007, S. 142.

34 Weiß 2002, S. 376.

ten ausgesetzt wäre, wie beispielsweise Steuerbefreiungen.³⁵ Bei Kapitalhilfen liegt dann eine unzulässige Beihilfe vor, wenn ein privater Investor von vergleichbarer Größe und in vergleichbarer Lage eine Kapitalhilfe dieses Umfangs nicht gewährt hätte (*private investor test*).³⁶ Bei dieser hypothetischen Überlegung bleibt außer Betracht, dass eben kein „echter“ Privater handelt, sondern ein öffentliches Unternehmen, das sich am öffentlichen Interesse und nicht oder zumindest nicht ausschließlich an Rentabilitätsgesichtspunkten orientiert.³⁷

Die bisherige Darstellung macht deutlich, dass schon einzelne europarechtliche Normen mittelbaren Privatisierungsdruck zur Folge haben. Es ist aber vor allem ihr Zusammenspiel, das insgesamt einen nicht unerheblichen Druck in Richtung private Wirtschaftstätigkeit erzeugt und Entscheidungen auf nationaler Ebene über das „Ob“ einer Privatisierung beeinflusst. Der Inhalt des Neutralitätsgrundsatzes gemäß Art. 345 AEUV (ex-Art. 295 EGV) widerspricht dieser Einschätzung nicht. Er besagt, dass die grundsätzliche Eigentumsordnung den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Jeder Mitgliedstaat entscheidet selbst, ob er als Staat wirtschaftlich tätig wird und zu diesem Zweck öffentliche Unternehmen unterhält oder nicht.³⁸ Das Gemeinschaftsrecht verhält sich nur in dem Sinne neutral gegenüber Unternehmen, als es bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen unterscheidet. *Jörn Kämmerer* spricht daher präziser von der neutralisierenden Wirkung des Gemeinschaftsrechts.³⁹ Art. 345 AEUV beinhaltet demnach nur das Recht der Mitgliedstaaten, die *Zuordnung* des Eigentums zum Staat oder zu Privaten zu regeln. Das Gemeinschaftsrecht stellt aber nichtsdestotrotz Regeln für das *Verhalten* der am Wirtschaftsverkehr beteiligten Unternehmen auf, seien es nach der Eigentumsordnung des jeweiligen Mitgliedsstaates öffentliche oder private Unternehmen.⁴⁰ Bei diesen Verhaltensregeln für Unternehmen handelt es sich insbesondere um die Wettbewerbsregeln der Art. 101ff. AEUV (ex-Art. 81ff. EGV). Wie oben gezeigt, bewirken diese Regeln einen mittelbaren Privatisierungsdruck, an dem der Art. 345 AEUV nichts zu ändern vermag, da er keine Freistellung von diesen Regelungen beinhaltet.

Insgesamt verwundert es daher nicht, dass das Europarecht teilweise „als ein Privatisierungsvorgänge stimulierendes Pressionsinstrument“ bezeichnet wird,⁴¹ zumal die oben beschriebenen Liberalisierungsrichtlinien den von den

35 Vgl. Kühling in: Streinz 2012, Art. 107 AEUV Rn. 28f.

36 EuGH, C-305/89, Slg. 1991, I-1635 (1640, Rn. 19) – Italien/Kommission; Püttner 2002, S. 732.

37 Weiß 2002, S. 376.

38 Kingreen in: Callies/Ruffert 2011, Art. 345 AEUV Rn. 10.

39 Kämmerer 2001, S. 92.

40 Weiss 2003, S. 92ff.

41 Schmidt 1995, S. 307.

AEUV-Normen verursachten Privatisierungsdruck noch verstärken. Aber ähnlich wie die Richtlinien bewirkt der AEUV als Primärrecht nur einen faktischen Druck zur Organisationsprivatisierung; rechtlich verbindliche Vorgaben für Mitgliedstaaten, öffentliche Unternehmen in privatrechtlich organisierte Unternehmen umzuwandeln, lassen sich dem EG-Vertrag nicht entnehmen.

3.2 Gleichstellungsrechtliche Vorgaben des Europarechts für Organisationsprivatisierungen

Bliebe es bei der bloßen Feststellung, dass die marktschützenden und wettbewerbsfördernden Normen des Gemeinschaftsrechts einen mittelbaren Privatisierungsdruck bewirken, wäre das eine sehr einseitige Betrachtung der europäischen Verträge. Sie sind als Kompromiss der beteiligten Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Wirtschaftsverfassungen nicht nur von ordoliberalen Gedanken-gut, sondern auch von sozialpolitischen und protektionistischen Motiven geprägt.⁴² Mit den Verträgen von Maastricht und Amsterdam ist die ursprüngliche Fassung der europäischen Verträge mit ihrem eher wirtschaftsliberalen Modell durch Elemente europäischer Sozialstaatlichkeit erweitert worden.⁴³ Dem Grundsatz des offenen Marktes mit freiem Wettbewerb kommt insofern kein absoluter Geltungsanspruch zu. Mit dem Vertrag von Amsterdam ist die Gleichstellung von Männern und Frauen als ein selbstständiges Ziel der EU verankert worden (ex-Art. 2 EGV).⁴⁴ Darin liegt eine Weiterentwicklung der Gerechtigkeitskonzeption des Vertrages: Es geht nicht mehr nur um ökonomische, sondern auch um Gerechtigkeitsanliegen, zu denen die Gleichstellung der Geschlechter sowie ein hohes Maß an sozialem Schutz zählen.⁴⁵

Wie oben dargelegt, existieren derzeit zwar noch keine systematischen empirischen Untersuchungen, einzelne Studien haben jedoch gezeigt, dass Organisationsprivatisierungen zu negativen Folgen für weibliche Beschäftigte führen können.⁴⁶ Daher wird in den folgenden Abschnitten untersucht, ob aus dem europäischen Gleichstellungsrecht Vorgaben abgeleitet werden können, mit deren Hilfe sich gleichheitswidrige Organisationsprivatisierungen vermeiden lassen. Dazu wird zunächst das Gleichstellungsfördergebot gemäß Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Abs. 3 Abs. 3 EUV näher betrachtet.

42 Lämmerzahl 2007, S. 134.

43 Bogdandy in: Grabitz et al. 2000, Art. 2 EGV Rn. 33; Dieball 2000, S. 274.

44 Rudolf 2004, S. 34; Dieball 2000, S. 274.

45 Bogdandy in: Grabitz et al. 2000, Art. 2 EGV Rn. 25, 26; Rudolf 2004, S. 34.

46 Siehe oben unter 1.1.

3.2.1 Gleichstellungsfördergebot gemäß Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EUV

Seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags am 1. Dezember 2009 sind die gemeinsamen fundamentalen europäische Werte in Art. 2 Satz 1 EUV (ex-Art. 6 EUV) festgehalten: Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und Wahrung der Menschenrechte. Der in diesem Artikel verwendete Begriff Gleichheit umfasst sowohl die allgemeine Gleichheit aller Personen vor dem Gesetz, als auch die spezielle Form der Gleichheit der Geschlechter.⁴⁷ Diese Verfassungs- und materiellen Strukturprinzipien werden durch die in Art. 2 Satz 2 EUV aufgelisteten „wertenden Merkmale“⁴⁸ ergänzt und verstärkt. Dort sind Nichtdiskriminierung und die Gleichstellung von Frauen und Männern explizit als Grundsätze genannt. Art. 3 Abs. 1 EUV wiederum bezeichnet als Ziel der Union die Förderung ihrer Werte, die somit die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern einschließt. Diese allgemeine Zielsetzung wird durch Art. 3 Abs. 3 EUV verstärkt, der eine Konkretisierung der sozialen Agenda der EU enthält und ausdrücklich die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern benennt.

Nach einhelliger Meinung handelt es sich bei den Zielbestimmungen des EUV nicht um bloße Programmsätze, sondern um rechtlich verbindliche Zielvorgaben,⁴⁹ die „mit den Staatszielbestimmungen nationalstaatlicher Verfassungen aufs engste verwandt“ sind.⁵⁰ Daher enthalten Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV einen für alle EU-Organe verbindlichen Handlungsauftrag, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu befördern.⁵¹ Aus diesen Artikeln lassen sich jedoch keine subjektiven Rechte ableiten;⁵² sie dienen vielmehr als Auslegungs- und Anwendungsmaßstab für alle anderen Vertragsnormen und zur inhaltlichen Bestimmung des politischen Ermessens der Unionsorgane im Rahmen ihrer Handlungskompetenzen.⁵³

⁴⁷ Heintschel Heinegg in: Vedder/Heintschel Heinegg 2012a, Art. 2 EUV Rn. 9.

⁴⁸ Hilf/Schorkopf in: Grabitz et al. 2013, Art. 2 EUV Rn. 43.

⁴⁹ Pechstein in: Streinz 2012, Art. 3 EUV Rn. 3; Heintschel Heinegg in: Vedder/Heintschel Heinegg 2012b, Art. 3 EUV Rn. 3; Terhechte in: Grabitz et al. 2014, Art. 3 EUV Rn. 15.

⁵⁰ Ruffert in: Callies/Ruffert 2011, Art. 3 EUV Rn. 2.

⁵¹ Mückenberger et al. 2007, S. 53.

⁵² Ruffert in: Callies/Ruffert 2011, Art. 3 EUV Rn. 5; Terhechte in: Grabitz et al. 2014, Art. 3 EUV Rn. 28; Dieball 2000, S. 277.

⁵³ Geiger in: Geiger et al. 2010, Art. 3 EUV Rn. 2; Rust in: Groeben/Schwarze 2003, Rn. 163f.; Dieball 2000, S. 277; Schmidt am Busch 2000, S. 739.

3.2.1.1 Art. 8 AEUV als Zielkonfliktregel

Art. 8 AEUV besagt, dass die Union bei *allen* ihren Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. In diesem Sinne handelt es sich um eine Querschnittsaufgabe⁵⁴ bzw. Querschnittsklausel⁵⁵, die nicht nur für einzelne, spezifische Politikbereiche gilt, „sondern auch Politikbereiche umklammernde Zielvorgaben“ enthält.⁵⁶ Das Ziel Gleichstellung ist demnach bei der Ausübung des Ermessens von Unionsorganisationen als Belang zu berücksichtigen und steht den anderen Zielen der EU „völlig gleichrangig gegenüber“⁵⁷. Schwierigkeiten können im Einzelfall auftreten, wenn mehrere Ziele der Europäischen Union zu berücksichtigen sind. Der Gemeinsame Markt galt beispielsweise lange als das wesentliche und deshalb vorrangige Ziel⁵⁸ bzw. als die Spitze des in Art. 3 Abs. 3 EUV normierten Zielbündels,⁵⁹ das zudem die meisten anderen Vertragsziele fördert. Letzteres beruht auf der Annahme, dass ein größerer Markt die Produktion und damit letztendlich auch den Reichtum einer Gesellschaft steigert, was wiederum als notwendige Bedingung für die Erreichung fast aller Vertragsziele betrachtet wird, wie etwa Vollbeschäftigung oder sozialer Fortschritt.⁶⁰ Teilen der Literatur zufolge müssen bei einer Kollision von Zielen die jeweiligen Zielsetzungen miteinander in Einklang gebracht werden.⁶¹ Die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter und andere durch eine sogenannte Querschnittsklausel gestützte Ziele könnten nicht bevorzugt werden, weil es inzwischen so viele Querschnittsklauseln gebe und die Bevorzugung bestimmter Ziele praktisch nicht umsetzbar sei.⁶² Ursula Rust definiert das Verhältnis zwischen dem Ziel Gleichstellung und dem Gemeinsamen Markt folgendermaßen:

„Artikel 2 kann i.V.m. Artikel 3 Abs. 2 so auch gelesen werden als Aufgabe der Gemeinschaft durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion, die Gleichstellung von Männern und Frauen mit dem Hinwirken der Gemeinschaft auf die Beseitigung von Ungleichheiten und

54 Vgl. dazu Eichenhofer in: Streinz 2012, Art. 8 EUV Rn. 2; Kotzur in: Geiger et al. 2010b, Art. 8 AEUV Rn. 3; Dieball 2000, S. 275f.

55 Rust in: Groeben et al. 2015, Art. 8 AEUV Rn. 21; Folz in: Vedder/Heintschel Heinegg 2012b, Art. 8 AEUV Rn. 1; Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 20.

56 Kotzur in: Geiger et al. 2010b, Art. 8 AEUV Rn. 1.

57 Pirstner-Ebner 2004, S. 206.

58 Terhechte in: Grabitz et al. 2014, Art. 3 EUV Rn. 22.

59 Becker in: Schwarze et al. 2012, Art. 3 AEV Rn. 13.

60 M.w.N. Ruffert in: Callies/Ruffert 2011, Art. 3 EUV Rn. 22.

61 M.w.N. Ruffert in: Callies/Ruffert 2011, Art. 3 EUV Rn. 11; Terhechte in: Grabitz et al. 2014, Art. 3 EUV Rn. 22.

62 Siehe Ruffert in: Callies/Ruffert 2011, Art. 3 EUV Rn. 11; Terhechte in: Grabitz et al. 2014, Art. 3 EUV Rn. 22.

Förderung von Gleichstellung von Männern und Frauen bei allen Tätigkeiten zu fördern.“⁶³

Rust weist zu Recht darauf hin, dass das Gleichstellungsziel durch Art. 8 AEUV (ex-Art. 3 Abs. 2 EGV) besonders hervorgehoben wird.⁶⁴ In diesem Sinne ist Art. 8 AEUV als *Zielkonfliktregelung* und nicht als Bevorzugungsregel zu verstehen. Gleichstellung ist demnach nicht gegen andere Ziele abzuwägen, sondern muss vielmehr in andere Ziele integriert werden. Nach diesem Verständnis stehen Gleichstellung und Gemeinsamer Markt nicht als voneinander isolierte Ziele nebeneinander, die es miteinander in Einklang zu bringen gilt, sondern das Ziel Gemeinsamer Markt ist nicht ohne Gleichstellungsaspekte zu denken. Gleichstellung soll dadurch erreicht werden, dass in *allen* Bereichen gleichstellungsfördernd gehandelt wird und Gleichstellungsaspekte jeweils von Anfang an miteinbezogen werden.⁶⁵ Demzufolge gibt es beispielsweise nicht eine allgemeine Arbeitsmarktpolitik und daneben eine Gleichstellungspolitik, die besondere Maßnahmen für Frauen auf dem Arbeitsmarkt vorsieht, sondern nur eine gleichstellungsorientierte Arbeitsmarktpolitik. Die EU muss sich deshalb bei der Gestaltung von Zielen und Maßnahmen ihrer Wettbewerbs- und Liberalisierungspolitik nicht nur mit Gleichstellungsaspekten auseinandersetzen, sondern sie muss ihre Wettbewerbs- und Liberalisierungspolitik vielmehr von vornherein gleichstellungsorientiert anlegen.⁶⁶

Ein solches Verständnis geht davon aus, dass der Gleichstellung der Geschlechter im Rahmen der europäischen Zielvorstellungen ähnlich wie auch dem Umweltschutz, der durch Art. 11 AEUV (ex Art. 6 EGV) hervorgehoben wird, eine besondere Bedeutung zukommt.⁶⁷ Angesichts der ursprünglichen Wirt-

63 Rust in: Groeben/Schwarze 2003, Art. 141 Rn. 166. In der Einleitung zum Leitfaden für die Beschäftigungspolitik der EU findet sich der ähnliche Hinweis, dass die Gleichstellung der Geschlechter eine notwendige Voraussetzung zur Erreichung der EU-Ziele Wachstum, Beschäftigung und sozialer Zusammenhalt sei; siehe dazu Europäische Kommission 2008a, S. 8.

64 Rust in: Groeben/Schwarze 2003, Art. 141 Rn. 165; so auch Bogdandy in: Grabitz et al. 2000, Art. 2 EGV Rn. 58; Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 43.

65 Graue 2004, S. 192; ähnlich auch Hilf/Schorkopf in: Grabitz et al. 2013, Art. 2 EUV Rn. 15.

66 Siehe auch Pirstner-Ebner 2004, S. 205.

67 Das Gleichstellungsgebot des Art. 8 AEUV ergänzt zudem das in Art. 10 AEUV enthaltene Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die Kategorisierung Geschlecht; siehe dazu Eichenhofer in: Streinz 2012, Art. 8 EUV Rn. 1. Letzteres besagt, dass bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der EU Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts sowie weiterer Kategorisierungen, wie z.B. rassistischer Zuschreibung oder ethnischer Herkunft, zu bekämpfen sind; siehe dazu Kotzur in: Geiger et al. 2010a, Art. 10 AEUV Rn. 2.

schaftsorientierung des EG-Vertrages mag diese starke Betonung des Gleichstellungsziels irritieren; sie wird aber durch die vermehrte Berücksichtigung von sozialen Aspekten und Gerechtigkeitsansprüchen im EUV in den letzten Jahren nachvollziehbar.

3.2.1.2 Verankerung von Gender Mainstreaming: Umfassender Gleichstellungsanspruch

Die Vorschrift des Art. 8 AEUV überträgt zudem das in Art. 3 Abs. 3 EUV enthaltene Gleichstellungsziel „in den politisch-operativen Teil der Verträge“⁶⁸ und beinhaltet in diesem Sinne ein „politisches Handlungsgesetz“⁶⁹ für alle Tätigkeitsbereiche der EU. Aus dieser Norm lässt sich zwar kein subjektives Recht auf bestimmte Gleichstellungsfördermaßnahmen ableiten⁷⁰ und genauso wenig werden der EU dadurch gesonderte Handlungsbefugnisse oder Kompetenzen eingeräumt. In den Worten von *Birgit Schmidt am Busch* erhält die EU jedoch

„eine Art ‚Mitzuständigkeit‘ für Gleichstellung bei Inanspruchnahme der ausdrücklichen Zuständigkeit der EG. (...) Bei allen Tätigkeiten bzw. Maßnahmen der EG ist dem Ziel der Gleichstellung entsprechend Art. 3 Abs. 2 EGV Rechnung zu tragen.“⁷¹

Damit hat die EU die gleichstellungspolitische Strategie des Gender Mainstreaming in Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 1 EUV verankert.⁷² Es handelt sich dabei um eine gleichstellungspolitische Strategie, deren Wurzeln in der internationalen Frauenbewegung liegen und die von der Europäischen Union übernommen worden ist.⁷³ Die Europäische Kommission hat 1996 Gender Mainstreaming folgendermaßen beschrieben:

„Hierbei geht es darum, die Bemühungen um das Vorantreiben der Chancengleichheit nicht auf die Durchführung von Sondermaßnahmen für Frauen zu beschränken, sondern zur Verwirklichung der Gleichberechtigung ausdrücklich sämtliche allgemeinen politischen Konzepte und Maßnahmen einzuspannen, in-

68 Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 12.

69 Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 12.

70 Rossi in: Callies/Ruffert 2011, Art. 8 AEUV Rn. 6.

71 Schmidt am Busch 2000, S. 738.

72 Holoubek in: Schwarze et al. 2012, Art. 8 Rn. 2; Langenfeld in: Grabitz et al. 2011, Art. 157 Rn. 18; Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 11f.; Frenz 2009, Rn. 3361; Mückenberger et al. 2007, S. 52ff.; Rudolf 2004, S. 36; Graue 2004, S. 191; Pirstner-Ebner 2004, S. 205; Rust in: Groeben/Schwarze 2003, Art. 141 Rn. 167; Dieball 2000, S. 276; Schmidt am Busch 2000, S. 737.

73 Zu den Hintergründen von Gender Mainstreaming und seiner Entwicklungsgeschichte in der EU siehe z.B. Fuhrmann 2005; Frey 2004; Frey/Kuhl 2003; Huschke 2002; Stiegler 2002; Pollack/Hafner-Burton 2000.

dem nämlich die etwaigen Auswirkungen auf die Situation der Frauen bzw. der Männer bereits in der Konzeptionsphase aktiv und erkennbar integriert werden („gender perspective“).“⁷⁴

Eine rechtlich verbindliche Definition von Gender Mainstreaming gibt es bis heute nicht. Der Europarat fasst den Begriff folgendermaßen:

„Gender Mainstreaming is the (re)organisation, improvement, development and evaluation of policy processes, so that a gender equality perspective is incorporated in all policies at all levels and at all stages, by the actors normally involved in policy-making.“⁷⁵

Im Alltag der Entwicklung und Umsetzung von Konzepten und Maßnahmen bedeutet Gender Mainstreaming, mögliche gleichstellungsspezifische Folgen sämtlicher gesetzgeberischen und administrativen Entscheidungen bereits im Vorfeld zu bedenken und bei deren Gestaltung in der Weise zu berücksichtigen, dass Ungleichheiten abgebaut werden und Gleichstellung gefördert wird.⁷⁶ Mit Gender Mainstreaming geht es also nicht darum, konkrete Inhalt oder konkrete Gleichstellungsmaßnahmen vorzugeben, als vielmehr darum, ein Verfahren zur Ermittlung und Integration von Gleichstellungsaspekten zur Verfügung zu stellen, sodass den Akteuren ein weiter Spielraum für die Umsetzung des Gleichstellungsfördergebotes aus Art. 8 AEUV verbleibt.

Für die Auslegung des Art. 8 AEUV und seine Umsetzung im Rahmen von Gender Mainstreaming ist es von Bedeutung, dass diese Norm bzw. ihre Vorgängerin Art. 3 Abs. 2 EGV eine Reaktion auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs insbesondere in dessen *Kalanke*-Urteil darstellt.⁷⁷ Darin hatte der Europäische Gerichtshof eine Quotierungsregel für den öffentlichen Dienst des Landes Bremen wegen Verstoßes gegen die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie⁷⁸ für gemeinschaftswidrig erklärt,⁷⁹ weil sie bei Unterrepräsentanz von Frauen vorsah, gleichqualifizierte Frauen gegenüber Männern automatisch zu bevorzugen.⁸⁰ Die mit dem Amsterdamer Vertrag ins Primärrecht eingefügte Querschnitts-

74 Kommission der Europäischen Gemeinschaften 1996, S. 2.

75 Siehe Council of Europe 1998.

76 Ausführlich zur Strategie des Gender Mainstreaming Krell et al. 2011; Lewalter et al. 2009; Meuser/Neusüß 2004; Bothfeld et al. 2002.

77 Eichenhofer in: Streinz 2012, Art. 8 EUV Rn. 2; Rossi in: Callies/Ruffert 2011, Art. 8 AEUV Rn. 2; Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 2.

78 Richtlinie 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. EU Nr. L 039 vom 14.02.1976, S. 40–42.

79 EuGH, Urteil vom 17.10.1995 – C-450/93, Slg. 1995, I-3051, Rn. 22 – *Kalanke*.

80 Quotenregelungen mit Öffnungsklauseln, die vorschreiben, im Einzelfall zu prüfen, ob in der Person des männlichen Bewerbers Gründe vorliegen, die der Bevorzugung der

klausel in der damaligen Form des Art. 3 Abs. 2 EGV sollte ein rechtliches Signal dafür setzen, dass sich die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern nicht im Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter erschöpft, sondern dass aktive Gleichstellungspolitik durch positive Maßnahmen, beispielsweise in Form von Quotenregelungen, europarechtlich zulässig ist.⁸¹ Die Herstellung von materieller Gleichheit kann gezielte Ungleichbehandlung erfordern.

Dieser Entstehungshintergrund verdeutlicht, dass sich der Gestaltungsanspruch des Art. 8 AEUV auf die Förderung von tatsächlicher Gleichstellung bezieht und nicht auf die Herstellung formeller Gleichheit beschränkt ist.⁸² Das Konzept der formellen Gleichheit geht auf die aristotelische Ethik zurück, die besagt, dass Gleicher gleich und Ungleicher ungleich zu behandeln ist. Mit dieser Formel selbst kann nicht bestimmt werden, wer gleich und wer ungleich ist.⁸³ Vielmehr diente diese Formel lange dazu, die Ungleichbehandlung von Menschen zu rechtfertigen.⁸⁴ Das Konzept der formellen Gleichheit zielt darauf ab, allen Personen die gleichen Ausgangsbedingungen zu ermöglichen. Dafür ist es ausreichend, rechtliche Zugangshindernisse abzubauen und die Anwendung von fairen (Verfahrens-)Regeln für alle sicherzustellen. Formelle Chancengleichheit ist zum Beispiel schon dann verwirklicht, wenn für alle dieselben Voraussetzungen für den Zugang zu Bildungsinstitutionen oder bei der Vergabe von Arbeitsplätzen bestehen, wie etwa eine abgeschlossene Berufsausbildung oder die Hochschulreife. Mit dem Konzept der formellen Chancengleichheit können aber diejenigen Strukturen und Bedingungen nicht adressiert werden, die verhindern, dass bestimmte Personen die notwendigen Qualifikationen überhaupt erwerben und bei den Auswahlverfahren Berücksichtigung finden können.⁸⁵ Wenn es aber um Veränderung von gesellschaftlicher Wirklichkeit geht, dann sind genau diese Strukturen und Bedingungen, die Ausgrenzungen perpetuieren, in den Blick zu nehmen. Sie können oft nur mit sogenannten positiven Maßnahmen angegangen werden, was eine zumindest zweitweise Bevorzugung eines Geschlechts bedeutet. Weil aber nach einem formalen Verständnis von Gleichstellungsrecht Frauen und Männer aufgrund ihres Geschlechtes nicht unterschiedlich behandelt werden

Bewerberin entgegenstehen, sind mit Europarecht vereinbar; siehe dazu EuGH, Urteil vom 11.11.1997 – C-409/95, Rn. 24 – *Marschall*.

81 Siehe dazu Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 2.

82 Mückenberger et al. 2007, S. 52; Rudolf 2004, S. 34; Dieball 2000, S. 274f. Epiney und Freiermuth Abt sprechen davon, dass der Grundsatz der Geschlechtergleichheit Elemente sowohl eines formellen als auch eines materiellen Gleichheitsverständnis enthalte, über das Verhältnis der beiden zueinander aber Meinungsverschiedenheiten bestünden; siehe Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 25.

83 Siehe dazu Tobler 2005, S. 21ff.

84 Fredman 2002, S. 7; Schiek in: Schiek 2007b, Einl AGG Rn. 51ff.

85 Vgl. Fredman 2002, S. 8f.; O'Neill 1993, S. 145ff.

dürfen, erschöpft es sich in konsistenter Gleichbehandlung.⁸⁶ Die Veränderung der Geschlechterverhältnisse und die Herstellung materieller Gleichheit ist nicht Ziel eines formellen Gleichstellungsrechts.⁸⁷

Wie bei allen Zielen des EUV geht es auch bei Gleichstellung von Frauen und Männern um die Gestaltung und Veränderung der materiellen Lebensverhältnisse:

„Der von Art. 8 AEUV verkörperte Gestaltungsanspruch steht beispielhaft für die in der Union herrschende Überzeugung von der zielorientierten Steuerung sozialer Lebensverhältnisse in den Mitgliedstaaten mit Blick auf das Leitbild einer – in Art. 2 S. 2 EUV – ideal entworfenen europäischen Gesellschaft.“⁸⁸

Um dem Anspruch gerecht zu werden, Gleichstellung in der sozialen Realität zu erreichen, bedarf es eines materiellen Gleichheitsbegriffs. Substanzielle Gleichheit fordert eine Gleichverteilung der Erfolgschancen für alle gesellschaftlichen Gruppen. Sie ist dann erreicht, wenn beispielsweise Frauen und Männer aus jeweils unterschiedlichen ethnischen oder Altersgruppen eine vergleichbare Erfolgsrate aufweisen. In dieser substanzialen Lesart kann sich Gleichstellungs- politik nicht darauf beschränken, Zugangsbarrieren zu beseitigen und für alle die gleichen Startbedingungen zu schaffen. Sie muss darüber hinaus neue Möglichkeiten für Benachteiligte eröffnen, um tatsächliche Gleichstellung zu erreichen. Daher gelten hier Quotenregelungen und andere unterstützende Maßnahmen für spezifische Gruppen als adäquate Mittel, um deren Benachteiligung aktiv entgegenzuwirken.⁸⁹ Mit dieser Unterscheidung zwischen formeller und substanzialer Chancengleichheit wird auch die Debatte um Ergebnisgleichheit oder Chancengleichheit als europäisches Gleichheitskonzept obsolet. Diese Debatte hatte Generalanwalt *Tesauro* mit seinen Ausführungen in den Schlussanträgen zum *Kalanke-Urteil* angestoßen. Er war der Meinung, dass mit der Quotierungsregelung des LGG Bremen, wonach Frauen bei gleicher Qualifikation vorrangig bei Einstellung und Beförderungen berücksichtigt werden, bis sie 50 Prozent der Beschäftigten ausmachen, nicht Chancengleichheit, sondern Ergebnisgleichheit zwischen den Geschlechtern hergestellt werde. Denn Chancengleichheit sei als Gleichheit in im Hinblick auf die Ausgangssituation und nicht im Hinblick auf das Ergebnis zu verstehen. Chancengleichheit sei schon dann erreicht, wenn zwei Personen für eine Stelle die gleiche Qualifikation hätten, sich also bei der Bewerbung um eine Stelle oder eine Beförderung in der gleichen Ausgangssituat-

86 Ausführlich zum Konzept der „equality of consistency“ siehe Fredman 2002, S. 8f.

87 Schiek et al. 2007, S. 27f.

88 Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 16.

89 Grundlegend zur Unterscheidung zwischen formeller und substanzialer Chancengleichheit und den philosophischen Implikationen O’Neill 1993, S. 148ff.; siehe ferner dazu Tobler 2005, S. 25ff.

tion befänden.⁹⁰ Unter Bezugnahme auf *Tesausros* Ausführungen stellte der Europäische Gerichtshof aber in seiner *Marschall*-Entscheidung klar, dass die gleiche Qualifikation zweier Personen noch kein Beleg für verwirklichte Chancengleichheit sei; vielmehr sei die Tendenz zu beobachten, dass trotz gleicher Qualifikation männliche Bewerber bevorzugt würden. Dies hänge insbesondere mit Vorurteilen und stereotypen Vorstellung über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben zusammen. Aus diesem Grund sind Regelungen gerechtfertigt, die nicht nur formelle Hindernisse beseitigen, sondern ein Gegenwicht zu den Nachteilen darstellen, von denen Frauen im Erwerbsleben betroffen sind.⁹¹

Die Umsetzung von Art. 8 AEUV darf sich daher nicht darauf beschränken, formelle Gleichheit herzustellen, sondern muss auf materielle Gleichstellung zielen. Positive Maßnahmen dürfen daher beispielsweise nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie gegen das formelle Gleichbehandlungsgebot der EU verstößen. Im Rahmen von Gender Mainstreaming ist daher an positive Maßnahmen als eine Form der Umsetzung von Art. 8 AEUV zu denken, da sie eine Möglichkeit zum Abbau von Ungleichheit und zur Förderung von Gleichstellung darstellen. Bei der Umsetzung von Gender Mainstreaming geht es dabei nicht nur um personenbezogene Maßnahmen, sondern darum, „sämtliche strukturellen und habituellen Benachteiligungen von Frauen im Vergleich zu Männern aufgrund sozialer Vorurteile und Routinen“ zu überwinden.⁹²

Das führt als nächstes zu der Frage, was mit Abbau von Ungleichheiten und Förderung von Gleichstellung konkret gemeint ist. Wenn Kommentare zum AEUV eine Pflicht zur Gleichstellungsförderung überhaupt erwähnen, wird sie in der Regel auf ein Verschlechterungsverbot⁹³ reduziert, wonach sich durch eine Maßnahme von Unionsorganen die Gleichstellungssituation jedenfalls nicht negativ verändern darf. Zum Teil wird aber sogar davon ausgegangen, dass ein vorübergehender „regulatorischer Rückschritt“ hinzunehmen sei, wenn er in einem – nicht näher erläuterten – Gesamtzusammenhang stehe.⁹⁴

Diese Ansicht übersieht jedoch, dass ein Verschlechterungsverbot darauf abzielt, den Status quo zu erhalten; dadurch wird die Gleichstellung der Geschlechter auf dem bisherigen Niveau festgeschrieben, aber nicht vorangebracht, bestehende Ungleichheiten werden „verwaltet“ und damit perpetuiert. Eine För-

90 Generalanwalt *Tesauro*, Schlussanträge vom 06.04.1995– C-450/93, Nr. 14 – *Kalanke*.

91 EuGH, Urteil vom 11.11.1997 – C-409/95, Rn. 29ff. – *Marschall*.

92 Eichenhofer in: Streinz 2012, Art. 8 EUV Rn. 7.

93 Eichenhofer in: Streinz 2012, Art. 8 EUV Rn. 4; Rossi in: Callies/Ruffert 2011, Art. 8 AEUV Rn. 5 hält die Existenz eines Verschlechterungsverbotes zwar für fraglich, von der rechtspolitischen Zielsetzung her aber für gedeckt.

94 Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 27.

derpflicht drückt demgegenüber die Notwendigkeit aus, eine defizitäre Situation verbessern zu müssen. Die jährlichen Gleichstellungsberichte der Europäischen Kommission zeigen auf, wo Gleichstellungsdefizite zu verzeichnen sind und Handlungsbedarf besteht.⁹⁵ Konsequenterweise muss das europarechtliche Gleichstellungsfördergebot nicht nur ein Verschlechterungsverbot als Untermoßverbot, sondern darüber hinaus ein Optimierungsgebot enthalten. Diese Interpretation wird auch dadurch bestätigt, dass der damalige Art. 3 Abs. 3 EGV a.F. (Art. 8 AEUV n.F.) und die darin verankerte Strategie des Gender Mainstreaming eingeführt wurden, weil im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter zu wenig Fortschritte zu verzeichnen waren.⁹⁶

Das Verschlechterungsverbot wie auch das Optimierungsgebot verlangen eine Prognose über die möglichen Auswirkungen einer geplanten Maßnahme auf die Gleichstellung der Geschlechter. Dazu ist es notwendig, Gleichstellungsdaten zu erheben bzw. vorzuhalten und für den konkreten Fall auszuwerten.⁹⁷ Auf Grundlage dieser Daten sind dann Prognosen zu erstellen, ob sich durch die vorgesehene Maßnahme die Gleichstellungssituation positiv verändert oder nicht. Ohne eine solche Prognose sind die Unionsorgane nicht in der Lage zu bestimmen, ob sich ihr Handeln negativ oder positiv auf die Gleichstellung der Geschlechter auswirkt und ob sie dem Gleichstellungsfördergebot nachkommen.

Wenn eine Verschlechterung zu befürchten ist, sind Alternativen oder flankierende Maßnahmen zu entwickeln, um zu verhindern, dass sie tatsächlich eintritt. Aus dem Optimierungsgebot lassen sich keine konkreten Gleichstellungsmaßnahmen oder -ziele für die verschiedenen Tätigkeitsbereiche der EU ableiten; hier besteht grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum. Das Optimierungsgebot besagt aber, dass die Maßnahmen der Unionsorgane vor dem Hintergrund der Gleichstellungsdaten nachvollziehbar darlegen müssen, dass die sachbezogenen Gleichstellungsaspekte ermittelt wurden, dass ein gleichstellungsorientiertes Ziel entwickelt wurde und dass dieses Ziel bei der Entwicklung der entsprechenden Maßnahme auch berücksichtigt worden ist.

Um diese Inhalte des Gleichstellungsfördergebots in der Realität umsetzen zu können, ist für die handelnden Organe Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 1 EUV als Rechtsgrundlage für „prozedurale Argumentations-, Datenerhebungs-, Begründungs- und Prognosepflichten“ zu verstehen.⁹⁸ Damit wird für Unionsorgane eine „Bindung (...) an ein prozedurales Rationalitätsgebot“ postuliert.⁹⁹

95 Siehe zuletzt Europäische Kommission 2009.

96 Siehe dazu Kravaritou 2006, S. 250.

97 Dieball 2000, S. 277.

98 Mückenberger et al. 2007, S. 55.

99 ebd., S. 55.

Dabei handelt es sich aber nicht um rein prozedurale, inhaltsleere Pflichten. Vielmehr müssen sich diese prozeduralen Pflichten auf das oben beschriebene Verschlechterungsverbot wie auch das Optimierungsgesetz beziehen. Die Daten müssen so erhoben und ausgewertet werden, dass damit die Frage beantwortet werden kann, ob die in Rede stehende Maßnahme die Gleichstellungssituation verschlechtert oder nicht und ob und in welcher Weise konkret Gleichstellung gefördert wird. Die Beantwortung dieser Frage muss sich dann materiell im Ergebnis niederschlagen, also in dem Bericht oder dem Verordnungsentwurf zum Ausdruck kommen.

Für diesen Zweck hat die Europäische Kommission zunächst den „Leitfaden zur Bewertung geschlechtsspezifischer Auswirkungen“¹⁰⁰ entwickelt. Seit 2003 wurde von der Europäischen Kommission die sogenannte integrierte Folgenabschätzung als Standardverfahren für die Maßnahmenentwicklung verankert.¹⁰¹ Dieser Prozess führte im Juni 2005 zur Verabschiedung der „Impact Assessment Guidelines“,¹⁰² die im Januar 2009 in überarbeiteter Form veröffentlicht wurden.¹⁰³ Die Guidelines sollen die Beschäftigten anleiten, die Auswirkungen von Regelungen auf die Wirtschaft, die Umwelt und im sozialen Bereich zu untersuchen. Für den Bereich „social impacts“ finden sich zum Themenblock „gender equality, equality treatment and opportunities, non-discrimination“ unter anderem folgende Schlüsselfragen:

„Does the option affect the principle of non-discrimination, equal treatment and equal opportunities for all? Does the option have a different impact on women and men? Does the option promote equality between women and men?“¹⁰⁴

Die Gestaltung weiterer Liberalisierungsrichtlinien und andere Maßnahmen in der Europäischen Union unterliegen demnach den eben skizzierten prozeduralen Pflichten. Folglich ist im Vorfeld solcher Maßnahmen auf Grundlage von aussagekräftigen Daten eine Folgenabschätzung mit den oben genannten Fragen zu erstellen und zu ermitteln, inwiefern Gleichstellung in die Liberalisierungsziele der geplanten Maßnahme integriert ist und wie die Maßnahme zur Gleichstellung der Geschlechter beiträgt. Verstärkt sie die bestehenden Geschlechterungleichheiten auf dem Arbeitsmarkt, ist sie unzulässig.

100 Europäische Kommission 1998.

101 Europäische Kommission 2002, S. 3.

102 European Commission 2005.

103 European Commission 2009.

104 European Commission 2009, S. 34. Zu beachten sind auch die Fragen des neuen „tool kit“ „Guidance for Assessing Social Impacts within the Commission Impact Assessment Systems“, das allerdings kaum andere Fragen für Gleichstellung enthält; siehe Europäische Kommission 2009.

3.2.1.3 Bindungswirkung für nationale Organisationsprivatisierungen

Unstreitig sind die Organe der Union an diese Pflichten gebunden.¹⁰⁵ Fraglich ist, ob diese Pflichten auch für die einzelnen Mitgliedstaaten gelten und aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechtes als Prüfungs- und Gestaltungsmaßstab für nationale Organisationsprivatisierungen heranzuziehen sind. In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass die Art. 2, 3 EUV i.V.m. Art. 8 AEUV keine unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten entfalten, sondern sich nur direkt an die Organe der Union richten.¹⁰⁶ Mitgliedstaaten seien nur insofern zur Förderung der Gleichstellung verpflichtet, als sie im Rahmen der europäischen Verträge handeln, etwa bei der Umsetzung europäischer Richtlinien.¹⁰⁷ Bei nationalen Privatisierungsvorgängen wird das in der Regel nicht der Fall sein, jedenfalls nicht, wenn es darum geht, über das Ob einer Organisationsprivatisierung und deren Gestaltung zu entscheiden. Wie oben beschrieben, sind Organisationsprivatisierungen in den Mitgliedstaaten oft eine Folge des faktischen Drucks des Gemeinschaftsrechts. Weil es sich dabei aber nicht um rechtlich notwendige Umsetzungsschritte europarechtlicher Vorgaben handelt, wären die Mitgliedstaaten dieser Auffassung zufolge dabei nicht an das europarechtliche Gleichstellungsfordergebot und die damit einhergehenden prozeduralen Pflichten gebunden.

Nach anderer Ansicht bindet das primärrechtliche Gleichstellungsfordergebot auch Mitgliedstaaten, sofern es sich um Bereiche handelt, in denen sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Union über Entscheidungsbefugnisse verfügen. Für die Frage der Anwendbarkeit von Art. 8 AEUV kommt es nach dieser Rechtsauffassung auf die Materie an. Dabei ist nicht nur der unmittelbare Gegenstand des einschlägigen Politikbereiches zu beachten, sondern auch, ob und wie sich die geplanten Regelungen in anderen Politikbereichen auswirken können.¹⁰⁸ Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Die Union hat keine Handlungs- und Regelungsbefugnisse im Bereich der Einkommenssteuergesetzgebung. Wenn jedoch Regelungen des Einkommensteuerrechts Einfluss auf Regelungsbereiche haben, für die die Union Handlungskompetenzen besitzt, wie beispielsweise das Recht auf Freizügigkeit oder die europäische Beschäftigungspolitik, dann sind die Mitgliedstaaten auch an die europarechtlichen Vorgaben aus diesen Berei-

¹⁰⁵ Eichenhofer in: Streinz 2012, Art. 8 EUV Rn. 3; Rossi in: Callies/Ruffert 2011, Art. 8 AEUV Rn. 4; Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 23.

¹⁰⁶ Rossi in: Callies/Ruffert 2011, Art. 8 AEUV Rn. 4.

¹⁰⁷ Schorkopf in: Grabitz et al. 2013b, Art. 8 AEUV Rn. 23.

¹⁰⁸ Mückenberger et al. greifen für diese Herleitung auf den Grundsatz des „effet utile“, den „implied power-Ansatz“ sowie das Prinzip der Gemeinschaftstreue zurück; siehe ausführlich Mückenberger et al. 2007, S. 52ff. Siehe auch Rudolf 2004, S. 44f.

chen gebunden.¹⁰⁹ Auf diese Weise haben *Ulrich Mückenberger et al.* aus der europäischen Beschäftigungsstrategie eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf das europarechtliche Gleichstellungsfördergebot im Einkommenssteuerrecht hergeleitet:

„Somit entfaltet das in Art. 3 Abs. 2 EGV niedergelegte GM [Gender Mainstreaming; d. Verf.] über das beschäftigungspolitische Kapitel des EGV auch in den Mitgliedstaaten Geltung. Es erstreckt sich dann auch nicht nur auf die Beschäftigungsmaßnahmen selbst, sondern auch auf Maßnahmen anderer Politikbereiche, deren beschäftigungspolitische Wirkungen einen geschlechterspezifischen Aspekt aufweisen oder erwarten lassen.“¹¹⁰

Für den vorliegenden Kontext bedeutet dies, dass auch bei nationalen Entscheidungen und Gestaltungen von Organisationsprivatisierungen eine Verpflichtung zur gleichstellungsrechtlichen Prognose und Begründung besteht, wenn die Organisationsprivatisierung einen Regelungsbereich betrifft oder tangiert, für den sowohl der Mitgliedsstaat Bundesrepublik Deutschland als auch die Union über Entscheidungsbefugnisse verfügen. Ähnlich wie beim Steuerrecht hat die Union auch bei Organisationsprivatisierungen an sich keine Kompetenzen; bei allem faktischen Druck bleibt es vielmehr den Mitgliedstaaten selbst überlassen, ob und in welcher Form sie öffentliche Unternehmen führen. Durch den mit ihnen einhergehenden Übergang der Arbeitsverhältnisse wirken sich Organisationsprivatisierungen allerdings auch in einem Bereich aus, auf dem die Union Handlungsbefugnisse besitzt, nämlich die europäische Beschäftigungspolitik (vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, ex-Art. 2 EUV; Art. 145–150 AEUV, ex-Art. 125–130 EGV). Dieses Schlagwort bezeichnet keine eigenständige Beschäftigungspolitik der Union, sondern die Koordination der Beschäftigungspolitiken der Mitgliedstaaten. Seit einer Sondertagung des Europäischen Rates in Luxemburg 1997 werden jedes Jahr beschäftigungspolitische Leitlinien der EU beschlossen, in denen Politikfelder und Aktionsschwerpunkte benannt, Ziele bestimmt und Instrumente vorgeschlagen werden.¹¹¹ Diese Leitlinien sind das Ergebnis eines Konsultationsprozesses zwischen der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten, die vor dem Hintergrund der gemeinsamen Beschäftigungsleitlinien wiederum nationale Aktionspläne erarbeiten.¹¹² Die derzeit gültigen europäischen Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen verpflichten die Mitglied-

¹⁰⁹ Siehe die ausführliche Darstellung bei Mückenberger et al. 2007, S. 64ff.

¹¹⁰ ebd, S. 66.

¹¹¹ Die aktuellen Leitlinien wurden am 21.10.2010 beschlossen; vgl. Beschluss des Rates vom 21.10.2010, (2010/707/EU), ABl. EU Nr. L 308 vom 24.11.2010, S. 46. Mit Beschluss vom 06.05.2014 erklärte der Rat diese Leitlinien für bis Ende 2014 weiterhin gültig; siehe dazu ABl. EU Nr. L 165 vom 04.06.2014, S. 50.

¹¹² Maier 2002, S. 168.

staaten, die Erwerbsbeteiligung und die Arbeitsmarkteingliederung von Frauen zu erhöhen und die Gleichstellung der Geschlechter auf dem Arbeitsmarkt sowie die gleiche Entlohnung zu fördern.¹¹³

Eine Organisationsprivatisierung dient nicht in erster Linie als Beschäftigungsmaßnahme, sondern hauptsächlich dazu, die Rechtsform einer öffentlichen Einrichtung zu ändern. Sie hat aber Auswirkungen auf die Beschäftigten: Ihre Arbeitsverhältnisse gehen von dem öffentlichen Arbeitgeber auf einen privatrechtlich organisierten Arbeitgeber über. Dieser Übergang führt unter anderem zu einer Veränderung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, des Einkommens sowie der Entgeltstrukturen.¹¹⁴ In diesem Sinne haben die Regelungen, die im Rahmen einer Organisationsprivatisierung erlassen werden, beschäftigungspolitische Wirkungen und tangieren damit die europäische Beschäftigungspolitik. Daher sind die Mitgliedstaaten gehalten, bei der Regelung der Beschäftigungsverhältnisse im Rahmen einer nationalen Organisationsprivatisierung die gemeinsamen beschäftigungspolitischen Leitlinien zu beachten. Wenn die Möglichkeit besteht, dass diese beschäftigungspolitischen Wirkungen für Männer und Frauen unterschiedlich ausfallen, dann entfaltet das europarechtliche Gleichstellungsfördergebot im Sinne des Gender Mainstreaming auch in den Mitgliedstaaten Geltung.

Wie bereits dargelegt, lässt die bisherige Datenlage keine substanzierten Aussagen zu gleichstellungsspezifischen Auswirkungen von Organisationsprivatisierungen zu; jedoch ist mit guten Gründen zu vermuten, dass in ihrer Folge atypische und prekäre Beschäftigungsverhältnissen insbesondere bei weiblichen Beschäftigten zunehmen.¹¹⁵ Darüber hinaus verschlechtert sich die gleichstellungsrechtliche Situation, weil die Gleichstellungsgesetze in den privatisierten Einrichtungen nicht mehr anwendbar sind. Insofern sind die beschäftigungspolitischen Wirkungen von Organisationsprivatisierungen gleichstellungspolitisch relevant. Aus diesem Grund sind auch die Mitgliedstaaten bei der Gestaltung des Übergangs der Arbeitsverhältnisse an die in Art. 8 AEUV niedergelegte Gleichstellungsstrategie des Gender Mainstreaming gebunden.

113 Vgl. Leitlinie 7 des Beschlusses des Rates vom 21. Oktober 2010 über Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, ABl. EU Nr. L 308 vom 24.11.2010, S. 49. Siehe auch Europäische Kommission 2008a, der als Leitfaden die mit Beschäftigungspolitik betrauten Akteure bei der Entwicklung von gleichstellungsorientierten Maßnahmen unterstützen soll.

114 Siehe oben unter 1.1.3 und 1.1.4.

115 Siehe oben unter 1.1.

3.2.1.4 Vorgaben für nationale Organisationsprivatisierungen aus dem europarechtlichen Gleichstellungsfördergebot

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die beschäftigungspolitischen Leitlinien sowie das Gleichstellungsfördergebot gemäß Art. 2, 3 EUV i.V.m. Art. 8 AEUV bei der Gestaltung des Übergangs der Arbeitsrechtsverhältnisse im Rahmen von Organisationsprivatisierungen zu beachten sind. Der jeweilige Privatisierungsakteur ist demnach verpflichtet, die voraussichtlichen gleichstellungsbezogenen Wirkungen mithilfe von validen Daten vorab zu ermitteln, zu bewerten und bei der Gestaltung der Organisationsprivatisierung zu berücksichtigen. Enthält die Rechtsgrundlage einer Privatisierung hierzu lediglich formelhafte Sätze, wie zum Beispiel „Keine Gleichstellungsrelevanz vorhanden“, ohne diese Einschätzung näher zu begründen, genügt sie dieser Anforderung nicht.

Für die vorausschauende und systematische Analyse und Bewertung von Gleichstellungsfolgen wurde im Rahmen der Implementierung von Gender Mainstreaming unter anderem in den Niederlanden die Methode des „Gender Impact Assessment“ entwickelt,¹¹⁶ die von einigen anderen Ländern übernommen worden ist.¹¹⁷ Birgit Schmidt am Busch spricht von der Notwendigkeit einer Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung bzw. vom „gender proofing“.¹¹⁸ Ulrich Mückenberger et al. weisen darauf hin, dass die Analyse und Bewertung von Gleichstellungsfolgen einen Unterfall der Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) darstellt.¹¹⁹ Mithilfe einer GFA können wahrscheinliche Folgen eines Regelungsvorhabens prognostiziert bzw. im Fall von bereits geltenden Rechtsvorschriften deren tatsächliche Auswirkungen zumindest teilweise ermittelt und bewertet werden.¹²⁰ Für die Prognose bzw. Ermittlung von Gleichstellungsfolgen wurde das Verfahren der gleichstellungsorientierten GFA entwickelt.¹²¹ Das Ziel der gleichstellungsorientierten GFA ist es, die Gleichstellung der Geschlechter zu fördern und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu vermeiden.¹²² Sie stellt ein Verfahren zur Verfügung, um Maßnahmen systematisch auf ihre Gleichstellungs-wirkungen hin zu untersuchen, und unterstützt im Fall von zu erwartenden negativen Folgen die Formulierung gleichstellungsfördernder Alternativen bzw. flankierender Maßnahmen.¹²³ Auf Bundesebene existiert eine entsprechende Arbeits-

¹¹⁶ Zur Entwicklung des Instrumentes siehe Verloo/Roggeband 1996; zum Verlauf der Anwendung siehe Verloo 2008, S. 71–75; Roggeband/Verloo 2006.

¹¹⁷ Zum Beispiel Großbritannien und Süd-Australien; siehe dazu Lewalter 2010.

¹¹⁸ Schmidt am Busch 2000, S. 739.

¹¹⁹ Mückenberger et al. 2007, S. 36.

¹²⁰ Zum Verfahren der Gesetzesfolgenabschätzung siehe detailliert und grundlegend Böhret/Konzendorf 2001.

¹²¹ Ausführlichere Darstellung dazu bei Lewalter 2013b; Lewalter 2013a; Baer/Lewalter 2007.

¹²² ebd., S. 198.

¹²³ Lewalter 2013b, S. 2ff.

hilfe mit dem Titel „Geschlechterdifferenzierte Gesetzesfolgenabschätzung – Gender Mainstreaming bei der Vorbereitung von Rechtsvorschriften“.¹²⁴ Diese Arbeitshilfe enthält insbesondere Fragen nach der unterschiedlichen Betroffenheit von Frauen und Männern durch die geplante Regelung und liefert Anleitungen dazu, wie die Ergebnisse in einen Gesetzesentwurf integriert werden können.¹²⁵ Weil die gleichstellungsorientierte GFA zur Prüfung von Gesetzesvorhaben gedacht ist, scheint sie auf den ersten Blick nur für solche Organisationsprivatisierungen geeignet, die durch Gesetz umgesetzt werden. Sie käme dann für die Privatisierungen durch Rechtsgeschäft, Ausgliederung oder einen Formwechsel nicht in Betracht. Jedoch bietet die gleichstellungsorientierte GFA in einem weiten Verständnis nicht nur ein Verfahren zur Ermittlung von Gleichstellungsfolgen durch gesetzliche, sondern auch durch nichtgesetzliche Regelungen wie beispielsweise Privatisierungssatzungen von Kommunen oder Privatisierungsverträge. Korrekterweise wäre dann von einer gleichstellungsorientierten Folgenabschätzung zu sprechen.

Ein Privatisierungsakteur kann demnach seinem Gleichstellungsfördergebot aus Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EUV bei Organisationsprivatisierungen dadurch nachkommen, dass er im Vorfeld eine gleichstellungsorientierte Folgenabschätzung durchführt. Dabei hat er sich unter anderem zu fragen:¹²⁶

- Wie verändert sich die Lage der in der Einrichtung beschäftigten Frauen und Männer durch die Organisationsprivatisierung in rechtlicher und faktischer Hinsicht? Verbessert oder verschlechtert sich die Lage und was sind die Gründe dafür? Wenn es zu einem Stellenabbau kommt, sind weibliche und männliche Beschäftigte davon gleichermaßen betroffen? Nehmen Männer und Frauen das Angebot einer Abfindung oder Frühverrentung unterschiedlich häufig wahr? Haben Frauen und Männer bei neuen Stellen, die im Rahmen der Organisationsprivatisierung geschaffen werden, gleiche Zugangsmöglichkeiten? Betreffen die Veränderungen der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen beide Geschlechter gleichermaßen und handelt es sich um unmittelbare oder mittelbare Auswirkungen? Wenn es Unterschiede gibt, worin liegen diese und wie sind sie aus gleichstellungspolitischer Sicht zu bewerten? Wenn es im Rahmen von Organisationsprivatisierung zur Zunahme von prekären atypischen Beschäftigungsverhältnissen kommt, sind davon mehr Frauen oder mehr Männer betroffen? Welche Folgen hat das für die Alterssicherung?
- Beruht die Folgenabschätzung dazu auf Daten oder Schätzungen? Nehmen die Daten nur auf Geschlecht oder auch auf weitere Kategorisierungen Bezug?

124 BMFSFJ 2007.

125 BMFSFJ 2007, S. 12ff.

126 Die Fragen wurden in Anlehnung an die Fragen aus der oben genannten Arbeitshilfe formuliert; siehe BMFSFJ 2007, S. 10f.

- Wie sind die unmittelbaren und mittelbaren Folgen der Organisationsprivatisierung auf Frauen und auf Männer im Hinblick auf gleichstellungspolitische Ziele wie etwa die Verringerung der Entgeltungleichheit oder die Steigerung der Erwerbsbeteiligung von Frauen zu bewerten?

Um das Verschlechterungsverbot einzuhalten, ist im Rahmen einer gleichstellungsorientierten GFA auch zu prüfen, ob es gleichstellungsorientierte Alternativen zu einer Organisationsprivatisierung gibt. So kann die öffentliche Einrichtung beispielsweise statt in eine Eigengesellschaft auch in einen Regiebetrieb umgewandelt werden. Damit ließe sich der gleichstellungsrechtliche Status quo erhalten, weil ein Regiebetrieb im Gegensatz zu einer Eigengesellschaft weiterhin den öffentlichen Gleichstellungsgesetzen unterliegt. Sprechen aber andere Gründe gegen die Umwandlung in einen Regiebetrieb, müssen flankierende Maßnahmen entwickelt werden, um einen Rückschritt bei der Gleichstellung zu verhindern. Wie bereits beschrieben,¹²⁷ stehen dafür mehrere Handlungsoptionen zur Verfügung, darunter der Abschluss eines Tarifvertrages oder einer Dienstvereinbarung. Wegen des Verschlechterungsverbotes muss sich der Privatisierungsakteur für diejenige Handlungsoption entscheiden, die den Ergebnissen der im Vorfeld durchgeführten gleichstellungsorientierten GFA zufolge einen Abbau von Gleichstellungsrecht tatsächlich verhindert. Das kann dazu führen, dass sich der Handlungsspielraum des Privatisierungsakteurs auf eine einzige Handlungsoption verkürzt. Setzt sich ein Privatisierungsakteur erkennbar nicht mit dem drohenden Abbau von Gleichstellungsrecht auseinander, verstößt er damit gegen das Gleichstellungsfördergebot aus Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EGV.

Beim Gleichstellungsfördergebot geht es darum, vor dem Hintergrund der mit validen Daten aufbereiteten Gleichstellungssituation Maßnahmen zu entwickeln, die über die Einhaltung des Verschlechterungsverbotes und damit den Erhalt des Status quo hinausgehen. Die Frage, welche Gleichstellungsfördermaßnahmen hierfür geeignet sind, kann nicht allgemein und abstrakt, sondern nur in Bezug auf die konkrete Gleichstellungssituation vor Ort beantwortet werden. Daher seien an dieser Stelle nur zwei illustrierende Beispiele genannt: Zeigt die gleichstellungsorientierte GFA, dass in der öffentlichen Einrichtung bisher nur sehr wenige Frauen in Führungspositionen tätig sind, könnte eine entsprechende Quotierungsregel für Frauen in die Rechtsgrundlage der Organisationsprivatisierung aufgenommen werden.¹²⁸ Was die Entgeltsituation angeht, muss ein Privatisierungsakteur zunächst ermitteln, wie es um die Entgelte von Frauen und Männern in der von der geplanten Organisationsprivatisierung betroffenen

¹²⁷ Siehe oben unter 2.2.

¹²⁸ Zum 2015 beschlossenen Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, das eine Quotierungsregel für Aufsichtsräte vorsieht, siehe unter 1.1.

öffentlichen Einrichtung bestellt ist. Lässt sich ein Unterschied feststellen, müssen die konkreten betrieblichen Ursachenfaktoren identifiziert werden. Die Ergebnisse dieser Analyse sind dann bei der Gestaltung der Organisationsprivatisierung zu berücksichtigen. Das kann zum Beispiel bedeuten, der Leitung der privatisierten Einrichtung im Privatisierungsgesetz bzw. in der Privatisierungssatzung aufzugeben, die identifizierten Ursachenbereiche der Entgeltungleichheit mit flankierenden Maßnahmen zu adressieren. Im Idealfall wird hierzu bereits vor der Privatisierung einer diesbezügliche Dienstvereinbarung, zumindest aber nach der Privatisierung eine entsprechende Betriebsvereinbarung abgeschlossen.

Das Schutzniveau für Gleichstellung bei nationalen Privatisierungen ergibt sich nicht nur aus den Zielnormen des EU-Vertrages. Die folgenden Abschnitte untersuchen, ob sich aus der Grundrechte-Charta, dem europarechtlichen Entgeltungleichheitsgebot, dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gebot zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie der sogenannten Gleichbehandlungsrichtlinie der Europäischen Union¹²⁹ Gestaltungsvorgaben für nationale Organisationsprivatisierungen ergeben.

3.2.2 Art. 23 Grundrechte-Charta

Mit dem Vertrag von Lissabon erhielt die Europäische Union erstmals einen schriftlich fixierten rechtsverbindlichen Grundrechtekatalog. Die Grundrechte-Charta ist zwar nicht in den Vertragstext inkorporiert worden, erlangt aber durch den ausdrücklichen Bezug in Art. 6 Abs. 1 EUV n.F. primärrechtlichen Status.¹³⁰ Die Grundrechte-Charta ist in sieben Titel aufgeteilt, wobei sich der dritte Titel mit den Gleichheitsrechten befasst. Dieser Titel enthält neben dem klassischen Gleichheitsrecht in Art. 20 („Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich“) spezielle Diskriminierungsverbote, darunter beispielsweise Art. 21 Abs. 1, der – anders als das GG – eine nicht abschließende Aufzählung von Kategorisierungen enthält, wie etwa Geschlecht, Hautfarbe und ethnische oder soziale Zugehörigkeit, die nicht Grundlage einer Ungleichbehandlung sein dürfen. Hinzu kommen besondere Gleichstellungs- und Schutzaufträge: Gleichberechtigung von Frauen und

129 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Gleichbehandlungsrichtlinie), ABl. EU Nr. L 204 vom 26.07.2006, S. 23–36.

130 Kokott/Sobotta 2010, S. 265; Schorkopf in: Grabitz et al. 2013a, Art. 6 EUV Rn. 28. Die Grundrechte-Charta wurde vom Grundrechtekonvent erarbeitet und am 07.12.2000 im Europäischen Parlament in Straßburg feierlich proklamiert. Rechtsverbindlichkeit erlangte sie aber erst durch den Lissabonner Vertrag. Zur Entwicklung der Grundrechte-Charta siehe Schorkopf in: Grabitz et al. 2013a, Art. 6 EUV Rn. 1ff.

Männern (Art. 23) sowie die Rechte von Kindern, älteren Menschen und von Menschen mit Behinderung (Art. 24–26).

Art. 21 enthält das unmittelbare und mittelbare Differenzierungsverbot und Art. 23 ist als umfassendes Gleichberechtigungsgebot zu verstehen, welches ein geschlechtsspezifisches unmittelbares und mittelbares folgenorientiertes Benachteiligungsverbot in allen Politikbereichen enthält und nicht nur auf die Arbeitsosphäre beschränkt ist.¹³¹

Die Grundrechte-Charta bindet aber in erster Linie die Organe der Union, also insbesondere das Parlament, den Rat, die Kommission sowie die Gerichte, den Rechnungshof, den Europäischen Rat und die Zentralbank (vgl. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der Grundrechte-Charta).¹³² Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die Mitgliedstaaten¹³³ dann an europäische Grundrechte gebunden, wenn sie „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ handeln oder wenn es bei einer Maßnahme eines Mitgliedstaats um eine „gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“ geht bzw. eine solche Maßnahme anderweitig in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.¹³⁴ Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts handelt ein Mitgliedstaat, wenn er Unionsrecht durchführt, also etwa eine europäische Richtlinie umsetzt, oder wenn nationales Recht Einschränkungen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten begründet.¹³⁵ In diesem letztgenannten, in der Literatur umstrittenen Fall geht es in der Regel darum, dass ein Mitgliedstaat aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Sicherheit Ausnahmen von den Grundfreiheiten normieren will.¹³⁶ Da dies für die Frage der

131 Hölscheidt in: Meyer 2014, S. Art. 23 Rn. 15, 22; Folz in: Vedder/Heintschel Heinegg 2012a, Art. 23 Rn. 4; Frenz 2009, Rn. 3358ff.; Kravaritou 2006, S. 237ff.

132 Borowsky in: Meyer 2014, Art. 51 Rn. 16ff.; Mayer in: Grabitz et al. 2010, nach Art. 6 EUV Rn. 48; Frenz 2009, Rn. 211ff.

133 Für Deutschland bedeutet dies, dass die Bindung an die europäischen Grundrechte auf allen staatlichen Ebenen (Bund, Länder und Gemeinden) besteht; siehe dazu Streinz/Michl in: Streinz 2012, Art. 51 Rn. 7. Wenn bei nationalen Organisationsprivatisierungen die Grundrechte-Charta anwendbar ist, dann für alle Privatisierungsakteure auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene.

134 Ständige Rechtsprechung des EuGH: Urteil vom 13.07.1989 – C-5/88, Slg. 1989, 2609 – *Wachauf*; Urteil vom 18.06.1991 – C-260/89, Slg. 1991, I-2925 – *ERT*; Urteil vom 18.12.1997 – C-309/96, Slg. 1997, I-7493 – *Annibaldi*; Urteil vom 13.04.2000 – C-292/97, Slg. 2000, I-2737 – *Karlsson u.a.*; Beschluss vom 12.11.2010 – C-339/10, Slg. 2010, I-11465 – *Asparuhov Estov*; Beschluss vom 01.03.2011 – C-457/09, Slg. 2011, I-819 – *Chartry*; Urteil vom 26.02.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1415–1418 – *Fransson*.

135 Grundlegend EuGH, Urteil vom 18.06.1991 – C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 – *ERT*; Borowsky in: Meyer 2014, Art. 51 Rn. 24; Kokott/Sobotta 2010, S. 268; Mayer in: Grabitz et al. 2010, nach Art. 6 EUV Rn. 50ff.; Frenz 2009, Rn. 224.

136 Siehe dazu Mayer in: Grabitz et al. 2010, nach Art. 6 EUV Rn. 50; Kokott/Sobotta 2010, S. 269f.; Heselhaus 2006, Rn. 35 m.w.N.

Anwendbarkeit der Grundrechte-Charta bei Organisationsprivatisierungen keine Rolle spielt, wird hierauf nicht näher eingegangen.

Unstreitig ist ein Mitgliedsstaat jedenfalls dann an die Grundrechte-Charta gebunden, wenn es um die Umsetzung europäischen Rechts wie beispielsweise einer Richtlinie oder einer Verordnung geht, auch wenn die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung Wahlmöglichkeiten haben oder Ausnahmetatbestände nutzen.¹³⁷

„In diesem Fall setzt sich im mitgliedstaatlichen Gesetz die Ausübung supranationaler Hoheitsgewalt fort. So stellt sich eine durch dieses mitgliedstaatliche Gesetz vermittelte Grundrechtsbeeinträchtigung bei funktionaler Betrachtung als eine Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Union dar. Daher ist es folgerichtig, dass sich die Rechtmäßigkeit dieser Grundrechtsbeeinträchtigung am Maßstab der Unionsgrundrechte bemisst.“¹³⁸

Die Mitgliedstaaten sind daher bei nationalen Regelungen an die europäischen Grundrechte gebunden, wenn sie „– gewissermaßen in einer ‚agency situation‘ und als ‚verlängerter Arm‘ der Union – europarechtlich veranlasst oder determiniert handeln“.¹³⁹

Nach dieser Formel wäre die Grundrechte-Charta bei Organisationsprivatisierungen in Deutschland nicht anwendbar. Trotz des oben beschriebenen faktischen Privatisierungsdrucks aufgrund der Liberalisierungsrichtlinien¹⁴⁰ enthalten weder diese Richtlinien noch sonstige Quellen des europäischen Rechts verbindliche Vorgaben, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, öffentliche Unternehmen in private Trägerschaft zu überführen oder neue private Rechtsträger zu gründen. Ein bloßer sachlicher Zusammenhang reicht für die Annahme einer *agency situation* nicht aus. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Einschätzung auch nach dem *Fransson*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 26. Februar 2013¹⁴¹ noch zutrifft.

Diesem Urteil, das für das Verständnis der Auffassung des Gerichts zum Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta zentral ist, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein schwedischer Bürger hatte eine unzutreffende Steuererklärung abgegeben, die zu einer zu geringen Zahlung von Mehrwertsteuerbeträgen führte. Deshalb waren ihm zum einen Steuerzuschläge auferlegt worden, zum anderen wurde er wegen derselben Tat aber auch wegen Steuerhinterziehung in

137 Jarass 2012, S. 459 m.w.N.

138 Ziegenhorn 2010, S. 806.

139 Borowsky in: Meyer 2014, Art. 51 Rn. 25; siehe auch Hoffmann/Rudolphi Verena 2012, S. 598; Frenz 2009, Rn. 226. Zur Unterscheidung zwischen normativer, administrativer und judikativer Durchführung siehe Jarass 2012, S. 459; Borowsky in: Meyer 2014, Art. 51 Rn. 26ff.

140 Siehe oben unter 3.1.

141 EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1415 – *Fransson*.

einem schweren Fall angeklagt. Der Betroffene sah darin einen Verstoß gegen das in Art. 50 der Grundrechte-Charta verankerten Rechts, wegen derselben Straftat nicht mehrfach strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden. Die Überprüfung des Vorgehens der schwedischen Behörden anhand des Art. 50 der Grundrechte-Charta setzt aber voraus, dass die Mitgliedstaaten bei steuerrechtlichen Maßnahmen überhaupt an die Grundrechte-Charta gebunden sind. Der Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta ergibt sich aus Art. 51 der Grundrechte-Charta. In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung betonte das Gericht zunächst, dass die Mitgliedstaaten die Grundrechte-Charta nur dann einhalten müssen, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln. Würde eine Situation hingegen nicht vom Unionsrecht erfasst, sei der Gerichtshof nicht zuständig.¹⁴² Anschließend weitete das Gericht jedoch den bisherigen Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta aus.

Das Gericht prüfte, ob es *einen Zusammenhang* zwischen der nationalstaatlichen Maßnahme und dem europäischen Recht gibt. Das Gericht bejahte dies, da es einen ausreichenden Zusammenhang zwischen der steuerlichen Sanktion und dem Strafverfahren auf der einen Seite und der Nichteinhaltung von Mitteilungspflichten auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer auf der anderen Seite sah.¹⁴³ Das Gericht wies auf die Richtlinie 2006/112/EG¹⁴⁴ hin, die in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 EUV jeden Mitgliedstaat verpflichtet, Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erhebung der geschuldeten Mehrwertsteuer zu gewährleisten und Betrug wegen nicht gezahlter Mehrwertsteuer zu bekämpfen.¹⁴⁵ Die unzutreffenden Steuererklärungen des Klägers hatten unter anderem zu hohen Nachzahlungen von Mehrwertsteuerbeträgen geführt; daher bestehe ein Zusammenhang zwischen den Steuerzuschlägen und dem Strafverfahren der schwedischen Behörden und der Mehrwertsteuerrichtlinie. Des Weiteren führte das Gericht Art. 325 AEUV ins Feld, der die Union und die Mitgliedstaaten verpflichtet, gegen rechtswidrige Handlungen vorzugehen, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, und abschreckende und wirksame Maßnahmen zu ergreifen. Aus diesem Grund besteht dem Europäischen Gerichtshof zufolge

„ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Erhebung der Mehrwertsteuereinnahmen unter Beachtung des einschlägigen Unionsrechts und der Zurverfügungstellung entsprechender Mehrwertsteuermittel für den Haushalt der Union,

¹⁴² EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1416, Rn. 21ff. /pageother – *Fransson*.

¹⁴³ EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1416, Rn. 24 – *Fransson*.

¹⁴⁴ Richtlinie 2006/112/EG vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (Mehrwertsteuerrichtlinie), ABl. EU Nr. L 347 vom 11.12.2006, S. 1–118.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1416, Rn. 25 – *Fransson*.

da jedes Versäumnis bei der Erhebung Ersterer potenziell zu einer Verringerung Letzterer führt“.¹⁴⁶

Aus diesem unmittelbaren Zusammenhang folgert das Gericht, dass die steuerlichen Sanktionen und das Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung wegen unrichtiger Angaben zur Mehrwertsteuer als Durchführung der Art. 2, 250 Abs. 1 und 273 der Richtlinie 2006/112/EG sowie von Art. 325 AEUV und somit als Durchführung von Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Grundrechte-Charta zu bewerten ist.

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Europäische Gerichtshof entgegen dem Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 der Grundrechte-Charta und trotz der intensiven Diskussionen im Grundrechtikonvent und den dort formulierten Bedenken¹⁴⁷ gegen eine Ausweitung ihres Anwendungsbereichs seine diesbezügliche Rechtsprechung nach dem Vertrag von Lissabon nicht kritisch überdacht, sondern weitergeführt und ausgeweitet hat, und dies mit einer eher schwachen, nicht überzeugenden Argumentation.¹⁴⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 24. April 2013 zum Antiterrordateigesetz seine Interpretation des *Fransson*-Urteils des Europäischen Gerichtshofs wie folgt formuliert:

„Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der eine Bindung der Mitgliedstaaten durch in der Grundrechte-Charta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloßen abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf diese ausreiche.“¹⁴⁹

Das Bundesverfassungsgericht sah zwar bezogen auf das Antiterrordateigesetz Bezüge zu Art. 16 AEUV, der jeder Person den Schutz ihrer Daten garantiert, sowie zur europäischen Datenschutzrichtlinie¹⁵⁰. Es betonte aber, dass es keine unionsrechtliche Bestimmung gibt, die Deutschland als Mitgliedstaat daran hindere oder dazu verpflichte, eine Antiterrordatei zu schaffen, oder diesbezügliche inhaltliche Vorgaben mache. Die Richtlinie selbst nehme die Datenverarbeitung,

146 EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1416, Rn. 26 – *Fransson*.

147 Siehe dazu die kenntnisreiche Darstellung bei Borowsky in: Meyer 2014, S. Art. 51 Rn. 2–9.

148 Rabe 2013, S. 1408; a.A. Weiß 2013, S. 288f. Zwar gesteht auch *Weiß* zu, dass sich das Gericht mit dem abweichenden Wortlaut und den Argumenten des Generalanwalts nicht auseinandersetzt. Er hält die Schlussfolgerung des Gerichts zwar für weit, letztlich aber für konsequent und richtig.

149 BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 (1501).

150 Richtlinie 95/46/EG vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EU Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31–39.

die unter anderem die öffentliche Sicherheit beträfe, ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus (vgl. Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 95/46/EG). Ferner gäbe es zwar mittelbare Einflüsse zwischen dem Antiterrordateigesetz und dem Funktionieren unionsrechtlich geordneter Rechtsbeziehungen, aber gerade dieser nur mittelbare Einfluss reiche für eine Anwendung der Grundrechte-Charta nicht aus.¹⁵¹ Das Gericht lehnte deshalb eine Bindung Deutschlands an die Grundrechte-Charta in diesem Fall ab.

Die *Fransson*-Entscheidung des EuGH hat demnach die Anwendbarkeit des Art. 51 Grundrechte-Charta ausgeweitet, aber in der Rezeption des Urteils herrscht noch Unklarheit, wie das dort aufgestellte Tatbestandsmerkmal eines Zusammenhangs zwischen nationaler Maßnahme und den Bezügen zum Unionsrecht zu fassen ist. Insbesondere ist fraglich, ob es für die Einordnung einer nationalen Maßnahme als „Durchführung des Unionsrechts“ genügt, wenn zwischen beiden lediglich irgendein Zusammenhang besteht, oder ob es sich um einen unmittelbaren Zusammenhang handeln muss, etwa in der Form, dass die nationale Maßnahme dem Ziel einer europäischen Richtlinie dient. Teile der Literatur sowie das Bundesverfassungsgericht sprechen sich jedenfalls dagegen aus, irgendeinen beliebigen Zusammenhang genügen zu lassen.

Für die Frage, ob nationale Organisationsprivatisierungen an den Unionsgrundrechten aus der Grundrechte-Charta zu messen sind, kommt es aber entscheidend darauf, welcher Art der geforderte Zusammenhang sein muss. Privatisierungen im Allgemeinen und damit auch Organisationsprivatisierungen im Besonderen stehen im Zusammenhang mit der Liberalisierungs- und Wettbewerbspolitik der Europäischen Union. Nationalstaatliche Organisationsprivatisierungen könnten deshalb als Umsetzung beispielsweise der Liberalisierungsrichtlinien in den jeweils einschlägigen wirtschaftlichen Sektoren interpretiert werden. Wie oben ausgeführt, bestehen die Kernelemente dieser Richtlinien in der Herstellung des Marktzugangs, der Einrichtung einer unabhängigen Regulierungsbehörde und der Entkoppelung hoheitlicher Aufgaben von wirtschaftlichen Aufgaben.¹⁵² Sie enthalten aber gerade nicht die Vorgabe, öffentliche Unternehmen zu verkaufen oder in privater Rechtsform zu führen. In diesem Sinne besteht zwar eine Verbindung, aber kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Organisationsprivatisierungen und Liberalisierungsrichtlinien. Ein solcher unmittelbarer Zusammenhang könnte aber auch mit den beschäftigungspolitischen Leitlinien der EU und den Art. 145–150 AEUV bestehen. Wie oben ausgeführt, wirken sich Organisationsprivatisierungen massiv auf die Arbeitsverhältnisse und -bedingungen der Beschäftigten aus; weil sie beschäftigungspolitische Wirkungen zeigen, tangieren sie zwangsläufig auch die Europäische Beschäftigungspolitik.

151 BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 (1501).

152 Siehe oben unter 3.1.

Folgt man dieser Rechtsprechung, sind die EU-Mitgliedstaaten bei nationalstaatlichen Organisationsprivatisierungen nicht an die Grundrechte-Charta gebunden. Zwar weisen diese Vorgänge sachliche Bezüge zum Anwendungsbereich europäischer Liberalisierungsrichtlinien auf und aufgrund ihrer tatsächlichen beschäftigungspolitischen Auswirkungen berühren sie auch die Europäische Beschäftigungspolitik; allerdings handelt sich um lediglich mittelbare Einflüsse und Zusammenhänge, die für sich genommen nicht zur Anwendung der Grundrechte-Charta ausreichen.

Ein Blick in die Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón* im erwähnten *Fransson*-Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof zeigt, dass es gute Gründe gibt, für die Anwendung der Grundrechte-Charta nicht jeden sachlichen oder mittelbaren Zusammenhang zwischen einer nationalen Maßnahme und dem Unionsrecht ausreichen zu lassen.¹⁵³ Nach *Villalóns* Ansicht rechtfertigt die bloße Existenz der Mehrwertsteuerrichtlinie es nicht, das Vorgehen der schwedischen Behörden gegen *Fransson* als Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 der Grundrechte-Charta einzustufen. Dabei stützte er sich auf folgende Argumentation: In der Regel obliegt es den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer nationalen verfassungsgemäßen Ordnung und ihrer nationalen Verpflichtungen, Handlungen der staatlichen Gewalten zu kontrollieren. Eine Ausnahme von dieser Regel ist dann gerechtfertigt, wenn die nationale öffentliche Gewalt das europäische Recht anwendet (Regel-Ausnahme-Beziehung). Die Ausnahme, die eine Verlagerung der Verantwortung für die Gewährleistung der Grundrechte vom Mitgliedstaat auf die Union zur Folge hat, ist nur dann legitim, wenn die Union ein spezifisches Interesse daran hat,

„ihre Grundrechtsvorstellungen vorrangig gegenüber den einzelnen Mitgliedstaaten durchzusetzen. Dieses Interesse der Union findet seine Stütze vor allem in der Präsenz oder sogar dem Protagonismus des Unionsrechts im nationalen Recht in der jeweiligen Fallkonstellation. Letztlich handelt es sich um Sachverhalte, in denen die Legitimation der europäischen *res publica* auf dem Spiel stehen kann (...).“¹⁵⁴

Er fordert den Gerichtshof auf, für die Kategorie „Durchführung des Rechts der Union“ eine weitergehende Kasuistik als bisher zu entwickeln, derzufolge die Verlagerung der Grundrechtsgewährleistung von den Mitgliedstaaten auf die Union grundsätzlich gerechtfertigt sein kann. Sodann sei in einer Abwägung der konkreten Umstände des Einzelfalles die Bildung eines endgültigen und ab-

153 Das Gericht setzte sich in seinem Urteil allerdings nicht mit der Argumentation *Villalóns* auseinander.

154 Generalanwalt *Villalón*, Schlussanträge vom 12.06.2012 – C-617/10, Rn. 40f. – *Fransson*; Hervorh. im Original, online verfügbar unter <http://curia.europa.eu>; zuletzt aufgesucht am 16.04.2015.

schließenden Urteils möglich.¹⁵⁵ *Villalón* hält daher anders als der Europäische Gerichtshof den Zusammenhang zwischen der Mehrwertsteuerrichtlinie und den steuerlichen Sanktionen sowie dem Strafverfahren gegen *Fransson* für zu schwach, „um ein eindeutig feststellbares Interesse der Union an der Gewährleistung dieses konkreten Grundrechts gegenüber der Union zu begründen“.¹⁵⁶ Daher sei eine Verlagerung der Grundrechtsgewährleistung auf die Union in diesem Fall unverhältnismäßig.¹⁵⁷

Übertragen auf Organisationsprivatisierungen und die damit einhergehenden Veränderungen der Beschäftigungsverhältnisse lässt sich mit Generalanwalt *Villalón* argumentieren, dass dabei die Legitimität der europäischen *res publica* nicht auf dem Spiel steht und die Union deshalb auch kein spezifisches Interesse daran hat, ihre Grundrechtsvorstellungen vorrangig gegenüber einem Mitgliedstaat durchzusetzen. Allerdings handelt es sich hierbei um eine abstrakte Einordnung von Organisationsprivatisierungen im Allgemeinen. Generalanwalt *Villalón* weist jedoch darauf hin, dass für ein abschließendes Urteil die konkreten Umstände des Einzelfalls und die Abwägung aller Faktoren von großer Bedeutung sind.¹⁵⁸ Deshalb kann für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden, dass angesichts der konkreten Umstände und Auswirkungen einer Organisationsprivatisierung die Grundrechte-Charta doch zur Anwendung kommt.

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Gleichstellungsziele der EU.¹⁵⁹ Eine effektive Unionspolitik ist nur schwer vorstellbar, wenn die Ziele der EU durch nationale Maßnahmen jedes einzelnen der inzwischen 28 Mitgliedstaaten jederzeit in allen Politikbereichen konterkariert werden können. Der Sinn und Zweck der europäischen Grundrechte im Sinne der Grundrechte-Charta ist der Schutz der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger vor der missbräuchlichen Ausübung supranationaler Hoheitsgewalt.¹⁶⁰ In der Entscheidung über eine Organisationsprivatisierung und die damit zusammenhängende Regelung von Beschäftigungsverhältnissen liegt jedoch keine Ausübung supranationaler, sondern vielmehr nationaler Hoheitsgewalt gegenüber den davon betroffenen Beschäftigten, weshalb für sie der Grundrechtsschutz der nationalen Verfassung zur Anwendung kommt.

155 Generalanwalt *Villalón*, Schlussanträge vom 12.06.2012 – C-617/10, Rn. 45f. – *Fransson*.

156 Generalanwalt *Villalón*, Schlussanträge vom 12.06.2012 – C-617/10, Rn. 57 – *Fransson*.

157 Generalanwalt *Villalón*, Schlussanträge vom 12.06.2012 – C-617/10, Rn. 63 – *Fransson*.

158 Generalanwalt *Villalón*, Schlussanträge vom 12.06.2012 – C-617/10, Rn. 46 – *Fransson*.

159 Siehe oben unter 3.2.1.3.

160 Ziegenhorn 2010, S. 807.

3.2.3 Entgeltgleichheit gemäß Art. 157 AEUV

Im ersten Kapitel dieser Arbeit wurde geschildert, dass Privatisierungen zu Lohnsenkungen bei den Beschäftigten führen können: Während die Beschäftigungsverhältnisse der Stammbelegschaft zumeist aufgrund von Vereinbarungen Bestandsschutz genießen, sehen die nach einer Privatisierung abgeschlossenen neuen Arbeitsverträgen zumeist eine geringere Entlohnung vor. Dadurch kann es zu Lohnunterschieden zwischen der Stammbelegschaft und den Neubeschäftigten bei ehemaligen Staatsmonopolisten in Höhe von bis zu 30 Prozent kommen, bei den neuen Wettbewerbern kann der Lohnunterschied im Vergleich mit den Beschäftigten bei den ehemaligen Staatsmonopolisten sogar bis zu 60 Prozent betragen.¹⁶¹ Wenn es sich dabei um die gleiche oder eine gleichwertige Tätigkeit handelt und der Lohnunterschied ausschließlich auf die Organisationsprivatisierung zurückzuführen ist, dann lässt sich diese Situation zwar als ungerecht klassifizieren; ein gleichheitsrechtliches Problem läge damit jedoch nicht vor. Denn Art. 157 AEUV (ex-Art. 141 EGV) gewährt keinen Anspruch auf einen gerechten Lohn; diese Norm soll allein verhindern, dass Männer für die gleiche bzw. gleichwertige Tätigkeit mehr Entgelt erhalten als Frauen. Es geht demnach nicht um Gerechtigkeit, sondern um Gleichbehandlung.¹⁶²

Es ist die Aufgabe anderer Vorschriften, die Beschäftigten vor den sozialen Folgen von Umstrukturierungen und Privatisierungen zu schützen, darunter beispielsweise die EU-Richtlinien zum Betriebsübergang oder zu Massenentlassungen.¹⁶³ Die negative Lohnentwicklung infolge einer Organisationsprivatisierung wird erst dann zu einem gleichheitsrechtlichen Problem, wenn weibliche Beschäftigte im Vergleich mit männlichen Beschäftigten in besonderer Weise davon betroffen sind und sich dadurch die Entgeltungleichheit zwischen den Geschlechtern verstärkt. Nach bisherigem Erkenntnisstand kann zwar mit guten Gründen vermutet, aber nicht belegt werden, dass Frauen in privatisierten Betrieben sowie bei den neuen Wettbewerbern eher stark geschlechtlich konnotierte, schlecht bezahlte Teilzeit- oder Minijobs im Dienstleistungsbereich offenstehen, die wenig berufliche Perspektive und keine eigenständige soziale Absicherung bieten. Zudem führt die Dezentralisierung und Fragmentierung von Tarifvertragsstruktu-

161 Vgl. die ausführliche Beschreibung der Folgen für die Lohnentwicklung oben unter 1.1.4.

162 Graue 2004, S. 194; vgl. auch Riesenhuber 2009, S. 204.

163 Vgl. die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebs- teilen (Betriebsübergangsrichtlinie), ABl. EU Nr. L 82 vom 22.03.2001, S. 16–20, und die Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (Massenentlassungsrichtlinie), ABl. EU Nr. L 225 vom 12.08.1998, S. 16–21.

ren dazu, dass die egalitäreren Lohnstrukturen im öffentlichen Dienst abgebaut werden, die bisher mit dafür sorgten, dass die Lohnlücke im öffentlichen Dienst zwischen Frauen und Männern geringer ist als in der Privatwirtschaft.¹⁶⁴ Fundierte Aussagen darüber sind aufgrund der fehlenden Datenlage derzeit nicht möglich. Da Organisationsprivatisierungen die Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern potenziell verstärken, untersucht der folgende Abschnitt, ob sich aus dem europarechtlichen Entgeltgleichheitsgebot Vorgaben für nationalstaatliche Organisationsprivatisierungen ergeben.

Anders als das Gleichstellungsfördergebot aus Art. 8 AEUV und die Grundrechte-Charta und ähnlich wie bei den Grundfreiheiten richtet sich das in Art. 157 AEUV verankerte Gebot der Entgeltgleichheit direkt und ausschließlich an die Mitgliedstaaten und nicht an die Unionsorgane. Die Bindung der Mitgliedstaaten an das Entgeltgleichheitsgebot ist daher unstrittig, sodass dieses Gebot auf nationalstaatliche Organisationsprivatisierungen ohne Weiteres anwendbar ist.

Im Folgenden wird zunächst der Regelungsgehalt des Art. 157 AEUV referiert. Anschließend werden hieraus dann Vorgaben für die Gestaltung nationalstaatlicher Privatisierungen, insbesondere für deren Rechtsgrundlagen entwickelt.

3.2.3.1 Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

Die Anwendung des Art. 157 AEUV setzt voraus, dass der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der Norm berührt ist. Der persönliche Geltungsbereich umfasst Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowohl in privaten Arbeitsverhältnissen als auch in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen und verpflichtet öffentliche wie private Arbeitgeber auf das Gebot der Entgeltgleichheit. Für Selbstständige gilt Art. 157 AEUV nicht.¹⁶⁵ Das Gebot der Entgeltgleichheit, das aus Wettbewerbsgründen auf Betreiben von Frankreich schon in den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 aufgenommen worden war,¹⁶⁶ hat sich insbesondere aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu einem unmittelbar anwendbaren subjektiven Recht entwickelt, auf das sich jede Bürgerin und jeder Bürger nicht nur gegenüber staatlichen Maßnahmen, sondern auch gegenüber privaten Arbeitgebern berufen kann (sog. Drittirkung).¹⁶⁷ Zudem kommt Art. 157 AEUV anders als die Grund-

¹⁶⁴ Ausführlich dazu oben unter 1.1.4.

¹⁶⁵ Krebber in: Callies/Ruffert 2011, Art. 157 AEUV Rn. 12ff.

¹⁶⁶ Zur Entstehungsgeschichte des Art. 157 AEUV (ursprünglich Art. 119 EWG-V) siehe die ausführliche Darstellung bei Langenfeld in: Grabitz et al. 2011, Art. 157 Rn. 2ff.; Rust in: Groeben/Schwarze 2003, Art. 141 Rn. 5ff.

¹⁶⁷ Bieber et al. 2011, S. 29f.; Bieback 2013, S. 726; ständige Rechtsprechung des EuGH, siehe insbesondere Urteil vom 27.03.1980 – C-129/79, Rn. 39f. – *Defrenne II*. Unionsbedienstete können sich hingegen nicht auf Art. 157 AEUV berufen; siehe Bieber et al.

freiheiten auch bei rein innerstaatlichen Konflikten zur Anwendung. Der Europäische Gerichtshof spricht explizit von einer Grundrechtsnorm und hat in seiner Rechtsprechung stets erklärt, dass das soziale Ziel des Gebots der Entgeltgleichheit Ausdruck eines Grundrechts sei.¹⁶⁸ Das Entgeltgleichheitsgebot wird zudem durch die Richtlinie 2006/54/EG¹⁶⁹ konkretisiert (vgl. Art. 4 der Richtlinie). Da diese Norm menschenrechtlich ausgestaltet ist, gilt sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit, also auch für Drittstaatenangehörige, wobei aber die Arbeits- oder Dienstverhältnisse der nationalen Gesetzgebung unterliegen müssen.¹⁷⁰

Folglich können sich die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, die von einer Organisationsprivatisierung betroffen sind, sowie Beschäftigte bei den neuen Wettbewerbern auf das Entgeltgleichheitsgebot berufen, unabhängig davon, ob sie deutsche Staatsangehörige sind oder nicht.

Der sachliche Anwendungsbereich ist gegeben, wenn es um die Frage von Entgelt im Sinne des Art. 157 Abs. 2 AEUV geht. Unter Entgelt werden die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen verstanden, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aufgrund des Dienstverhältnisses unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Neben dem Lohn im engeren Sinne umfasst das Entgelt demnach auch alle gegenwärtigen und künftigen Leistungen, sofern sie aufgrund des Arbeitsverhältnisses gewährt werden, also auch Zulagen und Zuschüsse sowie ergänzende Versorgungsleistungen, wie etwa betriebliche Renten, die in Abhängigkeit der geleisteten Dienstzeit und der Höhe des zuletzt bezahlten Gehalts berechnet werden. Leistungen auf der Grundlage eines Gesetzes fallen hingegen nicht unter den Entgeltbegriff.¹⁷¹ Die Ungleichbehandlung muss sich auf das Entgelt selbst beziehen.

Auf Arbeitsbedingungen ist Art. 157 Abs. 1 AEUV nur insofern anwendbar, als sich ihre Gestaltung automatisch auf die Höhe des Entgelts auswirkt. Dies setzt einen engen Zusammenhang zwischen der Art der Arbeitsleistung und der Höhe des Arbeitsentgelts voraus, wie es beispielsweise bei Nachtarbeit gegeben ist.¹⁷² Etliche Privatisierungsfolgen stehen zwar durchaus im Zusammenhang mit Lohnungleichheit, erfüllen aber das Tatbestandsmerkmal „entgeltbezogen“ nicht und lassen sich deshalb auch nicht mithilfe von Art. 157 AEUV ad-

2011, Rn. 35. Sie müssen sich vielmehr auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung stützen; vgl. Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 110 mit Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage.

¹⁶⁸ Siehe dazu die Darstellung bei Bieback 2013, S. 725; Frenz 2009, Rn. 3377. Achim Seifert spricht von einem sozialen Grundrecht; siehe Seifert 2015, Rn. 73.

¹⁶⁹ Siehe oben Fn. 129.

¹⁷⁰ Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 54ff.

¹⁷¹ Krebber in: Callies/Ruffert 2011, Art. 157 AEUV Rn. 20ff.; Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 58.

¹⁷² ebd., S. 61f.

ressieren. Das gilt etwa für die Vermutung, dass in den privatisierten Betrieben vermehrt „Frauenjobs“ im Dienstleistungsbereich entstehen, oft in Teilzeit oder als Minijob, obwohl dies letztendlich die bestehende horizontale und vertikale Segregation des Arbeitsmarktes und damit eine der wesentlichen Ursachen für Lohnungleichheit verstärkt. Auch die Einschätzung, dass die durch Privatisierung verursachte Destabilisierung des Tarifvertragssystems des öffentlichen Dienstes letztendlich zumindest mittelbar dazu führen kann, dass sich der im Vergleich zur Privatwirtschaft geringere Lohnunterschied zwischen den Geschlechtern vergrößern wird, ist als gesellschaftliche Rahmenbedingung der Entgeltentwicklung nicht mit dem europäischen Entgeltgleichheitsgebot zu fassen. Denn dieses Gebot bezieht sich nur auf die konkreten, betrieblichen Entgeltsysteme, unabhängig davon, ob diese von privaten oder staatlichen Arbeitgebern gestaltet worden sind. Deshalb konnte durch Berufung auf das Entgeltgleichheitsgebot erreicht werden, dass typische „Frauentätigkeiten“ wie Reinigungsarbeiten oder Pflegedienste nicht per se schlechter entlohnt werden als typische Männerberufe, die lange Zeit traditionell als schwerer galten und daher besser bezahlt wurden.¹⁷³ Bis heute hat sich aber kaum etwas daran geändert, dass Frauen aus einem engen Berufsspektrum auswählen und frauentytische Berufe ergreifen.¹⁷⁴ Staatliche Maßnahmen oder vom Staat geförderte Entwicklungen, die diese geschlechtsspezifische Berufswahl verstärken, können nicht mit dem europäischen Entgeltgleichheitsgebot angegriffen werden.

Ein neues Entgeltsystem, das im Zuge einer Organisationsprivatisierung in dem nunmehr privatisierten Betrieb eingeführt wird, ist hingegen an den Anforderungen des Entgeltgleichheitsgebots zu messen. Wenn im Rahmen einer Organisationsprivatisierung neue Dienstleistungsjobs entstehen, die eher von Frauen angenommen werden, dann dürfen diese deshalb weder einzel- noch tarifvertraglich schlechter bewertet und damit schlechter entlohnt werden als gleiche oder gleichwertige „Männerjobs“. Diese Vorgabe gilt für ehemals staatliche und nunmehr privatisierte Betriebe wie auch für neue Wettbewerber. Bei der Bewertung der neuen Dienstleistungsjobs sind die Erkenntnisse der diskriminierungsfreien Arbeitsbewertung zu berücksichtigen.¹⁷⁵ Wenn es infolge einer Organisationsprivatisierung zu einem Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot kommt, können die davon betroffenen Beschäftigten im Klageweg dagegen vorgehen, und zwar sowohl die Beschäftigten der ehemals öffentlichen Einrichtung wie auch die Beschäftigten bei den neuen Wettbewerbern.

173 Winter 2010, S. 321f.

174 BMFSFJ 2013, S. 96ff.; BMFSFJ 2009a, S. 11.

175 Ausführlich dazu Krell/Winter 2011.

3.2.3.2 Gleiche bzw. gleichwertige Arbeit

Der Grundsatz der Entgeltgleichheit ist verletzt, wenn für gleiche bzw. für gleichwertige Arbeit nicht das gleiche Entgelt gezahlt wird. Um gleiche Arbeit handelt es sich dann,

„wenn der Inhalt der Tätigkeit derselbe ist oder die Tätigkeiten einander so ähnlich sind, dass die Beschäftigten gegeneinander ausgetauscht werden könnten. Dabei kommt es auf die tatsächlichen Anforderungen des Arbeitsplatzes an, nicht auf vertragliche Vereinbarung oder tarifliche Einstufung. Der Europäische Gerichtshof stellt weitergehend auf die Faktoren ‚Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen‘ ab.“¹⁷⁶

Um festzustellen, ob Tätigkeiten gleichwertig sind, werden der Gegenstand der Arbeitsleistung, die Belastung, die Verantwortung, die Vorkenntnisse sowie die Arbeitsumstände betrachtet.¹⁷⁷ Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich die zu bewertenden Tätigkeiten als solche ähneln; auch äußerlich sehr verschiedene Tätigkeiten, wie beispielsweise die Arbeit einer Krankenschwester und die eines Technikers, können gleichwertig sein.

Das Tatbestandsmerkmal „gleichwertige Arbeit“ ermöglicht es, mithilfe des Art. 157 AEUV gegen die tradierte Unterbewertung von Tätigkeiten in frauendominierten Arbeitsbereichen vorzugehen.¹⁷⁸ Da weder Art. 157 AEUV noch die einschlägige Richtlinie 2006/54/EG Kriterien für die Vergleichbarkeit von Arbeit enthalten, hat der Europäische Gerichtshof Voraussetzungen für diskriminierungsfreie Entgeltsysteme formuliert:¹⁷⁹

- (1) Entgeltsysteme müssen durchschaubar sein, also mit objektiven und nachvollziehbaren Kriterien operieren.
- (2) Es müssen dieselben Kriterien zur Arbeitsbewertung verwendet werden, unabhängig davon, ob es sich um frauen- oder männerdominierte Tätigkeitsbereiche handelt.¹⁸⁰
- (3) Jedes Kriterium muss diskriminierungsfrei angewendet werden.

176 Seifert 2015, Rn. 76.

177 ebd, Rn. 77.

178 Winter 2010, S. 323f. Zu den historischen Wurzeln der Unterbewertung von sogenannten Frauenberufen siehe BMFSFJ 2013, S. 92ff.

179 Zu nennen sind hier insbesondere folgende Urteile des EuGH: vom 17.10.1989 – C-109/88, NZA 1990, 772 – *Danfoss*; vom 27.10.1993 – C-127/92, NZA 1994, 797 – *Enderby*; vom 30.03.2000 – C-236/98, AP Nr. 15 zu EWG-Richtlinie Nr. 75/117 – *JämO*; vom 17.09.2001 – C-320/00, NJW 2002, 3160 – *Lawrence u.a.*; vom 03.10.2006 – C-17-5, NZA 2006, 1205 – *Cadman*.

180 Eine diskriminierungsfreie Arbeitsbewertung ist Teil eines diskriminierungsfreien Entgeltsystems.

- (4) Die Kriterien müssen in ihrer Gesamtheit der Art der zu verrichtenden Arbeit Rechnung tragen.¹⁸¹

Im Zusammenhang mit möglichen Gleichstellungsfolgen einer Organisationsprivatisierung kommen zwei Konstellationen in Betracht:

- (1) *Vergleich zwischen Neubeschäftigten und der Stammbelegschaft*: Unter dem Gesichtspunkt der gleichen bzw. gleichwertigen Arbeit ist ein Vergleich zwischen den Neubeschäftigten und der Stammbelegschaft vorzunehmen. Studien haben gezeigt, dass nach der Privatisierung bei der Deutschen Post neu Eingestellte bis zu 30 Prozent weniger Lohn erhielten als ihre Kollegen aus der Stammbelegschaft, für die Bestandschutzregeln gelten.¹⁸² Erhalten weibliche Neubeschäftigte für die gleiche bzw. gleichwertige Arbeit weniger Entgelt als die schon vorher beschäftigten männlichen Kollegen, liegt darin ein Verstoß gegen Art. 157 Abs. 1 AEUV, soweit die anderen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.
- (2) *Vergleich zwischen den Beschäftigten öffentlicher Einrichtungen und den Beschäftigten privatisierter Einrichtungen*: Führt eine Gemeinde oder auch ein Stadtstaat Organisationsprivatisierungen öffentlicher Einrichtungen vor allem in denjenigen Bereichen durch, in denen mehr Frauen als Männer arbeiten, könnte dies dazu führen, dass in den nunmehr privatisierten Betrieben zumindest für die zumeist weiblichen Neubeschäftigten aufgrund der veränderten Tarifsituation für gleiche oder gleichwertige Arbeit weniger bezahlt wird als in den nicht privatisierten Betrieben in eher „männerdominierten“ Bereichen. So wurden beispielsweise in Berlin Krankenhäuser und damit ein „frauendominiertes“ Bereich privatisiert und in einer GmbH zusammengefasst,¹⁸³ während die Berliner Stadtreinigungsbetriebe mit ihrer überwiegend männlichen Belegschaft weiterhin als öffentliche Anstalt geführt werden.

Um die Entgeltsysteme nach einer Organisationsprivatisierung diskriminierungsfrei zu gestalten, sind beide Konstellationen nach den oben genannten Kriterien des Europäischen Gerichtshofs zu prüfen. Falls diese Prüfung ergibt, dass bestimmte Tätigkeiten gleichwertig sind, müssen die Entgeltsysteme in der privatisierten Einrichtung entsprechend ausgestaltet werden.

¹⁸¹ Winter 2010, S. 324.

¹⁸² Brandt/Schulten 2008, S. 81; ECORYS Nederland BV 2008b, S. 371; Atzmüller/Hermann 2004, S. 101 sowie oben unter 1.1.4.

¹⁸³ Siehe dazu oben unter 2.1.

3.2.3.3 Einheitliche Quelle der Ungleichbehandlung

Art. 157 AEUV kann nur gegenüber „einem Urheber“ geltend gemacht werden. Nur diejenige Einheit im Sinne einer einheitlichen Quelle, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich ist, kann sie auch beseitigen.¹⁸⁴ Dabei muss die Ungleichbehandlung nicht vom gleichen Arbeitgeber ausgehen, sondern es ist ausreichend, wenn die Ungleichbehandlung auf ein und denselben Ursprung zurückzuführen ist, wie beispielsweise ein Gesetz oder einen Tarifvertrag.

Bisher hat der Europäische Gerichtshof ausschließlich Fälle von funktionaler Privatisierung¹⁸⁵ im Hinblick auf Verletzungen des Entgeltgleichheitsgebots geprüft und einen Verstoß jeweils abgelehnt, weil die Voraussetzung eines einheitlichen Ursprungs der Ungleichbehandlung nicht vorlag. Fraglich ist, ob die Argumentation aus dieser Rechtsprechung zur funktionalen Privatisierung auf Organisationsprivatisierungen übertragen werden kann. Um diese Frage beantworten zu können, werden die einschlägigen Urteile zunächst näher skizziert.

Der Generalanwalt *L. A. Geelhoed* hielt in der *Rechtssache Lawrence* einen Vergleich mit Arbeitnehmenden von unterschiedlichen Unternehmen dann für möglich, wenn die fragliche Bestimmung auf ein und denselben Ursprung zurückgeht, sei es ein Gesetz, ein Tarifvertrag oder die Leitung eines Konzerns. Ansonsten müsse die Ungleichbehandlung vom selben Arbeitgeber ausgehen.¹⁸⁶ In dem genannten Verfahren ging es um folgenden Sachverhalt: Der County Council von North Yorkshire (Großbritannien) hatte bis etwa 1990 den Reinigungsdienst und die Kantinen in den ihm unterstehenden schulischen Einrichtungen mithilfe von überwiegend weiblichen Beschäftigten selbst betrieben. Nach einer öffentlichen Ausschreibung wurden diese Tätigkeiten einem privaten Betreiber übertragen. Die Arbeitsverhältnisse waren nicht mehr verlängert worden. Der neue Betreiber stellte einige der zuvor beim Council Beschäftigten für dieselben Tätigkeiten wieder ein, zahlte ihnen jedoch niedrigere Löhne als zuvor der Council. Die weiblichen Beschäftigten erhoben daraufhin Klage mit dem Argument, dass ihnen gem. Art. 141 EGV a.F. (Art. 157 AEUV n.F.) das gleiche Entgelt zusteünde wie den männlichen Arbeitnehmern des Council; dabei komme es nicht darauf an, ob sie selbst bereits vorher beim Council beschäftigt gewesen seien oder nicht.

¹⁸⁴ EuGH, Urteil vom 13.01.2004 – C-256/01, Rn. 46 – *Allonby*; online verfügbar unter <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48839&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=570541>; zuletzt aufgesucht am 16.4.2015; Krebber in: Callies/Ruffert 2011, Art. 157 AEUV Rn. 53.

¹⁸⁵ Zu diesem Begriff siehe oben unter 1.2.1.3.

¹⁸⁶ Generalanwalt *L. A. Geelhoed*, Schlussanträge vom 14.03.2002 – C-320/00, Rn. 49ff. – *Lawrence u.a.*; online verfügbar unter <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47178&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=574164>; zuletzt aufgesucht am 16.04.2015.

In einem früheren Verfahren waren die Tätigkeiten der Arbeitnehmerinnen im Kantine- und Reinigungsbereich als gleichwertig mit Tätigkeiten von Arbeitnehmern aus den Bereichen Gartenpflege, Müllabfuhr und Kanalwartung anerkannt worden.¹⁸⁷ Aber die Beschäftigten, deren Tätigkeiten verglichen wurden, waren nicht bei demselben Arbeitgeber beschäftigt. Zwar stellte der Europäische Gerichtshof fest,

„dass nichts im Wortlaut des Artikels 141 Absatz 1 EG darauf hindeutet, dass die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Fälle beschränkt wäre, in denen Männer und Frauen ihre Arbeit für ein und denselben Arbeitgeber verrichten“.¹⁸⁸

Jedoch forderte das Gericht als Tatbestandsvoraussetzung, dass für die Ungleichbehandlung eine einheitliche Quelle verantwortlich sein müsse. Dabei kann es sich wie oben schon ausgeführt um ein Gesetz, eine kollektivrechtliche Regelung wie einen Tarifvertrag oder auch um die Leitung eines Konzerns handeln.¹⁸⁹ Diese Tatbestandsvoraussetzung war nach Ansicht des Gerichts in dem betreffenden Fall nicht erfüllt.

Aus demselben Grund scheiterte auch die Klage von *Debra Allonby* gegen das Accrington & Rossendale College sowie der Education Lecturing Services. Das College hatte beschlossen, die Arbeitsverträge von Teilzeitkräften in der Lehre, die stundenweise bezahlt wurden, nicht mehr zu verlängern und solche Lehrkräfte in Zukunft ausschließlich über die Vermittlungsagentur Education Lecturing Services zu beschäftigen. Davon war auch die Klägerin betroffen. Bei den Teilzeitlehrkräften handelte es sich mehrheitlich um Frauen. Den ehemals beim College Angestellten wurde angeboten, sich bei den Education Lecturing Services als Selbstständige für Lehraufträge an Weiterbildungseinrichtungen registrieren und dann an das College vermitteln zu lassen. Das im Vergleich mit der früheren Bezahlung geringere Entgelt wurde zwischen den Education Lecturing Services und dem College verhandelt. Auch in diesem Fall lehnte der Europäische Gerichtshof einen Anspruch aus Art. 141 EGV a.F. mit dem Hinweis ab, dass die Agentur Education Lecturing Services und das College nicht eine einheitliche Quelle bilden und die Ungleichbehandlung auch sonst nicht auf einen einheitlichen Umstand wie ein Gesetz oder Tarifvertrag zurückzuführen sei.¹⁹⁰

Der Europäische Gerichtshof geht in keinem der beiden vorgestellten Urteile darauf ein, dass sich in Konsequenz ihrer Rechtsprechung das Entgeltgleich-

¹⁸⁷ Siehe die Einzelheiten im Urteil vom 17.09.2002 – C-320/00, Rn. 4 – *Lawrence u.a.*

¹⁸⁸ Urteil vom 17.09.2002 – C-320/00, Rn. 17 – *Lawrence u.a.*

¹⁸⁹ Urteil vom 17.09.2002 – C-320/00, Rn. 18 – *Lawrence u.a.* sowie Generalanwalt L. A. Geelhoed, Schlussanträge vom 14.03.2002 – C-320/00, Rn. 51 – *Lawrence u.a.*; Schiek 2007a, S. 230f.

¹⁹⁰ EuGH, Urteil vom 13.01.2004 – C-256/01, Rn. 46ff. /pageother – Allonby.

heitsgebot in Fällen derartiger Umstrukturierungen relativ leicht umgehen lässt. Den Ausführungen in seinen Schlussanträgen im Verfahren *Lawrence u.a.* zu folge hält Generalanwalt *L. A. Geelhoed* es für einen Zufall, dass die Ausgliederung Tätigkeiten betrifft, die mehrheitlich von Frauen ausgeübt werden.¹⁹¹ Statt dessen wäre zu fragen, ob nicht vor allem solche Bereiche ausgegliedert werden, in denen *typischerweise* hauptsächlich Frauen arbeiten – wie etwa Reinigungsdienste –, und ob diese Bereiche eben gerade deshalb für eine Ausgliederung ausgewählt werden, um die Arbeiten schlechter als bisher bezahlen zu können. Wenn ein solches Vorgehen sanktionslos bliebe, dann würde das Entgeltgleichheitsgebot letztendlich leicht auszuhebeln sein.¹⁹² Die engen Voraussetzungen eines einheitlichen Ursprungs, die der Europäische Gerichtshof aufgestellt hat,¹⁹³ eröffnen Privatisierungsakteuren die Möglichkeit, das Entgeltgleichheitsgebot zu umgehen. Denn es liegt in der Hand der Privatisierungsakteure, Beschäftigung kostensparend so zu konstruieren, dass der notwendige einheitliche Ursprung für die Ungleichbehandlung nicht vorliegt, indem sie etwa Vermittlungsagenturen einschalten.

Die genannten Urteile des Europäischen Gerichtshofs betrafen Fälle funktionaler Privatisierung. Es stellt sich die Frage, was diese Rechtsprechung für Organisationsprivatisierungen und die davon betroffenen Beschäftigten bedeutet. Ergibt der Vergleich zwischen den Entgelten der Stammbelegschaft einerseits und der Neubeschäftigten beim ehemaligen Staatsmonopolisten andererseits eine Ungleichbehandlung, ist das Tatbestandserfordernis des einheitlichen Ursprungs der Ungleichbehandlung erfüllt. Bei Entgeltungleichheit zwischen den Beschäftigten der ehemaligen öffentlichen Einrichtung und den Beschäftigten der neuen Wettbewerber ist das jedoch nicht der Fall, weil es sich um verschiedene Arbeitgeber handelt und die Ungleichbehandlung nicht auf eine einheitliche Quelle zurückzuführen ist. Eine solche Quelle könnte beispielsweise ein gemeinsamer Tarifvertrag sein. Diesen gibt es aber nicht; oft sind die neuen Wettbewerber an gar keinen Tarifvertrag gebunden.

Fraglich ist, ob die Klage einer weiblichen Beschäftigten aus einem privatisierten Betrieb beim Europäischen Gerichtshof Aussicht auf Erfolg hätte, wenn sie sich auf Art. 157 AEUV berufen würde und belegen könnte, dass zwischen ihr und einem männlichen Beschäftigten aus einer öffentlichen Einrichtung Ent-

¹⁹¹ Generalanwalt *L. A. Geelhoed*, Schlussanträge vom 14.03.2002 – C-320/00, Rn. 28 – *Lawrence u.a.*

¹⁹² Ähnlich Tobler 2005, S. 271f.

¹⁹³ Schiek ist der Ansicht, die Entscheidungen des EuGH seien nicht rechtlich zu kritisieren; vielmehr zeigten sie, dass das Entgeltgleichheitsgebot in seiner derzeitigen Ausgestaltung nicht genüge, um alle Ungerechtigkeiten im Entgeltbereich zu beseitigen; siehe Schiek 2007a, S. 231.

geltungleichheit besteht. Selbst wenn die Beschäftigte beispielsweise bei einer GmbH angestellt wäre, die zu 100 Prozent der öffentlichen Hand gehört, würde es sich um einen privaten Rechtsträger handeln. Der Arbeitgeber des männlichen Beschäftigten wäre hingegen die öffentliche Hand. Formal betrachtet sind diese beiden Arbeitgeber nicht identisch, materiell betrachtet ließe sich aber sehr wohl argumentieren, dass die Ungleichbehandlung von einer Einheit ausgeht, auch wenn diese Einheit in unterschiedlichen Rechtsformen (privat/öffentliche) agiert. So wäre es denkbar, dass die privatisierte Einrichtung weiter demselben Tarifvertrag wie die ehemals öffentliche Einrichtung unterliegt. Wie im zweiten Kapitel beschrieben, erfüllen Unternehmen nach einer Organisationsprivatisierung die nach der Satzung der öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberverbände notwendige unmittelbare Beteiligung der öffentlichen Hand.¹⁹⁴ Allerdings können nur Betriebe, die demselben fachlichen Bereich angehören, auch demselben Tarifvertrag unterfallen. Eine weibliche Beschäftigte aus einem privatisierten Krankenhaus könnte einer Klage wegen Entgeltungleichheit deshalb nur einen Vergleich mit einem männlichen Beschäftigten zugrunde legen, der in einem staatlichen bzw. städtischen Krankenhaus und nicht etwa bei der städtischen Stadtreinigung arbeitet, denn sonst würde es nach der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs am gemeinsamen Ursprung der Ungleichbehandlung fehlen.

3.2.3.4 Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Art. 157 AEUV verbietet nur Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts.¹⁹⁵ Dabei reicht es aus, wenn nur einige Angehörige eines Geschlechts betroffen sind. Ferner ist auf die objektive Sachlage und nicht auf die Motiv- oder Absichtslage abzustellen; es kommt also nur darauf an, dass sich die in Rede stehende Maßnahme tatsächlich nachteilig auswirkt, und nicht darauf, ob diese Wirkung auch intendiert war.¹⁹⁶ Es gibt unmittelbare und mittelbare Formen der Diskriminierung. Art. 157 AEUV enthält keine Definition dieser beiden Diskriminierungsformen; ihre Voraussetzungen wurden zunächst durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entwickelt.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Siehe oben unter 2.2.3.1.

¹⁹⁵ Das AGG hat den unionsrechtlichen Schutz der Entgeltgleichheit auf alle dort in § 1 genannten Merkmale ausgeweitet; vgl. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, 7, 8, Abs. 2 AGG.

¹⁹⁶ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 22.04.1997 – C-180/95, Slg. 1997, I-2195ff. – *Draehmpaelh*.

¹⁹⁷ Siehe die ausführliche Darstellung der Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zu unmittelbarer Diskriminierung bei Bell 2007 und zu mittelbarer Diskriminierung bei Schiek 2007b. In der Gleichbehandlungsrichtlinie der EU werden unmittelbare und mittelbare Diskriminierung mittlerweile definiert; siehe dazu sogleich.

Im Rahmen einer Organisationsprivatisierung wird es kaum zu unmittelbarer Diskriminierung kommen; wahrscheinlicher ist hingegen Diskriminierung in mittelbarer Form. Der Europäische Gerichtshof hat die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung vor allem im Zusammenhang mit Teilzeitarbeit ausdifferenziert.¹⁹⁸ Nach Art. 2 Abs. 1b der EU-Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG¹⁹⁹ beschreibt eine mittelbare Diskriminierung eine Situation,

„in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“.

Als mittelbar diskriminierend erweisen sich demnach Maßnahmen, die zwar auf ein anderes Kriterium als die Geschlechtszugehörigkeit abstellen, jedoch einen Anknüpfungspunkt wählen, der im Wesentlichen und typischerweise bei einem Geschlecht gegeben ist, sodass die entsprechende Maßnahme eine ähnliche faktische Wirkung wie eine direkte Diskriminierung entfaltet. Die gesetzgebende Gewalt ist demnach bei der Gestaltung von Regelungen verpflichtet, die tatsächlichen Auswirkungen von Regelungen zu beachten und zwar in der Weise, dass durch den Erlass einer Regelung Frauen nicht in besonderer Weise betroffen und dadurch benachteiligt werden.²⁰⁰ In diesem Sinne dürfen weder öffentlich-rechtliche noch privatrechtliche Entgeltsystem oder ihre einzelnen Bestandteile an Kriterien anknüpfen, die ein Geschlecht in besonderer Weise benachteiligen bzw. benachteiligen können.²⁰¹

Um festzustellen, ob ein Geschlecht in besonderer Weise betroffen ist, müssen die beschäftigten Frauen und die beschäftigten Männern verglichen werden. Bei der *Bildung von repräsentativen Vergleichsgruppen* müssen alle Personen, die von einer Vorschrift betroffen sind, in den Vergleich einbezogen werden.²⁰² Im Falle einer Organisationsprivatisierung sind das zunächst alle Beschäftigten der zu privatisierenden Einrichtung.

¹⁹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.05.1986 –C-170/84, Slg. 1986, 1607 – *Bilka*; EuGH, Urteil vom 31.03.1980 – C-96/80, Slg. 1981, 911 – *Jenkins*.

¹⁹⁹ Siehe oben Fn. 129.

²⁰⁰ Nishihara 2002, S. 153f.

²⁰¹ Die nach der Rechtsprechung notwendige Transparenz eines Entgeltsystems liegt nur vor, wenn jeder einzelne Bestandteil einer Regelung diskriminierungsfrei ist; es ist nicht zulässig, nur eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen; siehe dazu EuGH, Urteil vom 26. 06.2001 – C-381/99, Rn. 35 – *Brunnhofer*; online verfügbar unter <http://curia.europa.eu>; zuletzt aufgesucht am 16.04.2015.

²⁰² Schiek in: Schiek 2007a, § 3 AGG Rn. 38.

Um festzustellen, in welchem Ausmaß die Angehörigen eines Geschlechts betroffen sind, werden in der Literatur verschiedene Berechnungsmethoden vorgeschlagen: Zum einen kann das Geschlechterverhältnis bei den Personen, die aufgrund des Gesetzes einen Nachteil erleiden (benachteiligte Gruppe), mit dem Geschlechterverhältnis bei allen vom Anwendungsbereich des Gesetzes betroffenen Personen (Referenzgruppe) verglichen werden. Zum anderen kann aber auch das Geschlechterverhältnis in der benachteiligten Gruppe mit dem Geschlechterverhältnis in der bevorzugten Gruppe verglichen werden. Hingegen ist es unzulässig, absolute Zahlen von Personen mit einer bestimmten Merkmalsausprägung (Geschlecht weiblich) mit anderen Personen einer anderen Merkmalsausprägung (Geschlecht männlich) zu vergleichen.²⁰³ Wie das folgende Beispiel²⁰⁴ zeigt, führt dieses Vorgehen nicht zu aussagekräftigen Ergebnissen, sondern verschleiert eher die wirklichen Gegebenheiten: Ein Unternehmen beschäftigt 1.000 Männer, von denen 200 in Teilzeit arbeiten, und 100 Frauen, von denen 90 in Teilzeit tätig sind. Dieses Unternehmen beginnt nun damit, Stellen abzubauen, und zwar insbesondere Teilzeitstellen. Wenn aufgrund dieses Stellenabbaus 45 der teilzeitbeschäftigte Frauen und 100 der teilzeitbeschäftigte Männer ihre Stelle verlieren, dann sind den absoluten Zahlen zufolge mehr Männer vom Stellenabbau betroffen als Frauen. Ein ganz anderes Bild ergibt sich jedoch dann, wenn ein relativer Vergleich vorgenommen wird: Demnach haben nämlich 45 Prozent der beschäftigten Frauen ihre Stelle verloren und nur 10 Prozent der männlichen Beschäftigten. Bei der Frage, wie hoch der Grad der Betroffenheit genau sein muss, damit von einer Ungleichbehandlung gesprochen werden kann, zeigt sich allerdings, dass auch der Vergleich von Prozentzahlen an sich wenig aussagekräftig ist. *Dagmar Schiek* illustriert dies folgendermaßen:

„Wenn beispielsweise ein Unternehmen mit 1.000 Beschäftigten ebensoviele Frauen wie Männer beschäftigt, wobei von den 100 Teilzeitkräften 90 Frauen sind, so trifft eine Maßnahme, die Teilzeitkräfte benachteiligt, 2 Prozent der männlichen und 18 Prozent der weiblichen Beschäftigten nachteilig. Sind von 10.000 Beschäftigten jeweils die Hälfte männlich und weiblich und von den 100 Teilzeitbeschäftigte 90 Frauen, so benachteiligt dieselbe Maßnahme 0,2 Prozent der männlichen und 1,8 Prozent der weiblichen Beschäftigten, was schon fast als nicht signifikant erscheint. Sinnvoller ist es, die statistische Chance einer Person mit einer bestimmten Ausprägung eines Diskriminierungsmerkmals, zu den Benachteiligten zu gehören, mit der statistischen Chance einer anderen Person, zu den Benachteiligten zu gehören, zu vergleichen. Hier sind in beiden Fällen Frauen 9mal so häufig nachteilig betroffen wie Männer.“²⁰⁵

203 Schiek in: Schiek 2007a, § 3 AGG Rn. 39.

204 In Anlehnung an das Beispiel bei Schiek in: Schiek 2007a, § 3 AGG Rn. 40.

205 Schiek in: Schiek 2007a, § 3 AGG Rn. 40.

Aus dem bisher Gesagten lassen sich Anforderungen formulieren, denen eine Organisationsprivatisierung genügen muss, wenn sie im Hinblick auf das Gebot der Entgeltgleichheit diskriminierungsfrei sein soll: Aufgrund einer Organisationsprivatisierung darf die Wahrscheinlichkeit, bezogen auf die Entgeltgleichheit benachteiligt zu werden, für die beschäftigten Frauen nicht größer sein als für die beschäftigten Männer. Beim Verbot der mittelbaren Diskriminierung geht es um die *tatsächlichen* Auswirkungen einer Maßnahme auf Männer und Frauen, die sich nur prüfen lassen, wenn entsprechende Daten zur Verfügung stehen. Bei der Gestaltung einer Organisationsprivatisierung müssen deshalb nach Geschlecht differenzierende Daten zur betrieblichen Entgeltsituation erhoben und bewertet werden. Wenn sich dabei herausstellt, dass das bisherige Entgeltsystem diskriminierend wirkt, muss es gleichstellungsorientiert verändert werden. Ist keine Entgeltdiskriminierung festzustellen, muss dafür Sorge getragen werden, dass auch das aus Anlass einer Organisationsprivatisierung eventuell neu gestaltete Entgeltsystem diskriminierungsfrei ist.

3.2.3.5 Rechtfertigungsprüfung

Eine Organisationsprivatisierung geht mit Veränderungen des bisherigen Entlohnungssystems einher. Wenn dieses neue Entlohnungssystem gegen das Gebot der Entgeltgleichheit verstößt, stellt sich die Frage, ob dieser Verstoß gerechtfertigt sein kann und wenn ja, mit welchen Gründen.

Eine mittelbare Entgeltdiskriminierung kann gerechtfertigt sein, wenn es objektive Gründe für die Ungleichbehandlung gibt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.²⁰⁶ Die angegriffene Maßnahme muss einem legitimen Ziel dienen und die gewählten Mittel müssen zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sein. Insofern darf es kein milderer, gleichermaßen wirksames Mittel geben und das Mittel darf nicht außer Verhältnis zum Ziel stehen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung dient dazu, zwischen dem individuellen Interesse an der Gleichbehandlung und dem Zweck der Maßnahme bezogen auf die Erreichung eines legitimen Ziels abzuwägen.²⁰⁷ Dem Europäischen Gerichtshof zufolge verfolgen private Arbeitgeber mit einer Maßnahme dann ein legitimes Ziel, wenn sie auf einem echten unternehmerischen Bedürfnis basiert.²⁰⁸ Welche Interessen einem echten unternehmerischen Bedürfnis entsprechen, geht aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs nicht zweifelsfrei hervor, da er die Klärung dieser strittigen Frage in der Regel

206 Krebber in: Callies/Ruffert 2011, Art. 157 AEUV Rn. 61; Langenfeld in: Grabitz et al. 2011, Art. 157 Rn. 37.

207 Langenfeld in: Grabitz et al. 2011, Art. 157 Rn. 38.

208 Vgl. EuGH, Urteil vom 13.05.1986 – C-170/84, Slg. 1986, 1607, Rn. 36 – *Bilka*; Urteil vom 13.07.1989 –C-171/88, Slg. 1989, 2743, Rn. 14 – *Rinner-Kühn*.

dem nationalen Gericht überlässt.²⁰⁹ Haushaltserwägungen oder Sparzwänge als solche stellen keine zulässigen Rechtfertigungsgründe dar;²¹⁰ sie rechtfertigen es nicht, ein Geschlecht gegenüber dem anderen Geschlecht zu benachteiligen. Vielmehr müssen Sparmaßnahmen so gestaltet werden, dass beide Geschlechter gleichermaßen betroffen sind; sie sind „merkmalsneutral“²¹¹ vorzunehmen.

Geht die angegriffene Maßnahme von einem staatlichen Akteur aus, muss der Mitgliedstaat darlegen, dass das gewählte Mittel einem notwendigen Ziel der nationalen Sozialpolitik dient.²¹² Für den Bereich der sozialpolitischen Ziele ist seit der *Roks*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs klar, dass bloße Haushaltserwägungen keine sozialpolitischen Ziele sind und daher eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht rechtfertigen können.²¹³ Allerdings haben die Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik einen weiten Gestaltungsspielraum.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme setzt voraus, dass Daten über die soziale Realität vorliegen: Die Frage, ob ein Mittel erforderlich ist, ob es also kein milderes, aber gleichermaßen wirksames Mittel gibt, kann nur beantwortet werden, wenn die Wirkung der Maßnahme in der Realität vorab auf der Grundlage von validen Daten substantiiert eingeschätzt wird. Das gilt auch für die Prüfungspunkte der Geeignetheit und Angemessenheit. Beim Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts muss insbesondere geklärt werden, ob Alternativen zu der in Rede stehenden Maßnahme existieren, die Frauen entweder gar nicht oder jedenfalls in geringerem Ausmaß benachteiligen. Um dieser Prüfpflicht nachzukommen, ist ähnlich wie beim Gleichstellungsfördergebot aus Art. 8 AEUV eine gleichstellungsorientierte Folgenabschätzung vorzunehmen.²¹⁴ Erst die Ergebnisse einer solchen Ex-ante-Einschätzung zu faktischen geschlechtsspezifischen Wirkungen ermöglichen die rechtliche Bewertung, ob eine Maßnahme im Hinblick auf das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts rechtens ist.

Bei Privatisierungen per Gesetz agiert der Staat in einer Doppelrolle: Er handelt als Gesetzgeber, indem er ein Privatisierungsgesetz erlässt, und zugleich handelt er als Arbeitgeber. Für die beschäftigungsrelevanten Aspekte einer Or-

209 Rust in: Groeben/Schwarze 2003, Art. 141 Rn. 471; Bieback 1997, S. 54f.

210 EuGH, Urteil vom 06.04.2000 – C-226/98, Slg. 2000, I-2447 – *Jørgensen*.

211 Seifert 2015, Rn. 56.

212 Vgl. EuGH, Urteil vom 13.07.1989 – C-171/88, Slg. 1989, 2743, Rn. 14 – *Rinner-Kühn*. In manchen Urteilen spricht der EuGH von einem „legitimen Ziel“, siehe z.B. EuGH, Urteil vom 07.03.1996 – C-278/93, Slg. 1996, I-1165, Rn. 28 – *Freers und Speckmann*; zum Teil wird vom EuGH auch der Ausdruck „berechtigtes Ziel“ verwendet; siehe dazu EuGH, Urteil vom 10.03.2005 – C-196/02, Slg. 2005, I-1789, Rn. 52 – *Nikoloudi*.

213 EuGH, Urteil vom 24.02.1994 – C-343/92, Slg. 1994, I-571, 600, Rn. 35f. – *Roks* u.a.

214 Zu den Details siehe oben unter 3.2.1.2.

ganisationsprivatisierung, die hier untersucht werden, sind staatliche Privatisierungsakteure als Arbeitgeber zu behandeln und nicht als Gesetzgeber. Zwar ist der Staat anders als private Arbeitgeber aufgrund seiner besonderen Stellung als öffentlicher Arbeitgeber in der Lage, die Veränderung der Arbeitsverhältnisse, die mit einer Organisationsprivatisierung einhergehen, per Gesetz oder Satzung zu regeln. Aber Privatisierungen und ihre beschäftigungspolitischen Auswirkungen sind unstreitig nicht Teil staatlicher Sozialpolitik, sondern vielmehr Teil einer Staats- und Verwaltungsmodernisierung, die auf diesem Wege die Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft verändern will.

Daher muss sich ein Privatisierungsakteur im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung fragen, ob diese Maßnahme einem echten unternehmerischen Bedürfnis entspricht. Organisationsprivatisierungen werden in der Regel mit dem Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber privaten Anbietern von Dienstleistungen auf einem liberalisierten und globalen Markt begründet. Ein Privatisierungsakteur muss demnach vorbringen, dass es sich bei dem Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit um ein echtes unternehmerisches Bedürfnis handelt. Der bloße Wunsch, finanzielle Mittel einzusparen, ist nicht ausreichend. Ferner muss der Privatisierungsakteur vorbringen, es gäbe kein milderes, gleichermaßen wirksames Mittel. Die Frage, ob es ein solches Mittel gibt, kann abstrakt nur schwer, sondern eher nur für den konkreten Einzelfall beantwortet werden. Wie oben ausgeführt, hat der Privatisierungsakteur allerdings auf jeden Fall darauf zu achten, dass Veränderungen der Lohnstruktur im Zuge von Organisationsprivatisierungen beide Geschlechter gleichermaßen betreffen. Mit Lohnsenkungen in Form einer Kürzung des Grundlohns oder der Streichung von Zulagen und Zuschüssen für beide Geschlechter gleichermaßen stünden jedenfalls nicht von vornherein untaugliche Mittel für Einsparungen zur Verfügung. Daraus folgt, dass er beispielsweise Einsparungen durch Lohnsenkungen nicht einseitig in Bereichen vornehmen darf, in denen überwiegend Frauen arbeiten. Eine solche Maßnahme kann nicht mit dem Hinweis auf den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit gerechtfertigt werden und wäre unverhältnismäßig.²¹⁵

215 In der Rechtsache *Lawrence* wies der Generalanwalt *L. A. Geelhoed* darauf hin, dass das zuständige nationale Gericht bereits in einem früheren Rechtsfall eine entsprechende Argumentation seitens des Beklagten abgelehnt hatte: „Das Verteidigungsvorbringen des Council, dass ein niedriges Entgelt für die betroffenen Arbeitnehmerinnen notwendig gewesen sei, um bei einer öffentlichen Ausschreibung auf einem offenen Markt mit gewerblichen Unternehmen konkurrieren zu können, wurde vom House of Lords zurückgewiesen.“; siehe Generalanwalt *L. A. Geelhoed*, Schlussanträge vom 14.03.2002 – C-320/00, Rn. 13 – *Lawrence*.

3.2.3.6 Vorgaben für nationale Organisationsprivatisierungen aus dem Entgeltgleichheitsgebot

Aufgrund des Entgeltgleichheitsgebots darf es bei einer nationalstaatlichen Organisationsprivatisierung nicht zur Installation eines Entgeltsystems kommen, das typische „Frauentätigkeiten“ im Vergleich zu typischen „Männertätigkeiten“ individualvertraglich oder kollektivrechtlich schlechter bewertet und entloht. Dabei darf die Wahrscheinlichkeit, benachteiligt zu werden, für die weiblichen Beschäftigten nicht größer sein als für ihre männlichen Kollegen. Sparmaßnahmen, die mit der Umstrukturierung einhergehen und sich auf das Entgelt beziehen, müssen im Hinblick auf die Kategorisierung Geschlecht „merkmalsneutral“ vorgenommen werden, sie dürfen also nicht zulasten eines Geschlechts gehen. Da die zu prüfenden Maßnahmen nicht direkt an die Kategorisierung Geschlecht anknüpfen, sondern an Kriterien oder Merkmale, die geschlechtsneutral erscheinen, müssen ihre faktischen Auswirkungen ermittelt und bewertet werden. Deshalb muss die betriebliche Gleichstellungssituation im Vorfeld der Organisationsprivatisierung erhoben und bei der konkreten Gestaltung der Organisationsprivatisierung und des Entgeltsystems berücksichtigt werden.

Zur Beurteilung der Entgeltsituation sind zwei Vergleiche erforderlich: Zum einen muss die Entlohnung der Stammbeschäftigte und der Neubeschäftigte bei der privatisierten Einrichtung verglichen werden und zum anderen die Entlohnung der Beschäftigten der privatisierten Einrichtung und der Beschäftigten von weiterhin öffentlichen Einrichtungen, zumindest wenn sie demselben Tarifvertrag unterliegen.

Ferner muss der Privatisierungsakteur belegen, dass die Kosteneinsparungen einem echten unternehmerischen Bedürfnis entsprechen und die Einsparungen im Hinblick auf dieses Bedürfnis geeignet, erforderlich und angemessen sind. Um diese realitätsbeschreibenden Elemente rechtlich prüfen zu können, muss ein Privatisierungsakteur eine gleichstellungsorientierte Folgenabschätzung vornehmen, die die voraussichtlichen Auswirkungen des veränderten Entgeltsystems untersucht.

An dieser Stelle wird deutlich, dass sich das Gleichstellungsfördergebot gemäß Art. 8 AEUV und das Verbot der mittelbaren Entgeltdiskriminierung gemäß Art. 157 AEUV in ihrer Reichweite unterscheiden. Um dem Gleichstellungsfördergebot zu genügen, kann es notwendig sein, im Rahmen der Organisationsprivatisierung positive Maßnahmen zum Abbau der betrieblichen Ursachen von Entgeltdiskriminierung vorzusehen,²¹⁶ während mit dem Verbot der mittelbaren Entgeltdiskriminierung nur Maßnahmen abgewendet werden können, die eine Ungleichbehandlung der Geschlechter bei einer Lohnsenkung bewirken. Der

216 Siehe oben unter 3.2.1.4.

entscheidende Unterschied ist aber, dass ein möglicher Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot aus Art. 157 AEUV von den Betroffenen justizierbar ist. So kann im Rahmen eines Gerichtsverfahrens überprüft werden, ob ein Privatisierungsakteur seiner Verpflichtung zur Prognose und Berücksichtigung von gleichstellungsspezifischen Entgeltfolgen nachgekommen ist.

3.2.4 Arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter

Art. 157 AEUV adressiert nur entgeltbezogene Folgen von Privatisierung, sodass die oben beschriebenen möglichen Effekte wie Stellenabbau und die Verschlechterung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht unter Berufung auf diese Norm angegriffen werden können. Das Gleichstellungsfördergebot umfasst zwar auch diese Privatisierungsfolgen, weil es jedoch keine subjektiven Rechte vermittelt, kann es von den betroffenen Beschäftigten nicht eingeklagt werden. Im folgenden Abschnitt wird deshalb untersucht, ob sich für die Aspekte Stellenabbau und Verschlechterung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen weitere justiziable Vorgaben aus dem allgemeinen – über das Entgeltgleichheitsgebot hinausgehenden – arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter ergeben.

Die Frage, ob es allgemeine Grundsätze der Gleichbehandlung gibt, wird in der Literatur kontrovers debattiert. *Astrid Epiney* und *Marianne Freiermuth Abt* unterscheiden zwischen dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau und dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot. Ihrer Ansicht nach bezieht sich der allgemeine Rechtsgrundsatz auf den gesamten Anwendungsbereich der europäischen Verträge und richtet sich insbesondere an die Organe der Union.²¹⁷ Das allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot hingegen beschränkt sich nur auf den Bereich des Arbeitslebens und verpflichtet die Mitgliedstaaten.²¹⁸ Auch *Christine Langenfeld* geht von dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau aus, der die Unionsorgane bindet, empfiehlt aber große Zurückhaltung bei der Annahme eines primärrechtlich arbeitsrechtlichen Gleichstellungsgebotes, das die Mitgliedstaaten verpflichte.²¹⁹ Wer ein allgemeines arbeitsrechtliches Gleichstellungsgebot befürwortet, sieht darin entweder ein ungeschriebenen Gebot, das in Art. 157 Abs. 3 und 4 AEUV zwar nicht explizit enthalten, implizit aber vorausgesetzt sei,²²⁰ oder sieht ein solches allgemeines arbeitsrechtliches Gleichstellungsgebot

217 Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 107ff.

218 Vgl. Bieber et al. 2011, S. Rn. 33f.; Krebber in: Callies/Ruffert 2011, Art. 157 AEUV Rn. 1; Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 111ff.

219 Langenfeld in: Grabitz et al. 2011, Art. 157 Rn. 4.

220 Krebber in: Callies/Ruffert 2011, Art. 157 AEUV Rn. 72; Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 111.

in eben diesen Absätzen und geht deshalb von einem geschriebenen Grundsatz aus.²²¹ Achim Seifert und Walter Frenz hingegen sprechen ohne weitere Differenzierung von einem gültigen Grundsatz der Gleichberechtigung²²² bzw. von einem nicht ausdrücklich formulierten primärrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung im Geschlechterverhältnis.²²³

Für die Existenz eines arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots der Geschlechter sprechen gute Gründe: Art. 157 Abs. 4 AEUV statuiert, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung von den Mitgliedstaaten mit dem Ziel durchbrochen werden darf, volle Gleichstellung zu erreichen. Diese Norm setzt die rechtliche Bindung der Mitgliedstaaten an diesen Grundsatz logisch voraus.²²⁴ Da weder der Vertrag von Amsterdam noch der Vertrag von Lissabon genutzt worden sind, diesen Grundsatz ausdrücklich aufzunehmen, handelt es sich um einen gedachten, aber nicht geschriebenes arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter. Es bindet nur die Mitgliedstaaten²²⁵ – auch in ihrer Rolle als Arbeitgeber – und hat zwei Komponenten: Die negative Komponente verbietet jede Ungleichbehandlung – unmittelbar und mittelbar – aufgrund des Geschlechts, die positive Komponente gibt den Mitgliedstaaten auf, die faktische Gleichstellung der Geschlechter zu fördern.²²⁶ Bei dem positiven Gleichstellungsfordergebot kommt den Mitgliedstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum zu, was dazu führt, dass dieser Teil des arbeitsrechtlichen Gleichstellungsgebotes kaum gerichtlich geltend gemacht werden kann. Anders verhält es sich jedoch bei der negativen Komponente.

3.2.4.1 Regelungsinhalt

Zu den inhaltlichen Voraussetzungen des arbeitsrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung der Geschlechter finden sich in der Literatur kaum Einzelheiten und vieles scheint noch auslegungsbedürftig. In der Literatur wird daher vorgeschlagen, das einschlägige Sekundärrecht in Form der Richtlinie 2006/54/EG²²⁷ als Auslegungshilfe für das primärrechtliche Gebot heranzuziehen.²²⁸ Dabei geht es nicht darum, das ungeschriebene primärrechtliche Gebot gänzlich durch Sekundärrecht zu definieren. Das wäre rechtsdogmatisch unzulässig, weil sich Sekundärrecht nach dem Primärrecht richten muss und nicht umgekehrt. Aufgrund der

221 Rudolf 2004, S. 39.

222 Frenz 2009, Rn. 3377.

223 Seifert 2015, Rn. 25.

224 Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 111.

225 ebd, S. 111.

226 ebd, S. 114.

227 Siehe oben Fn. 129.

228 Seifert 2015, Rn. 80.

Tatsache, dass das Gleichbehandlungsgebot für das Arbeitsleben historisch zuerst im Sekundärrecht verankert war, ist es aber legitim, sich bei der Auslegung des primärrechtlichen Gebotes daran zu orientieren.²²⁹

In Anlehnung an Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG umfasst der primärrechtliche arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter insbesondere den Zugang zu Beschäftigung, einschließlich Aufstieg und Berufsbildung, sowie die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen. Die Richtlinie liefert jedoch keine Definition oder Konkretisierung des Begriffs der Arbeitsbedingungen.²³⁰ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind diese weit zu fassen und beziehen sich nicht nur auf die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen,²³¹ sondern auch auf die faktischen Rahmenbedingungen des Arbeitsverhältnisses, wenn sie rechtlich regulierbar sind.²³² Darunter fallen unter anderem Veränderungen der Arbeitszeit,²³³ die häufig die Folge von Privatisierungen sind.²³⁴ Wie erwähnt, zählen zu den Arbeitsbedingungen auch die Entlassungsbedingungen, und zwar jede Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses,²³⁵ auch die einvernehmliche Aufhebung oder das freiwillige Ausscheiden unter Gewährung einer Geldleistung.²³⁶ Einer Untersuchung zur Organisationsprivatisierung bei der Deutschen Bahn zufolge haben überproportional viele Frauen unter den Beschäftigten das Angebot angenommen, gegen eine Abfindung aus dem Unternehmen auszuscheiden.²³⁷

Die Richtlinie verbietet sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (vgl. Art. 2 Abs. 1a, b). Ihr Regelungsinhalt wurde oben bereits ausführlicher beschrieben.²³⁸ An dieser Stelle sei lediglich darauf verwiesen, dass beispielsweise ein Privatisierungsgesetz oder ein Personalüberleitungsvertrag nicht einer wertenden Gesamtschau unterworfen wird, sondern stattdessen jeder einzelne Bestandteil auf seine transparente und diskriminierungsfreie Gestaltung überprüft wird, und zwar unabhängig davon, ob er den Zugang zu Beschäftigung sowie Arbeits- oder Entlassungsbedingungen betrifft oder nicht.²³⁹

229 Epiney/Freiermuth Abt 2003, S. 113f.

230 Fuchs/Marhold 2014, S. 218.

231 Siehe EuGH, Urteil vom 13.07.1995 – C-116/94, Slg. 1995, I-2131 – Meyers.

232 ebd, S. 218; Riesenhuber 2009, S. 214f.

233 ebd, S. 215.

234 Siehe oben unter 1.1.3.

235 ebd, S. 215.

236 Fuchs/Marhold 2014, S. 228.

237 Siehe Frey et al. 2001, S. 146 und oben unter 1.1.2.1.

238 Siehe oben unter 3.2.3.4.

239 Siehe EuGH, Urteil vom 06.04.2000 – C-226/98, Slg. 2000, I-2447, Rn. 26–36 – Jørgensen, sowie Riesenhuber 2009, S. 216.

Für den Zugang zu Beschäftigung sieht die Richtlinie allerdings eine Ausnahmeregelung vor: Gemäß Art. 14 Abs. 2 liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schon auf der Ebene des Tatbestandes dann nicht vor,

„wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“.

Unter diesen genannten Bedingungen darf somit an die Kategorisierung Geschlecht angeknüpft werden. Als Beispiele werden dann in der Regel nur solche Tätigkeiten genannt, bei denen das Geschlecht aufgrund körperlicher Unterschiede und wegen des Anspruchs auf Authentizität von entscheidender Bedeutung ist, wie etwa bei einem Fotomodell, das für Damenunterwäsche wirbt, oder bei einem Schauspieler, der in einem Theaterstück einen Vater darstellt.²⁴⁰

Wie bereits erwähnt, sind direkte Diskriminierungen im Zuge einer Organisationsprivatisierung eher unwahrscheinlich, sodass im Normalfall zu klären ist, ob eine Maßnahme gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung verstößt. Gemäß der Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1b der Richtlinie ist deshalb zu prüfen, ob beispielsweise ein bestimmter Bestandteil der Rechtsgrundlage für die Überleitung des Personals durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und ob die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Bei Tätigkeiten in öffentlichen Einrichtungen, die bei einer Organisationsprivatisierung in eine private Rechtsform überführt werden, sind körperliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern in aller Regel keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im oben genannten Sinn. Zu denken wäre hier allenfalls an städtische Theater, die zum Beispiel in Form einer Eigengesellschaft geführt werden. Sie können bei der Besetzung von Rollen ausschließlich Personen eines Geschlechts berücksichtigen, ohne gegen das Diskriminierungsverbot zu verstößen. Für die überwiegende Mehrheit der Tätigkeiten gilt aber der dargelegte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stellen bloße Haushaltserwägungen und Einsparungsmöglichkeiten keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung dar.²⁴¹

Bei den Prüfungspunkten der Erforderlichkeit und Angemessenheit handelt es sich um realitätsbeschreibende Elemente.²⁴² Ihre rechtliche Prüfung erfordert in der Regel die Ermittlung und Bewertung der faktischen gleichstellungsspezifischen Auswirkungen auf die Beschäftigten im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung.

240 Fuchs/Marhold 2014, S. 210f.; Seifert 2015, Rn. 83.

241 EuGH, Urteil vom 20.03.2003 – C-187/00, Slg. 2003, I-2741 – *Kutz-Bauer*.

242 Siehe oben unter 3.2.3.5.

3.2.4.2 Vorgaben für nationale Organisationsprivatisierungen aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter

Wie schon aus den anderen gleichstellungsrechtlichen Vorgaben des Europarechts ergibt sich auch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot insbesondere die Pflicht, im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung eine Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung vorzunehmen. Eine solche Prüfung muss erkennen lassen, ob zum Beispiel die Bestandteile der Rechtsgrundlagen der Privatisierung einschließlich des Personalüberleitungsvertrages zu mittelbaren Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts führen können. Die Untersuchung muss sich auf den gesamten Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots der Geschlechter erstrecken. Vor dem Hintergrund der bisherigen empirischen Ergebnisse zu Privatisierungsfolgen bergen insbesondere Regelungen, die Arbeitszeiten verändern, sowie Abfindungsvereinbarungen die Gefahr einer Ungleichbehandlung. Das Risiko der beschäftigten Frauen, von Maßnahmen im Rahmen der Umstrukturierungen betroffen zu sein, darf nicht größer sein als bei den beschäftigten Männern. Sparmaßnahmen, die mit der Umstrukturierung einhergehen und beispielsweise zu einer Verdichtung und Verlängerung der Arbeitszeiten führen, müssen „merkmalsneutral“ vorgenommen werden.

Unter Berufung auf das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter können also weder Stellenabbau noch Arbeitszeitverlängerungen noch die Zunahme von atypischen und prekären Beschäftigungsverhältnissen oder andere für die Arbeitnehmenden häufig negativen Folgen einer Organisationsprivatisierung an sich verhindert werden. Aus dem Gebot folgt lediglich, dass Frauen von diesen Auswirkungen nicht in besonderer Weise, sondern „nur“ in gleichem Maße betroffen sein dürfen. Um die potenziellen faktischen und gegebenenfalls gleichstellungswidrigen Auswirkungen im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung prognostizieren und bei den einzelnen mit der Umstrukturierung einhergehenden Maßnahmen berücksichtigen zu können, ist – wie schon mehrfach betont – eine Analyse der bestehenden betrieblichen Gleichstellungssituation erforderlich. Diese Analyse könnte dann als Grundlage für eine Dienstvereinbarung verwendet werden, die noch vor der Organisationsprivatisierung mit dem Personalrat geschlossen wird.²⁴³

Unter den Voraussetzungen des Art. 157 Abs. 4 AEUV ist es zudem möglich, spezifische Vergünstigungen für ein Geschlecht beizubehalten oder einzuführen. Solche positiven Maßnahmen können dazu dienen, dem unterrepräsentierten Geschlecht die Aufnahme einer Berufstätigkeit zu erleichtern oder Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn auszugleichen bzw. zu verhindern. Die gewählte Maßnahme muss verhältnismäßig sein. Daraus folgt, dass die Ver-

243 Für eine ausführliche Darstellung der Handlungsoptionen siehe oben unter 2.2.

günstigung wenn möglich als mittelbare Ungleichbehandlung auszugestalten ist, die gegenüber einer unmittelbaren Ungleichbehandlung als milderes Mittel dann zu wählen ist, wenn sich der legitime Zweck damit genauso gut erreichen lässt. Anknüpfungspunkt für die Ausgestaltung der mittelbaren Ungleichbehandlung sollte dabei nicht das Merkmal Geschlecht sein, sondern der Tatbestand, der die Benachteiligung verursacht, also beispielsweise bestehende Kinderbetreuungs- oder Pflegeverpflichtungen.²⁴⁴ Auf diese Weise lässt sich vermeiden, dass positive Maßnahmen Geschlechterstereotype verstärken. Solche Regelungen können beispielsweise Männer unterstützen, die sich für gleichberechtigte Lebensweisen entscheiden, tatsächlich Kinderbetreuungsaufgaben übernehmen und die deshalb beispielsweise in gleicher Weise wie berufstätige Mütter von einer Arbeitszeitverlängerung infolge einer Privatisierung betroffen sind. Die Ergebnisse einer Gleichstellungsuntersuchung im Vorfeld der Organisationsprivatisierung könnten dazu genutzt werden, den Handlungsbedarf für positive Maßnahmen zu ermitteln.²⁴⁵

3.2.5 Sekundärrecht: Die Gleichbehandlungsrichtlinie der Europäischen Union

Aus Gründen der Klarheit und wegen des Bedürfnisses, die Entwicklungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zusammenzufassen, wurden die für den Bereich der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Frauen und Männern wichtigen Richtlinien in einer einzigen Richtlinie zusammengefasst.²⁴⁶ Laut der Richtlinie 2006/54/EG sind unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, bei der Berufsbildung, beim beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen verboten (vgl. Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie). Diese Richtlinie ist von nationalen Privatisierungsakteuren bei der Gestaltung der beschäftigungsrelevanten Einzelheiten einer Organisationsprivatisierung zu beachten. Da die Richtlinie 2006/54/EG als Auslegungshilfe für das primärrechtlich verankerte arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter herangezogen wurde, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.²⁴⁷

244 Krebber in: Callies/Ruffert 2011, Art. 157 AEUV Rn. 80ff.

245 Vgl. dazu auch § 5 AGG.

246 Vgl. Erwägungsgründe (1) der Richtlinie 2006/54/EG (oben Fn. 129); Riesenhuber 2009, S. 212. Mit Wirkung vom 15.08.2009 wurden die Richtlinien 75/117/EGW, 76/207/EWG, 86/378/EWG und 97/80/EG aufgehoben, vgl. Art. 14 der Richtlinie 2006/54/EG.

247 Siehe oben unter 3.2.4.

3.2.6 Zusammenfassung

Für Privatisierungsakteure ergibt sich aus dem europarechtlichen Gleichstellungsfördergebot des Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EUV bereits im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung eine prozedurale Pflicht zur vorausschauenden und systematischen Analyse und Bewertung von gleichstellungsspezifischen Privatisierungsfolgen für die Beschäftigten. Im Unterschied etwa zum Entgeltgleichheitsgebot aus Art. 157 AEUV bezieht sich das Gleichstellungsfördergebot nicht nur auf einzelne Themenbereiche, sondern umfasst alle gleichstellungsrelevanten Aspekte einer Maßnahme. Deshalb sind bei der Ermittlung und Bewertung der gleichstellungsspezifischen Auswirkungen auf die Beschäftigten bei einer Organisationsprivatisierung alle oben erwähnten Folgenbereiche einzubeziehen: Personalbestand, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sowie Einkommen und Entgeltstrukturen. Die Schutzwirkung des Gleichstellungsfördergebots für die von einer Organisationsprivatisierung betroffenen Beschäftigten wird aber dadurch stark eingeschränkt, dass ihnen dieses Gebot keine subjektiven Rechte vermittelt und sie daher nicht direkt unter Berufung darauf klagen können.

Nichtsdestotrotz darf ein Privatisierungsakteur aufgrund des im Gleichstellungsfördergebot enthaltenen Verschlechterungsverbots sowie des Optimierungsgebots im Zuge der Organisationsprivatisierung keine faktische oder rechtliche Verschlechterung bei den Beschäftigten verursachen. Vielmehr ist er gehalten, die Privatisierungsziele und -maßnahmen so zu gestalten, dass Gleichstellung in der privatisierten Einrichtung über den Erhalt des Status quo hinaus möglichst gefördert wird. Um diesen Vorgaben gerecht werden zu können, ist im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung eine Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung bzw. eine gleichstellungsorientierte (Gesetzes-)Folgenabschätzung vorzunehmen. Hierfür bietet sich das Verfahren der gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung sowie die Anwendung der Arbeitshilfe „Geschlechterdifferenzierte Gesetzesfolgenabschätzung – Gender Mainstreaming bei der Vorbereitung von Rechtsvorschriften“²⁴⁸ an. Diese Arbeitshilfe ermöglicht eine systematische Bearbeitung der durch eine Organisationsprivatisierung aufgeworfenen gleichstellungsrechtlichen Fragestellungen.

Zur Vermeidung eines justizialen Verstoßes gegen das europäische Entgeltgleichheitsgebot gemäß Art. 157 AEUV muss die Gleichstellungsfolgenabschätzung zudem explizit auf die betriebliche Entgeltgleichheitssituation in der von Privatisierung betroffenen Einrichtung eingehen. Sie muss Aussagen dazu ermöglichen, ob es im Zuge einer Organisationsprivatisierung zur Etablierung eines Entgeltsystems kommen könnte, das typische „Frauentätigkeiten“ im Ver-

gleich zu typischen „Männertätigkeiten“ individualvertraglich oder kollektivrechtlich schlechter bewertet und entlohnt, und wie sich dies verhindern ließe. Es muss dargestellt werden, dass Risiko, benachteiligt zu werden, für die beschäftigten Frauen nicht größer ist als für die beschäftigten Männer. Bei den Vergleichsgruppen sind einmal die weiblichen Neubeschäftigten mit der männlichen Stammbelegschaft bei der privatisierten Einrichtung sowie die weiblichen Beschäftigten bei der privatisierten Einrichtung mit den männlichen Beschäftigten einer öffentlichen Einrichtung zu vergleichen, soweit sie demselben Tarifvertrag unterfallen. Bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung ist darzulegen, ob die Privatisierungsmaßnahme und die damit verbundene Reduzierung des Lohns bzw. die Kürzung bestimmter Lohnbestandteile einem echten unternehmerischen Bedürfnis entspricht. Reine Sparmaßnahmen sind merkmalsneutral vorzunehmen und dürfen nicht zulasten eines Geschlechts vorgenommen werden.

Um die Anforderungen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes der Geschlechter sowie der Richtlinie 2006/54/EG zu erfüllen, muss eine Gleichstellungsfolgenabschätzung zudem Aussagen zu den Bereichen Stellenabbau, beruflicher Aufstieg sowie Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthalten. Es muss sichtbar werden, welche Arbeitsarbeitsplätze von der Umwandlung von einer öffentlichen in eine privaten Rechtsform betroffen sind. Stellt sich heraus, dass mehr typische „Frauenarbeitsplätze“ als typische „Männerarbeitsplätze“ abgebaut werden, muss dargelegt werden, ob es dafür legitime Gründe gibt und welche Maßnahmen gegebenenfalls ergriffen werden, um diese negativen gleichstellungsspezifischen Auswirkungen zu kompensieren. Ferner muss dargestellt werden, wie die mit der Umstrukturierung einhergehenden Sparmaßnahmen, die beispielsweise zu Arbeitszeitverlängerungen führen und sich so auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auswirken, „merkmalsneutral“ vorgenommen werden können.

Aus der Grundrechte-Charta ergeben sich für Privatisierungsakteure in Deutschland keine Vorgaben, weil Art. 23 der Grundrechte-Charta nicht auf nationale Organisationsprivatisierungen anwendbar ist. Bei Privatisierungen handeln die staatlichen Stellen weder im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts noch geht es dabei um eine „gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“.

Die zu Beginn dieses Kapitels aufgeworfene Frage, ob der mit einer Organisationsprivatisierung einhergehende Abbau von Gleichstellungsrecht²⁴⁹ gegen europäisches Gleichstellungsrecht verstößt, muss bejaht werden. Denn das Gleichstellungsfördergebot des Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EUV beinhaltet ein rechtliches Verschlechterungsverbot.²⁵⁰ Eine Organisationsprivati-

249 Siehe dazu oben unter 1.2.4.

250 Siehe oben unter 3.2.1.2.

sierung darf demnach nicht dazu führen, dass das gleichstellungsrechtliche Niveau sinkt. Um dieser Anforderung zu genügen, muss der Privatisierungsakteur im Rahmen der gleichstellungsorientierten Folgenabschätzung aufzeigen, wie dieser Abbau verhindert werden kann. Die europarechtliche Verpflichtung zur Absicherung des gleichstellungsrechtlichen Bestandes bei Organisationsprivatisierungen wird durch die Vorgaben aus den Gleichstellungsgesetzen des Bundes und der Länder konkretisiert.²⁵¹ Ein Privatisierungsakteur kann zwar zwischen verschiedenen Möglichkeiten einer Absicherung der Gleichstellung der Geschlechter wählen, wie etwa einen Tarifvertrag abschließen oder eine Weitergeltungsvereinbarung in das Privatisierungsgesetz aufnehmen. Jedoch muss er sich für die Variante entscheiden, die nach den Erkenntnissen der im Vorfeld vorgenommenen gleichstellungsorientierten Folgenabschätzung den Abbau des Gleichstellungsrechts tatsächlich verhindert. Unter Umständen wird der Handlungsspielraum des Privatisierungsakteurs dadurch auf eine einzige Option beschränkt. Ein Privatisierungsakteur, der sich erkennbar nicht mit dem drohenden Abbau von Gleichstellungsrecht auseinandersetzt, verstößt damit gegen das Gleichstellungsfördergebot aus Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EGV.

3.3 Gleichstellungsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes für Organisationsprivatisierungen

Die einschlägigen empirischen Studien geben Anlass zu der Vermutung, dass durch Organisationsprivatisierungen eine gleichheitsrechtliche Gefährdungslage entsteht, weil sie beispielsweise zu einer Verschlechterung der Beschäftigungssituation von Frauen auf dem Arbeitsmarkt führen können. Daher stellt sich die Frage, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der konkreten Gestaltung von Organisationsprivatisierungen eingehalten werden müssen, um deren gleichheitswidrige Folgen zu vermeiden.

Gegenwärtig spielen in der rechtswissenschaftlichen Debatte über verfassungsrechtliche Aspekte von Privatisierungen insbesondere das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip sowie das Sozialstaatsgebot und der Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG eine Rolle.²⁵² Gleichstellungsrechtliche Überlegungen finden sich bisher nicht. Im Folgenden wird deshalb untersucht, welche Anforderungen an eine gleichstellungsorientierte Gestaltung von Organisationsprivatisierung sich aus dem Gleichheitsrecht gemäß Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG ableiten lassen. Dabei wird zunächst auf die Staatszielbestimmung Gleichstel-

251 Siehe oben unter 2.2.

252 Statt vieler siehe die ausführliche Aufbereitung der aktuellen Verfassungsrechtsdiskussion zu Privatisierungen bei Sterzel 2010a m.w.N.

lung eingegangen und im Anschluss das Verbot der mittelbaren Diskriminierung dargestellt.

3.3.1 Staatszielbestimmung Gleichstellung – Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG besagt, dass der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern fördert und auf die Beseitigung von bestehenden Nachteilen hinwirkt. Diese Staatszielbestimmung²⁵³ wurde aufgrund einer Empfehlung der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat im Jahre 1994 in Art. 3 Abs. 2 GG aufgenommen.²⁵⁴ Lange Zeit war sich die Literatur einig, dass es sich bei dieser Norm um eine objektiv-rechtliche Verpflichtung handelt, die keine subjektiven Rechte gewährt.²⁵⁵ Inzwischen mehren sich die Stimmen, die neben dem objektiv-rechtlichen auch einen subjektiven Gehalt annehmen.²⁵⁶

Im vorliegenden Abschnitt wird untersucht, ob aus dieser Staatszielbestimmung Gestaltungsvorgaben für Privatisierungsgrundlagen abgeleitet werden können und wenn ja, welchen genauen Inhalt diese Vorgaben haben. Hierfür muss jedoch zunächst der Inhalt der Staatszielbestimmung selbst geklärt werden.

3.3.1.1 Bindungswirkung und Adressat der Staatszielbestimmung

Staatszielbestimmungen sind Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die den Staat zur Erfüllung bestimmter Aufgaben bzw. zu deren fortdauernder Beachtung verpflichtet.²⁵⁷ Sie sind keine unverbindlichen Programmsätze, sondern postulieren für die Legislative, die Exekutive und die Judikative auf Bundes- wie auf Landesebene *echte Rechtspflichten*, das jeweilige Ziel zu verfolgen. Bei der Wahl der Mittel zur Erreichung des Ziels hat der Staat dann allerdings einen Gestaltungsspielraum.²⁵⁸ Im Unterschied zu einem bloßen Gesetzgebungsaufrag ist bei einer Staatszielbestimmung permanente staatliche Aktivität gefordert; ein einmaliges Tätigwerden reicht nicht aus. Eine Staatsziel-

253 BVerfGE 74, 163 (179f.).

254 Zu den Hintergründen und dem Verlauf der Diskussion siehe Limbach 1993; Rademacher 2004, S. 59ff.

255 Osterloh/Nußberger in: Sachs 2014, Art. 3 Rn. 262; Starck in: Mangoldt et al. 2010, Art. 3 Rn. 311; Heun in: Dreier 2004, Art. 3 Rn. 105; Boysen in: Münch/Kunig 2012, Art. 3 Rn. 167; Scholz in: Maunz/Dürig 1996, S. Art. 3 Abs. 2 Rn. 60f.

256 Krieger in: Schmidt-Bleibtreu et al. 2014, Art. 3 Rn. 56; Jarass in: Jarass/Pieroth 2014, Art. 3 Rn. 91.

257 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 43; grundlegend zu Staatszielbestimmungen siehe Scheuner 1972.

258 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 45; Sommermann 1997.

bestimmung ist vielmehr durch eine zukunftsorientierte Dynamik gekennzeichnet und richtet sich auf alle staatlichen und gesellschaftlichen Bereiche.

Für die Staatszielbestimmung Gleichstellung bedeutet dies, dass alle drei staatlichen Gewalten auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene zur Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in allen staatlichen und gesellschaftlichen Bereichen rechtlich verpflichtet sind. Ein einmaliges Tätigwerden für Gleichstellung reicht zur Erfüllung dieser echten Rechtspflicht nicht aus, vielmehr ist Gleichstellung eine staatliche Daueraufgabe, die sich auf die Gestaltung der Zukunft bezieht.²⁵⁹

3.3.1.2 Regelungsinhalt: Gleichberechtigung oder Chancengleichheit?

In den Beratungen der Gemeinsamen Verfassungskommission Anfang der 1990er-Jahre nahm die Frage einen großen Raum ein, welches Konzept von Gleichheit der Begriff der Gleichberechtigung beinhaltet und auf welches konkrete Ziel der Staat verpflichtet wird.²⁶⁰ Die Auseinandersetzung um den Inhalt des Ziels Gleichberechtigung wurde damals und wird bis heute zumeist anhand der Begriffe Ergebnisgleichheit versus Chancengleichheit geführt. Als Argument gegen Ergebnisgleichheit als Ziel führen manche an, die Vorgabe einer schematischen hälftigen Aufteilung zwischen den Geschlechtern sei mit einem freiheitlich ausgerichteten Staat nicht zu vereinbaren; vielmehr sei Chancengleichheit gemeint.²⁶¹ Ute Sacksofsky hat dies zu Recht als Scheingefecht bezeichnet.²⁶² Denn kaum jemand fordert ernsthaft Ergebnisgleichheit im Sinne einer absoluten Geschlechterparität.²⁶³ Das liefe auf ein mechanisches Verständnis von Gleichheit hinaus. Stattdessen geht es um ein materielles Verständnis von Gleichheit, wonach Rahmenbedingungen so zu gestalten sind, dass sich die Teilhabechancen von Frauen und Männern in ihrer Vielfalt in allen gesellschaftlichen Bereichen faktisch – und nicht nur theoretisch – verwirklichen. Schon im Jahre 1992

259 Osterloh/Nußberger in: Sachs 2014, S. Art. 3 Rn. 232, 262; Jarass in: Jarass/Pieroth 2014, Art. 3 Rn. 90; Rademacher 2004, S. 107f.; Stock 2003, S. 144ff.; Sacksofsky in: Umbach/Clemens 2002, Art. 3 II, III 1 Rn. 358; Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 74; Sacksofsky 1996, S. 402f.

260 Siehe die ausführliche Darstellung bei Limbach 1993, S. 130ff.; auch die zu Rate gezogenen Sachverständigen haben die Begriffe „Gleichstellung“ und „Gleichberechtigung“ mit sehr unterschiedlichen Bedeutungsinhalten verwendet; siehe dazu Rademacher 2004, S. 75f.

261 Starck in: Mangoldt et al. 2010, S. Art. 3 Rn. 315f.

262 Sacksofsky 1996, S. 400; zustimmend Rademacher 2004, S. 119; ähnlich Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 78.

263 Allerdings ist die Unterrepräsentanz von Frauen ein Indiz für ihre Benachteiligung; vgl. Sacksofsky in: Umbach/Clemens 2002, Art. 3 II, III 1 Rn. 354; Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 78; zustimmend Rademacher 2004, S. 122.

hat auch das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass Art. 3 Abs. 2 „ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt“.²⁶⁴ Auch dem im neuen Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verankerten Staatsziel liegt kein rein formelles Verständnis von Rechtsgleichheit und bloßer rechtlicher Gleichbehandlung zugrunde. Vielmehr sollte mit der Ergänzung verdeutlicht werden, dass das bisherige formelle Verständnis von Gleichheit und das auf dieser Grundlage bisher Getane gerade nicht ausreichend war, um die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern durchzusetzen. Da der Begriff Chancengleichheit zwei Formen von Gleichheit umfasst – die formelle und die substanzelle Chancengleichheit –, kann im Rahmen der Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nur die substanzelle Chancengleichheit gemeint sein.²⁶⁵ In der Literatur wird auch von „ergebnisorientierter“, „tatsächlicher“²⁶⁷ oder „realer“²⁶⁸ Chancengleichheit gesprochen. Damit ist der Inhalt des Begriffs „Gleichberechtigung“ im Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG konturiert, aber noch nicht der vollständige Gehalt der Staatszielbestimmung.

3.3.1.3 Gleichstellungsfördergebot

Die einschlägigen Kommentare und die Literatur zur Staatszielbestimmung Gleichstellung begnügen sich zumeist mit einem Hinweis auf die rechtliche Verbindlichkeit der Norm und den weiten Gestaltungsspielraum der gesetzgebenden Gewalt.²⁶⁹ Zum Verhältnis der beiden Halbsätze des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG wird ausgeführt, dass das Hinwirken auf die Beseitigung von Nachteilen aus dem 2. Halbsatz das Förderungsgebot zur tatsächlichen Durchsetzung von Gleichstellung aus dem 1. Halbsatz verstärkt. Das Nachteilsbeseitigungsgebot wird ferner als Erwähnung *einer* Möglichkeit verstanden, wie der Staat die tatsächliche Durchsetzung von Gleichstellung fördern kann.²⁷⁰ Es finden sich aber kaum Ausführungen dazu, was unter „Förderung“ außerdem zu verstehen ist, also welche Handlungsmöglichkeiten neben der Nachteilsbeseitigung noch in Betracht kommen.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Inhalt des Fördergebots in Art. 3 Abs. 2 GG folgendermaßen bestimmt:

²⁶⁴ BVerfGE 85, 191 (207); 92, 91 (109); 109, 64 (89).

²⁶⁵ Siehe dazu ausführlich oben unter 3.2.1.2.

²⁶⁶ Heun in: Dreier 2004, S. 102; Stock 2003, S. 152; Rademacher 2004, S. 122f.

²⁶⁷ Osterloh/Nußberger in: Sachs 2014, Art. 3 Rn. 282; Mückenberger et al. 2007, S. 41.

²⁶⁸ Sacksofsky in: Umbach/Clemens 2002, Art. 3 II, III 1 Rn. 355.

²⁶⁹ Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 76; Scholz in: Maunz/Dürig 1996, Art. 3 Abs. 2 Rn. 61.

²⁷⁰ Osterloh/Nußberger in: Sachs 2014, Art. 3 Rn. 232; Rademacher 2004, S. 138f.

„Bei der Frage, wie der Gesetzgeber dem Gebot des Art. 3 Abs. 2 GG nachkommt, steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu (...). Die Art und Weise, wie der Staat seine Verpflichtung erfüllt, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, obliegen seiner Ausgestaltungsbefugnis. Er muss jedoch faktische Diskriminierungen, die sich als Folge seiner Regelungen ergeben, so weit wie möglich meiden.“²⁷¹

Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich in dieser Entscheidung zur Ausgestaltung des Gestaltungsspielraums durch den Gesetzgeber bei Art. 3 Abs. 2 GG auf seine Ausführungen zum Gestaltungsspielraum bei Schutzpflichten. Ein Blick in diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass bei der Ausgestaltung des Schutzauftrages jedenfalls ein Untermaßverbot besteht und dass ein angemessener Schutz unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter notwendig ist, der zudem wirksam sein muss. Diese Gestaltung eines angemessenen und wirksamen Schutzes muss „zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen“.²⁷²

In der Literatur finden sich nur wenige Versuche, das Fördergebot in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG näher zu bestimmen.²⁷³ Es wird vielmehr nur allgemein konstatiert, dass der Staat die Gleichberechtigung zu fördern habe, bei der Auswahl des Regelungsgegenstandes und der Mittel aber wegen seines weiten Gestaltungsspielraums frei sei.²⁷⁴ Rademacher zufolge gibt das Fördergebot dem Staat auf, durch *konkrete Handlungen* unmittelbar zur Erreichung des Ziels Gleichberechtigung beizutragen. Es bestehe jedoch keine Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Maßnahmen. Die ergriffenen Maßnahmen müssten aber *prinzipiell geeignet* sein, das Ziel Gleichberechtigung im Sinne einer ergebnisorientierten Chancengleichheit zu fördern, und ein *gewisses Maß an Effektivität* aufweisen. Der Staat könne nicht gänzlich untätig bleiben,²⁷⁵ müsse zugleich aber alles unterlassen, was das Erreichen des Ziels Gleichberechtigung gefährde.²⁷⁶

Diese ersten Ansätze einer Konkretisierung bleiben relativ abstrakt. Dass eine darüber hinausgehende Konkretisierung sehr wohl möglich ist, zeigt ein Blick auf eine andere Staatszielbestimmung, die sich in Art. 20a GG findet und den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Tiere regelt. Vor allem

271 BVerfGE 109, 64 (90).

272 BVerfGE 88, 203 (254).

273 Intensive Auseinandersetzungen mit dem Inhalt des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG finden sich bei ebd. und Stock 2003.

274 Siehe Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 76; Scholz in: Maunz/Dürig 1996, Art. 3 Abs. 2 Rn. 61.

275 Sacksofsky 1996, S. 401; Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 77.

276 Rademacher 2004, S. 113ff.

Astrid Epiney hat die Konturen dieser Staatszielbestimmung des Umwelt- und Tierschutzes im Hinblick auf den Schutzmfang, das Schutzniveau und die dazu einzusetzenden staatlichen Mittel herausgearbeitet.²⁷⁷ Deshalb wird ihr Ansatz zunächst erläutert, um anschließend mit dessen Hilfe das Staatsziel Gleichstellung zu präzisieren.

3.3.1.3.1 Konkretisierung der Staatszielbestimmung Umweltschutz zum Zweck der Übertragung auf die Staatszielbestimmung Gleichstellung

Die Präzisierung des Schutzauftrags bezieht sich zum einen auf seinen Inhalt und Umfang und zum anderen auf die Art und Weise seiner Verwirklichung. In beiderlei Hinsicht steht der gesetzgebenden Gewalt ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Allerdings ist dieser Gestaltungsspielraum nicht grenzenlos, denn das würde der Staatszielbestimmung Umweltschutz jegliche rechtliche Verbindlichkeit nehmen und sie zu einem unverbindlichen Programmsatz machen.²⁷⁸ Eine Präzisierung des Gestaltungsspielraums ist daher zulässig und sinnvoll, um die Umsetzung dieser Staatszielbestimmung zu erleichtern. Die folgenden Ausführungen werden zeigen, dass dem Staat immer noch genug Gestaltungsspielraum verbleibt.

3.3.1.3.1.1 Inhalt und Umfang des Schutzauftrages

Art. 20a GG besagt, dass der Staat in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere schützt. Aus diesem Schutzauftrag wird ein *verbindlicher Gesetzgebungsauftrag* abgeleitet. Dieser Gesetzgebungsauftrag verpflichtet die gesetzgebende Gewalt auch zur Überprüfung, ob die ergriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen noch immer zur Erreichung des Schutzzweckes des Art. 20a GG ausreichend sind. Dies ergibt sich aus dem dynamischen und zukunftsbezogenen Charakter von Staatszielbestimmungen.²⁷⁹ Wenn im Rahmen der Überprüfung festgestellt wird, dass die Maßnahmen nicht mehr ausreichend sind, müssen das entsprechende Gesetz und die darauf basierenden Maßnahmen nachgebessert werden. Eine solche *Überprüfungs- und Nachbesserungspflicht* der gesetzgebenden Gewalt impliziert, dass die Wirkungen der zum Schutz der Umwelt verabschiedeten Gesetze ermittelt und im Hinblick auf die Zielerreichung bewertet werden müssen.

Aus dem Sinn und Zweck des Art. 20a GG ergibt sich ferner ein *Optimierungsgebot*.²⁸⁰ Ähnlich wie das Staatsziel Gleichstellung ist auch Art. 20a des-

277 Epiney in: Mangoldt et al. 2010.

278 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 58; a.A. Scholz in: Maunz/Dürig 2002, Art. 20a Rn. 35.

279 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 57.

280 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, S. Art. 20a Rn. 62f.; Schulze-Fielitz in: Dreier 2006, Art. 20a Rn. 26.

halb in das Grundgesetz eingefügt worden, weil die bisherigen staatlichen Bemühungen für den Umweltschutz als nicht ausreichend eingeschätzt wurden. Das bedeutet, dass mit dieser Regelung nicht lediglich der Status quo erhalten, sondern eine *Verbesserung des bisherigen Zustandes* erreicht werden soll.²⁸¹ Gemäß dem Optimierungsgebot ist die Rechtsordnung so zu gestalten, dass der Umweltschutz in Abwägung mit anderen Verfassungszielen so gut wie irgend möglich verwirklicht wird. Unter gleichwertigen Handlungsalternativen muss diejenige Option gewählt werden, die die Umwelt am geringsten belastet. Aus dem Abwägungsgebot folgt auch, dass das Staatsziel Umweltschutz anderen Verfassungsgütern oder Staatszielbestimmungen nicht grundsätzlich vorgeht,²⁸² sondern vielmehr als gleichwertig mit ihnen zu betrachten ist.²⁸³ Im Einzelfall kann der Umweltschutz demnach Vorrang vor einem anderen Ziel genießen, aber genauso können sich andere Verfassungsgüter in der Abwägung durchsetzen. Die Abwägung ist dabei so durchzuführen, dass in die jeweiligen Rechtsgüter nur so weit eingegriffen wird, wie es die Verwirklichung der jeweils anderen Rechtsgüter erfordert. Meist lässt sich der Extremfall vermeiden, dass sich ein Rechtsgut auf Kosten der anderen durchsetzt, und es können stattdessen mehrere oder alle Rechtsgüter zum Tragen kommen, wenn auch in eingeschränktem Maße.

Auf der Grundlage des Optimierungsgebots beinhaltet der Schutzauftrag des Art. 20a GG zudem ein *Effektivitätsgebot*. Dass staatliches Handeln im Bereich des Umweltschutzes ein gewisses Maß an Effektivität aufweisen muss, wird mit der bewussten Einführung dieses Staatsziels in das Grundgesetz und dem Sinn und Zweck dieser Norm begründet. Nur wenn die staatlichen Maßnahmen eine gewisse Effektivität erkennen lassen, wird dem Verfassungsrang des verbindlichen Schutzauftrags entsprochen. Umweltschutz darf also nicht lediglich auf einem beliebig niedrigen Niveau Rechnung getragen werden; Art. 20a GG enthält vielmehr eine „Ergebnisverpflichtung“: Umweltschutz-Maßnahmen des Staates müssen sich messbar in einem positiven Effekt für die Umwelt niederschlagen.²⁸⁴

Die Effektivitätsanforderung impliziert zudem ein faktisches *Verschlechterungsverbot*. Wenn es eine Pflicht gibt, die Umweltsituation so effektiv wie möglich in Abwägung mit anderen Verfassungsgütern zu verbessern, ergibt sich im Umkehrschluss zwingend die Vorgabe, die Umweltsituation keinesfalls durch eine staatliche Handlung zu verschlechtern. Allerdings ist kaum ein Eingriff

281 Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu et al. 2014, Art. 20a Rn. 15.

282 Schulze-Fielitz in: Dreier 2006, Art. 20a Rn. 26.

283 Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu et al. 2014, Art. 20a Rn. 11; Epiney in: Mangoldt et al. 2010, S. Art. 20a Rn. 47, 63; Kloepfer/Kohls 2004, § 3, Rn. 23; Scholz in: Maunz/Dürig 2002, Art. 20a Rn. 41ff.; BVerwGE 104, 68 (77).

284 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 64.

durch den Menschen in die Natur denkbar, der nicht zu einer Verschlechterung führt. Jedes auch noch so umweltgerecht durchdachte Bauvorhaben stellt für das betroffene Gebiet und die darin lebenden Tiere und Pflanzen eine Verschlechterung dar. Bei einer Einzelbetrachtung wäre nahezu jeder Eingriff als Verschlechterung zu werten und damit unzulässig. Aufgrund dieser Besonderheit wird im Hinblick auf das Verschlechterungsverbot nicht eine einzelne Maßnahme, sondern die Gesamtsituation bewertet; bei dieser Gesamtbewertung ist besonders darauf zu achten, ob im konkreten Fall ein milderes Mittel zur Verfügung steht.²⁸⁵

Das Optimierungsgebot bewirkt jedoch nicht nur ein Verschlechterungsverbot für die faktische Umweltsituation, sondern auch ein *Gebot zur Bewahrung des umweltrechtlichen Besitzstandes*, und damit ein rechtliches Verschlechterungsverbot. Eine spürbare Absenkung des aktuellen Niveaus an umweltschutzrechtlichen Normen ist unzulässig. Das bedeutet nicht, dass die derzeit gültigen Umweltvorschriften unveränderlich sind. Die gesetzgebende Gewalt hat jederzeit die Möglichkeit, zum Schutz der Umwelt neue Wege zu gehen und dafür das geltende Recht zu verändern. Allerdings darf das Schutzniveau durch gesetzliche Veränderungen in seiner Gesamtheit nicht abgesenkt und damit verschlechtert werden.²⁸⁶

Staatliches Handeln verstößt also jedenfalls dann gegen das Optimierungsgebot, wenn sich als Folge des Handelns eine Verschlechterung einstellt. Für die vorausschauende Perspektive einer gestaltenden gesetzgebenden Gewalt bedeutet dies auf jeden Fall, abschätzen zu müssen, ob aufgrund der geplanten Maßnahme Verschlechterungen zu erwarten sind. Das Verschlechterungsverbot definiert die untere Grenze des Optimierungsgebotes, das sich aber keinesfalls in diesem Untermaßverbot erschöpft. Der Erhalt des faktischen und des rechtlichen Status quo allein reicht nicht aus, um das Optimierungsgebot zu erfüllen. Der Staat ist vielmehr gehalten, Maßnahmen zur Verbesserung des gegenwärtigen Zustandes zu ergreifen.

Aus der Effektivitätsanforderung ergibt sich auch die Pflicht, Aspekte der *präventiven Risikovorsorge* in die Abwägung einzubeziehen. Der Schutz der Umwelt ist nur dann effektiv, wenn die Auswirkungen gegenwärtiger Handlungen auf künftige Generationen berücksichtigt werden. Diesem Gebot kommt im Umweltbereich besondere Bedeutung zu, da irreversible Schäden eintreten können. Dies rechtfertigt es, den Schutzauftrag des Art. 20a GG nicht nur auf bereits erwiesene oder konkret drohende Gefährdungen zu beziehen, sondern bereits auf den Fall, dass ein Risiko nicht ausgeschlossen werden kann. Für den Staat be-

²⁸⁵ Epiney in: Mangoldt et al. 2010, S. Art. 20a Rn. 65f.; Schulze-Fielitz in: Dreier 2006, Art. 20a Rn. 309; ablehnend gegenüber einem Verschlechterungsverbot Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu et al. 2014, Art. 20a Rn. 15.

²⁸⁶ Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 68.

deutet dies, Risikovorsorgemaßnahmen im Einzelfall treffen zu müssen und generell diesem Gesichtspunkt bei der Abwägung staatlicher Maßnahmen ausreichend Rechnung zu tragen.²⁸⁷

Ferner lässt sich aus dem Optimierungsgebot und der Effektivitätsanforderung auch das Erfordernis ableiten, die *Irreversibilität* staatlicher Handlungen zu berücksichtigen. Dem Schutzauftrag aus Art. 20a GG ist zu entnehmen, dass irreversible Entwicklungen, die schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Umwelt zur Folge haben, zu verhindern sind. Bei der Interessensabwägung können Handlungen mit solchen Auswirkungen nur mit wichtigen Interessen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden. Sie sind jedenfalls nur dann zulässig, wenn es keine risikoärmere Lösung gibt.²⁸⁸

3.3.1.3.1.2 Art und Weise der Verwirklichung des Schutzauftrages

Aus dem nunmehr präzisierten Inhalt des Schutzauftrages von Art. 20a GG lassen sich Vorgaben für die Art und Weise der Verwirklichung des Schutzauftrages entwickeln. Sie legen die Grenzen für den Gestaltungsspielraum fest, den die gesetzgebende Gewalt hat, um das Staatsziel Umweltschutz zu erreichen. Für die Auswahl und Anwendung der Mittel zur Zielerreichung werden folgende Rahmenbedingungen genannt:

- *Verantwortung des Staates*: Art. 20a GG legt eine Verantwortung des Staates für den Bereich Umweltschutz verfassungsrechtlich verbindlich fest. Demzufolge hat die gesetzgebende Gewalt Fragen des Schutzniveaus und des Schutzmanges zwingend selbst zu entscheiden; sie darf die Beantwortung dieser wesentlichen Fragen in materieller Hinsicht nicht delegieren. Ebenso müssen die Steuerung und die Kontrolle über die Wirksamkeit der eigenen Maßnahmen in der Hand der gesetzgebenden Gewalt bleiben. Ein vollständiger Rückzug des Staates aus dem Umweltschutz ist damit nicht denkbar. Ein teilweiser Rückzug ist nur in bestimmten Grenzen verfassungsrechtlich zulässig.²⁸⁹
- *Pflicht zur Berücksichtigung der Belange des Umweltschutzes bei allen gesetzgeberischen Tätigkeiten*: Aus dem Optimierungsgebot und der Effektivitätsanforderung des Art. 20a GG wird für die gesetzgebende Gewalt eine Pflicht abgeleitet, Umweltschutzbefürchtungen bei *allen* gesetzgeberischen Tätigkeiten einzubeziehen. Art. 20a GG wird als „Querschnittsklausel“ verstanden, die der gesetzgebenden Gewalt aufgibt, Umweltschutz nicht nur bei

287 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, S. Art. 20a Rn. 69f.; Schulze-Fielitz in: Dreier 2006, Art. 20a Rn. 35; Wolff in: Denninger et al. 2001, Art. 20a Rn. 21ff.

288 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 71; Wolff in: Denninger et al. 2001, Art. 20a Rn. 45.

289 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 76.

der Umweltpolitik im engeren Sinne, sondern in allen Politikbereichen angemessen zu berücksichtigen:

„Dies trägt der Erkenntnis Rechnung, dass es gerade keine effektive Umweltpolitik ohne etwa eine umweltgerechte Verkehrs-, Landwirtschafts- oder Energiepolitik geben kann.“²⁹⁰

Umweltschutz ist ähnlich wie die Gleichstellung der Geschlechter eine Querschnittsmaterie, die zu ihrer effektiven Umsetzung der Berücksichtigung in allen Politikfeldern bedarf. Ansonsten drohen Umweltschutzmaßnahmen erfolglos zu bleiben, was mit dem Optimierungsgebot und dem Effektivitätserfordernis nicht vereinbar wäre.

Die Berücksichtigungspflicht hat sowohl prozedurale als auch materielle Aspekte: Zum einen muss die gesetzgebende Gewalt die potenziell beeinträchtigenden Auswirkungen von Maßnahmen auf die Umwelt bei der Entscheidungsfindung bedenken. Zum anderen müssen sich diese Überlegungen aber auch im materiellen Ergebnis niederschlagen, und zwar in der Weise, dass

„eine bestimmte gesetzgeberische Maßnahme die natürlichen Lebensgrundlagen nicht über die aufgezeigten Grenzen beeinträchtigen darf und zudem diese Beeinträchtigung in einem vernünftigen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen muss. (...) Inwiefern sich diese quasi prozedurale Einbezugspflicht dann im Ergebnis niederschlagen muss, ergibt sich aus der erörterten Reichweite des Schutzauftrages (...). Darüber hinaus steht diese allerdings im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.“²⁹¹

- *Verfahren und Organisation:* Um zu gewährleisten, dass staatliches Handeln die Vorgaben aus Art. 20a GG einhält, wird eine verfahrensmäßige und institutionelle Absicherung gefordert. Unter Wahrung des bestehenden Gestaltungsspielraums der gesetzgebenden Gewalt werden aus dem materiellen Gehalt des Art. 20a folgende verfahrens- und organisationsrechtlichen Mindestanforderungen abgeleitet:
 - *Umweltverträglichkeitsprüfung:* Um sicherzustellen, dass das Vorsorgeprinzip bei staatlichen Tätigkeiten glaubwürdig und zuverlässig einbezogen wird, ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung notwendig. Sie dient dazu, die potenziellen Auswirkungen eines Vorhabens auf die Umwelt einzuschätzen und zu bewerten. Eine solche Prognose muss die Art und das Ausmaß möglicher Beeinträchtigungen für die Umwelt

290 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 77; so auch schon Wolff in: Denninger et al. 2001, Art. 20a Rn. 10.

291 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 78; für prozedurale Bindungen des Gesetzgebers auch Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu et al. 2014, Art. 20a Rn. 15.

im Vorfeld der angestrebten Maßnahme ermitteln. Nur wer die relevanten Tatsachen kennt, kann Auswirkungen auf die Umwelt abschätzen und in eine Abwägung einbeziehen. Allerdings ist es dem Gesetzgeber in seinem weiten Gestaltungsspielraum überlassen, die Einzelheiten eines solchen Verfahrens zu regeln. Jedoch muss dieses Verfahren erkennen lassen, dass es die tatsächliche Vorabprüfung materieller Gesichtspunkte wie die Einhaltung des Vorsorgeprinzips ermöglicht.²⁹²

- *Alternativprüfung*: Aus dem Optimierungsgebot des Art. 20a GG wird die Pflicht abgeleitet, im Rahmen eines Gesetzgebungsvorhabens diejenige Maßnahme auszuwählen, die die Umwelt am wenigsten beeinträchtigt. Um diese Pflicht zu erfüllen, bedarf es einer Prüfung von Alternativen. Diese Prüfung kann mit der Umweltverträglichkeitsprüfung verbunden werden; jedenfalls ist sie aber verfahrensrechtlich abzusichern.²⁹³
- *Evaluation*: Der effektive Schutz der Umwelt erfordert nicht nur Prognosen im Vorfeld von Maßnahmen; angesichts immer neuer tatsächlicher und theoretischer Entwicklungen muss auch die Wirksamkeit der bisher ergriffenen Maßnahmen ständig überprüft werden. Dies ergibt sich aus dem Effektivitätserfordernis sowie aus der oben bereits erwähnten materiellen Nachbesserungspflicht. Auch hier kann die gesetzgebende Gewalt die Einzelheiten solcher Evaluationsverfahren nach freiem Ermessen regeln, muss aber dafür sorgen, dass das vorhandene Fachwissen im Rahmen des Verfahrens effektiv genutzt werden kann.²⁹⁴
- *Begründungspflicht*: Weil nachprüfbar sein muss, ob das Staatsziel Umweltschutz tatsächlich berücksichtigt worden ist, unterliegt der Gesetzgeber einer Begründungspflicht hinsichtlich der Beachtung der Vorgaben aus Art. 20a GG.²⁹⁵
- *Beteiligung der Öffentlichkeit*: Die bisherigen Erfahrungen haben gezeigt, dass umweltrechtliche Belange besser umzusetzen sind, wenn die Öffentlichkeit im Vorfeld beteiligt wird. Insofern erfordert der Effektivitätsgedanke ein Mindestmaß an Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung.²⁹⁶
- *Institutionelle Absicherung der präventiven Risikovorsorge*: Das Staatsziel Umweltschutz verpflichtet den Staat, in seiner Entscheidungsförderung die Interessen künftiger Generationen zu beachten. Aus Art. 20a

292 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 81.

293 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 82.

294 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 83.

295 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 84.

296 Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 85.

GG ergibt sich darüber hinaus auch eine Pflicht der gesetzgebenden Gewalt, institutionelle Vorkehrungen zu treffen, um diese präventive Risikovorsorge sicherzustellen. Bei der konkreten Ausgestaltung dieser Absicherung kommt der gesetzgebenden Gewalt wiederum ein weiter Gestaltungsspielraum zu; sie kann jedoch nicht einfach untätig bleiben und die gewählte Form muss geeignet sein, Langzeitinteressen zu vermitteln. Sie darf daher nicht zu sehr dem „Legislaturdenken“ verhaftet sein.²⁹⁷

3.3.1.3.2 Übertragung auf die Staatszielbestimmung Gleichstellung

Die Konkretisierung der Staatszielbestimmung Umweltschutz lässt sich gewinnbringend auf die Staatszielbestimmung Gleichstellung übertragen, wo eine solche Präzisierung bisher noch fehlt. Zwar unterscheiden sich die Ausgangslage und die Zielrichtung bei den in Frage stehenden Staatszielbestimmungen deutlich: Beim Umweltschutz geht es um die Bewahrung und Verbesserung eines wünschenswerten Zustandes, der früher bestanden hat, nämlich einer intakten Umwelt, während es bei der Gleichstellung der Geschlechter um die Überwindung eines unerwünschten Zustandes, nämlich der Ungleichheit geht, und ein Zustand von Gleichberechtigung erreicht werden soll, der so noch nicht bestanden hat. Es gibt jedoch auch Parallelen: Beide Staatszielbestimmungen erfordern staatliches Handeln, um dafür zu sorgen, dass sich der gegenwärtige Status quo möglichst verbessert, in jedem Fall aber nicht verschlechtert. Ferner handelt es sich sowohl bei Gleichstellung als auch bei Umweltschutz um Querschnittsaufgaben.

Die folgenden Abschnitte dienen daher der Konkretisierung des grundgesetzlichen Fördergebots der Gleichstellung von Männern und Frauen.

3.3.1.3.2.1 Inhalt und Umfang des Gleichstellungsfördergebots

Der Inhalt und Umfang des Gleichstellungsfördergebots lässt sich anhand der aus Art. 20a GG entwickelten Unterpunkte für die Staatszielbestimmung gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG folgendermaßen konkretisieren:

- *Gesetzgebungsauftrag inklusive Überprüfungs- und Nachbesserungspflicht:* Der Förderauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG enthält einen verbindlichen Gesetzgebungsauftrag. Hierbei ist zum einen an direkte Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsgesetzgebung zu denken, wie beispielsweise das Bundesgleichstellungsgesetz oder das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Zum anderen ist aber auch die gesetzliche Regelung jener Bereiche wichtig,

²⁹⁷ Epiney in: Mangoldt et al. 2010, Art. 20a Rn. 86ff.

die eng mit Gleichstellungsaspekten verbunden sind; dazu zählen etwa Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse oder Elternzeit. Der Gesetzgebungsauftrag beinhaltet aber nicht nur die Erarbeitung und Verabschiedung von Gesetzen zur Gleichstellungsförderung, sondern umfasst auch die Pflicht zu überprüfen, ob diese Gesetze ihre Ziele erreichen und damit dem Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG genügen. Das bedeutet für die gesetzgebende Gewalt, dass sie nach der Umsetzung eines Gesetzes dessen Gleichstellungswirkungen evaluieren muss. Wenn im Rahmen einer solchen Wirkungsanalyse festgestellt wird, dass die gewünschten Fördereffekte nicht eingetreten sind, hat die gesetzgebende Gewalt die entsprechenden Gesetze und die darauf basierenden Maßnahmen nachzubessern.

- *Optimierungsgebot:* Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist eingefügt worden, um klarzustellen, dass sich das Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt und die bisherigen staatlichen Tätigkeiten, Gleichstellung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit herzustellen, nicht ausreichen.²⁹⁸ Der Auftrag an den Staat beschränkt sich demnach nicht darauf, den gleichstellungsrechtlichen Zustand aufrechtzuerhalten; er soll vielmehr verbessert werden. Daher kann ebenso wie bei Art. 20a GG aus dem Förderauftrag ein Optimierungsgebot entnommen werden, das die gesetzgebende Gewalt verpflichtet, die Rechtsordnung so zu gestalten, dass die Gleichberechtigung von Männern und Frauen in Abwägung mit anderen Verfassungszielen so gut wie irgend möglich verwirklicht wird. Dem Staatsziel Förderung von Gleichstellung kommt ebenso wie dem Umweltschutz kein absoluter Vorrang vor anderen Verfassungsgütern zu. Für den Fall, dass das Fördergebot mit einem anderen Verfassungsgut konfligiert, darf es aber nur insoweit zurückgestellt werden, als es die jeweiligen anderen Rechtsgüter erfordern. Das impliziert, dass bei gleichwertigen Alternativen immer diejenige Option zu wählen ist, die die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter am besten befördert. Bloße Untätigkeit oder Maßnahmen, die nur den Status quo aufrechterhalten, sind nicht ausreichend, um das Fördergebot zu erfüllen.
- *Effektivitätsgebot:* Aus dem Optimierungsgebot ergibt sich zudem ein Effektivitätsgebot für das staatliche Handeln. Nur wenn die Maßnahmen ein gewisses Maß an Effektivität erkennen lassen, wird dem Sinn und Zweck und der rechtlichen Verbindlichkeit der Norm entsprochen. Daraus folgt, dass der Staat nicht untätig bleiben und Gleichstellungspolitik auch nicht auf einem beliebig niedrigen Niveau betreiben darf. In diesem Sinne enthält Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eine Art „Ergebnisverpflichtung“: Staatliche Maß-

298 Vgl. BVerfGE 92, 91 (109).

nahmen müssen die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen statistisch messbar voranbringen.

- *Verschlechterungsverbot:* Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG beinhaltet auch ein Verschlechterungsverbot. Wie dargelegt, genügt angesichts des Optimierungsgebots die bloße Erhaltung des Status quo bezüglich der Gleichstellungssituation nicht. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass sich die Gleichstellungssituation in keinem Fall durch staatliches Handeln verschlechtern darf.²⁹⁹ Fraglich ist, ob sich dieses Verschlechterungsverbot auf die Gesamtsituation bezieht oder ob sich jede einzelne staatliche Maßnahme an diesem Maßstab messen lassen muss. Beim Staatsziel Umweltschutz wird die Gesamtsituation bewertet. Für die Staatszielbestimmung Gleichstellung ist das Verschlechterungsverbot allerdings auf jede einzelne staatliche Maßnahme anzuwenden. An dieser Stelle kommen die unterschiedliche Ausgangslage und Zielrichtung beider Staatszielbestimmungen zum Tragen. Beim Umweltschutz geht es darum, dass der positive Zustand einer intakten Umwelt, wie er früher einmal faktisch bestanden hat, wiederzuerlangen und keinesfalls weiter zu gefährden. Das Ziel der Gleichstellungspolitik ist die Gleichberechtigung der Geschlechter, also ein Zustand, der in der Gesellschaft der Bundesrepublik so noch nie bestanden hat. Der gegenwärtige gleichstellungsdefizitäre Zustand soll nicht erhalten, sondern vielmehr überwunden werden. In der gegenwärtigen Situation ist kaum eine staatliche Maßnahme denkbar, die nicht zu einer Verschlechterung der Umweltsituation führt; bei einer Einzelbetrachtung wären sie damit alle verfassungswidrig. Aus diesem Grund kann sich das Verschlechterungsverbot beim Staatsziel Umweltschutz nur auf die Gesamtsituation beziehen. Im Fall der Gleichstellung hingegen kann nur dann der derzeitige Zustand überwunden und das Ziel der tatsächlichen Gleichberechtigung erreicht werden, wenn jede einzelne staatliche Maßnahme den Status quo jedenfalls nicht verschlechtert. Zudem ist es einfacher, jede Maßnahme für sich genommen auf ihre Gleichstellungswirkung hin zu überprüfen, als einzuschätzen, ob die fragliche Maßnahme die Gesamtsituation für Gleichstellung verschlechtert oder nicht.
- *Gebot zur Bewahrung des rechtlichen Besitzstandes:* Das Verschlechterungsverbot gilt nicht nur in Bezug auf die faktische Gleichstellungssituation, sondern auch hinsichtlich des gleichstellungsrechtlichen Besitzstandes. Aus diesem rechtlichen Verschlechterungsverbot folgt, dass eine spürbare Absenkung des geltenden Niveaus an gleichheitsrechtlichen Normen unzulässig ist. Ähnlich wie im Umweltschutzbereich bedeutet das nicht, dass das derzeitige Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht nicht verändert werden darf. Neue Erkenntnisse insbesondere aus der Geschlechter- und

299 Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 76.

Antidiskriminierungsforschung können sehr wohl zu Veränderungen im Recht führen. Sie dürfen in der Gesamtheit aber das rechtliche Schutzniveau für die tatsächliche Gleichberechtigung der Geschlechter nicht verschlechtern. Das Optimierungsgebot beinhaltet jedoch kein Gebot zur Verbesserung des gleichstellungsrechtlichen Schutzniveaus. Ob der Staat die Gleichstellungslage durch Recht oder durch andere Mittel zu verbessern versucht, ist dem Gestaltungsspielraum des Staates überlassen. Allerdings kann das für das Staatsziel Gleichstellung geltende Optimierungsgebot nicht auf ein faktisches und rechtliches Verschlechterungsverbot reduziert werden. Diese Verschlechterungsverbote sind als Untermaßverbote zu verstehen. Die bloße Erhaltung des Status quo ist aber nicht Sinn und Zweck der Staatszielbestimmung aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Vielmehr ist der Staat gehalten, die derzeitige Gleichstellungssituation im Wege positiver Maßnahmen aktiv zu verbessern. Im Einzelfall mag die Bewertung schwierig sein, ob eine Verbesserung vorliegt oder nicht. Die beiden Verschlechterungsverbote können diese Bewertung erleichtern: Eine staatliche Maßnahme verstößt jedenfalls dann gegen das Optimierungsgebot, wenn sich in ihrer Folge eine faktische oder rechtliche Verschlechterung einstellt.

- *Präventive Risikovorsorge:* Das Verschlechterungsverbot bezieht sich nicht nur auf die Gegenwart. Aus der zukunftsorientierten Dynamik, die allen Staatszielbestimmungen eigen ist, ergibt sich für den Staat in Bezug auf Gleichstellung auch ein Gebot zur präventiven Risikovorsorge. Im Gleichstellungsbereich geht es dabei im Unterschied zum Umweltschutz weniger um Handlungen mit nahezu irreversiblen Auswirkungen, wie sie beispielsweise bei der Nutzung von Atomenergie möglich sind. Vielmehr bedeutet es, Langzeitwirkungen zu beachten und mit staatlichen Maßnahmen nicht Dynamiken in Gang zu bringen, deren eventuelle negative Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter nur schwer wieder zu beseitigen sind. Was damit gemeint ist, zeigt das Beispiel der Förderung von Teilzeitarbeit für Frauen. Kurzfristig war sie eine Gleichstellungsmaßnahme, die Frauen ermöglicht hat, Familie und Beruf besser zu vereinbaren. Langfristig hat sie sich aber als sehr ambivalent erwiesen: Mit Teilzeitarbeitsverhältnissen können Frauen zumeist keine ausreichende eigenständige Existenzsicherung aufbauen. Solche Langzeitwirkungen auf Generationen von Frauen sind zu ermitteln und bei der Ausgestaltung der Maßnahme zu berücksichtigen.

3.3.1.3.2.2 Art und Weise der Verwirklichung des Gleichstellungsföderauftrages

Mit den eben entwickelten materiellen Vorgaben kann der Gestaltungsspielraum der gesetzgebenden Gewalt im Hinblick auf die Art und Weise der Verwirklichung des Gleichstellungsföderauftrages konkretisiert werden. Es lassen sich folgende Rahmenbedingungen formulieren:

- *Verantwortung des Staates:* Aufgrund der rechtlichen Bindungswirkung der Staatszielbestimmung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG hat die gesetzgebende Gewalt Fragen des Förderniveaus und des Förderumfangs selbst zu entscheiden. Die Beantwortung dieser wesentlichen Fragen darf nicht an andere Stellen delegiert werden. Auch die Kontrolle bezüglich der Wirksamkeit von gleichstellungsorientierten Maßnahmen muss in der Hand der gesetzgebenden Gewalt verbleiben.
- *Pflicht zur Berücksichtigung von gleichstellungspolitischen Belangen bei allen Tätigkeiten:* Ein wichtiges Element stellt die Pflicht zur Berücksichtigung von Gleichstellungsbefangen bei *allen* gesetzgeberischen Tätigkeiten dar.³⁰⁰ Aus dem Optimierungs- und Effektivitätsgebot folgt, dass die Staatszielbestimmung Gleichstellung eine „Querschnittsklausel“ beinhaltet. Diese Klausel besagt, dass die gesetzgebende Gewalt die Förderung von Gleichstellung in *allen* Politikbereichen angemessen zu berücksichtigen hat und der Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht auf Gleichstellungspolitik begrenzt werden darf. Ein solches Verständnis trägt der Erkenntnis Rechnung, dass Gleichstellungspolitik eine Querschnittsmaterie ist, die nur erfolgreich umgesetzt werden kann, wenn Gleichstellungsaspekte bei allen staatlichen Tätigkeiten berücksichtigt werden.³⁰¹ Es genügt nicht, explizite Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsgesetze, wie beispielsweise das AGG, oder Gesetze mit offensichtlicher Gleichstellung relevanz, wie das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) oder das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG), zu verabschieden. Ähnlich wie bei der Umweltpolitik gilt auch hier, dass es keine effektive Gleichstellungspolitik ohne beispielsweise eine gleichstellungsorientierte Arbeitsmarkt-, Wirtschafts-, Steuer oder Gesundheitspolitik geben kann. Eine gleichstellungsblinde Arbeitsmarktpolitik, die negative Gleichstellungseffekte produziert, wird jede noch so gut konzipierte Gleichstellungsmaßnahme mit Arbeitsmarktbezug in ihrer Wirkung behindern oder sogar aufheben. Wäre der Förderauftrag auf den Bereich der Gleichstellungspolitik beschränkt, würde die überwiegende Mehrheit der Gesetze ohne Berücksichtigung von Gleichstellungsaspekten umgesetzt, was zum Teil erheblich nachteilige Folgen für die Gleichstellung der Geschlechter mit sich brächte. Werden Gleichstellungsaspekte aber bei jedem gesetzgeberischen Vorhaben von vornherein einbezogen, lassen sich solche negativen Effekte verhindern.

300 Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, S. Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 74, 81.

301 Dieselbe Erkenntnis liegt der Strategie des Gender Mainstreaming zugrunde, die zur effektiven Durchsetzung von Gleichstellung fordert, Gleichstellungsaspekte frühzeitig einzubeziehen und dafür handlungsorientierte Konzepte liefert; siehe dazu Lewalter et al. 2009, S. 126. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gilt daher auch als Rechtsgrundlage für Gender Mainstreaming in Deutschland; siehe dazu Mückenberger et al. 2007, S. 81f.

Diese Auslegung des Auftrages zur Gleichstellungsförderung entspricht auch der Entwicklung und dem Erkenntnisstand im europäischen Kontext. Mit dem Vertrag von Amsterdam wurde 1997 die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen als Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft verankert. Der damals ebenfalls neu eingefügte Art. 3 Abs. 2 EGV a.F. (Art. 8 Art AEUV n.F.) bestimmt ausdrücklich, dass die Gemeinschaft bei „allen Tätigkeiten“, die in Art. 3 Abs. 1 EGV aufgelistet sind, darauf hinwirkt, Ungleichheiten abzubauen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.³⁰²

- *Prozedurale und institutionelle Verankerung:* Das sich aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ergebende Schutzniveau kann nur sichergestellt werden, wenn effektive Verfahrensabläufe gewährleistet und institutionell abgesichert werden. Auch wenn es der gesetzgebenden Gewalt im Rahmen ihres weiten Gestaltungsspielraums obliegt, die Einzelheiten zu regeln, so können doch folgende verfahrens- und organisationsrechtliche Mindestanforderungen formuliert werden:

- *Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung:* Um die soeben dargestellten materiellen Vorgaben aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in gesetzgeberische Tätigkeiten einbeziehen zu können, bedarf es eines Prüfverfahrens, das Prognosen über die Art und das Ausmaß möglicher gleichheitsrechtlicher Gefährdungslagen im Vorfeld einer Maßnahme ermöglicht. Über die Einzelheiten eines solchen Verfahrens bestimmt die gesetzgebende Gewalt im Rahmen ihres Gestaltungsspielraums. Jedoch muss das Verfahren so ausgestaltet sein, dass materielle Gesichtspunkte wie das Optimierungsgebot, das Effektivitätserfordernis und das Verschlechterungsverbot geprüft werden können.

Dem Optimierungsgebot zufolge muss nicht nur untersucht werden, ob die in Rede stehende staatliche Maßnahme negative Gleichstellungseffekte haben könnte, sondern es gilt auch zu klären, wie die Gleichstellungslage verbessert werden kann. Beides ist nur auf der Grundlage sozialwissenschaftlich fundierter Daten zur gegenwärtigen Gleichstellungssituation zu leisten. Nur wer den Status quo kennt, kann substantzierte Prognosen zu möglichen Verbesserungen oder Verschlechterungen formulieren. Insofern ist der Staat verpflichtet, Wissen zur aktuellen Gleichstellungssituation in der Bundesrepublik Deutschland vorzuhalten. Zudem muss der Datenbestand zur Gleichstellungslage ständig aktualisiert werden, um entsprechende Veränderungen abzubilden. Bisher gab es als übergreifende Datenressourcen insbesondere den „Gender-

302 Siehe oben unter 3.2.1.2.

Datenreport“³⁰³ der vom Deutschen Jugendinstitut im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend erarbeitet wurde. Im Januar 2011 wurde der Erste Gleichstellungsbericht der Bundesregierung veröffentlicht.³⁰⁴ Dieser Bericht liefert eine fundierte Beschreibung und Analyse der gegenwärtigen Gleichstellungssituation, insbesondere in den Bereichen Bildung, Erwerbsleben sowie soziale Sicherung im Alter.³⁰⁵ Er stellt damit eine gute Grundlage für die Einschätzung der Gleichstellungsverträglichkeit geplanter Maßnahmen in den behandelten Schwerpunktbereichen dar, aber nur wenn er fortgeschrieben wird und damit aktuell bleibt.

Zwar steht der gesetzgebenden Gewalt im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung des Prüfverfahrens auch hier wieder ein weiter Spielraum zu. Jedoch muss das Verfahren vor dem Hintergrund des Status quo prognostische Aussagen zur zukünftigen Gleichstellungssituation ermöglichen. Insofern sind beispielsweise Checklisten mit abzuhakenen Aufzählungen oder einfachen Ja-Nein-Fragen kein adäquates Verfahren, um die Komplexität von Gleichstellungseffekten nachvollziehbar zu machen.

Aus dem Gebot zur Bewahrung des rechtlichen Besitzstandes ist der Staat verpflichtet, im Vorfeld gesetzgeberischer Entscheidungen zu ermitteln, ob das Gesetzesvorhaben zu einer Absenkung des gleichstellungsrechtlichen Schutzniveaus führen kann.

Aufgrund des Gebots der präventiven Risikovorsorge sind im Rahmen der Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung zukünftige Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter in Form einer Risikoabwägung zu beachten. Dabei sind Langzeitwirkungen zu beachten.

- *Alternativprüfung:* Aus dem Optimierungsgebot ergibt sich zudem die Pflicht, im Rahmen eines Gesetzgebungsvorhabens stets die für die Gleichstellung förderlichste Maßnahme zu wählen. Die Erfüllung dieser Pflicht erfordert die Prüfung von mindestens zwei Alternativen oder mehreren Varianten bezüglich ihrer Gleichstellungsverträglichkeit. Diese Pflicht kann als Prüfungspunkt in die oben dargestellte Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung einbezogen werden.
- *Evaluation von Gleichstellungsfolgen:* Die gesetzgebende Gewalt ist aufgrund des Effektivitäts- und Verschlechterungsgebots sowie der Pflicht zur Nachbesserung zu einer ständigen Überprüfung der Wirksamkeit ihrer Maßnahmen verpflichtet. Die Einzelheiten eines solchen

303 Cornelissen 2005.

304 BMFSFJ 2011.

305 Siehe die Einschätzung bei Lewalter 2011.

rückblickenden Evaluationsverfahrens sind dem Ermessen der gesetzgebenden Gewalt überlassen. Ähnlich wie bei der Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung muss das Evaluationsverfahren aber so ausgestaltet sein, dass es fundierte Aussagen zu den materiellen Vorgaben erlaubt. Daher ist das vorhandene Fachwissen zu Gender- und Gleichstellungsaspekten, insbesondere zu adäquaten Indikatoren, im Rahmen der Evaluation zu nutzen. Die Evaluation muss nachprüfbar Aussagen darüber enthalten, ob die rechtliche und faktische Gleichstellungs situation verschlechtert oder verbessert worden ist.

- *Begründungspflicht:* Es muss nachprüfbar sein, ob das Staatsziel Gleichstellung berücksichtigt worden ist. Deshalb besteht für die gesetzgebende Gewalt eine Pflicht zu begründen, ob bei dem Gesetzgebungsvorhaben Gleichstellungsaspekte eine Rolle spielen und wenn ja, wie diese Aspekte bei der Gestaltung des Gesetzes berücksichtigt worden sind. Formelhafte Aussagen, wie beispielsweise „Dieses Gesetz hat keinerlei Auswirkungen auf die Gleichstellung von Frauen und Männern“ oder „Die gleichstellungspolitischen Auswirkungen sind berücksichtigt“ ermöglichen keine Nachprüfung und genügen deshalb den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht. Die Ergebnisse der Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung können für die geforderte Begründung genutzt werden.
- *Beteiligungspflicht:* Ebenso wie für das Staatsziel Umweltschutz ist für das Staatsziel Gleichstellung aus dem Effektivitätsgedanken heraus ein Mindestmaß an Transparenz und Beteiligung der Öffentlichkeit erforderlich. Dies bedeutet, dass Vereine, Verbände und andere Organisationen, die über Fachwissen zu Gleichstellung verfügen, bei der Gestaltung von gleichstellungsrelevanten Gesetzen zu beteiligen sind. Dabei bleibt es Sache der gesetzgebenden Gewalt, wie diese Beteiligung im Einzelnen ausgestaltet ist; die entsprechenden Organisationen sind zumindestens anzuhören, beispielsweise im Wege einer schriftlichen Stellungnahme.
- *Institutionelle Absicherung:* Ähnlich wie bei der Erhaltung der Umwelt handelt es sich bei Gleichstellung um eine Daueraufgabe, die letztendlich nie abgeschlossen sein wird. Selbst wenn die tatsächliche Gleichberechtigung der Geschlechter eines Tages durchgesetzt sein sollte, erledigt sich das Ziel Gleichstellung nicht, denn dann ergibt sich aus der Staatszielbestimmung ein Gebot zur Erhaltung dieses Zustandes. So schwer es heute fällt, sich einen solchen Zustand vorzustellen, ist dennoch klar, dass sich dieser Zustand nicht von alleine halten wird. Daher besteht schon heute die Pflicht, die tatsächliche Durchsetzung von Gleichstellung zukunftsbezogen und nachhaltig zu denken und auch die

Interessen der zukünftigen Generationen an einer gleichstellungsrechten Gesellschaft einzubeziehen. Daher ist die gesetzgebende Gewalt verpflichtet, Organisationsformen bereitzustellen, die diese materiellen Vorgaben institutionell absichern. Dies könnte zum Beispiel durch eine Ressortforschungseinrichtung auf Bundesebene umgesetzt werden, die jenseits von Legislaturdenken und politischen Wechseln aktuelle Daten zur Gleichstellungssituation in Deutschland vorhält und Kompetenzen für die Durchführung von Gleichstellungsverträglichkeitsprüfungen und Evaluationen zur Verfügung stellt.

Nach den bisherigen Ausführungen ist ein Gesetz im Hinblick auf das Staatsziel Gleichstellung dann materiell verfassungskonform, wenn es in einem Verfahren entstanden ist, das die Anforderungen des Förderauftrages der Staatszielbestimmung Gleichstellung hinreichend berücksichtigt. Insofern ergibt sich für die gesetzgebende Gewalt aus der Staatszielbestimmung Gleichstellung die verfassungsrechtliche Pflicht zu einem gleichstellungsorientierten Gesetzgebungsverfahren. Die Auferlegung von verfassungsrechtlichen Verfahrenspflichten ist dem Grundgesetz nicht fremd. Bisher hat das Bundesverfassungsgericht solche Pflichten aus dem Übermaß- und dem Willkürverbot abgeleitet und in ständiger Rechtsprechung folgende Vorgaben für ein optimales Gesetzgebungsverfahren formuliert:³⁰⁶

- Pflicht zur sorgfältigen Tatsachenfeststellung mithilfe aller zugänglichen Erkenntnismittel;
- Pflicht zur Abwägung der festgestellten Tatsachen, insbesondere durch Auseinandersetzung mit möglichen Regelungsalternativen;
- Prognosepflicht verbunden mit der Aufgabe, diese aus Gründen der Nachprüfbarkeit zu dokumentieren;
- fortwährende Beobachtungspflicht bezüglich der Wirkungen des Gesetzes auch nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens;
- Nachbesserungspflicht bei einer Änderung der maßgeblichen Beurteilungsgrundlagen.

Teile des Schrifttums lehnen diesen verfahrensrechtlichen Pflichtenkatalog mit dem Argument ab, es sei unzulässig, materielle Verfassungsnormen mit inhaltlichen Anforderungen an Gesetze von Kontroll- zu Handlungsmaßstäben umzu-deuten. Vielmehr schulde der Gesetzgeber nichts als das Gesetz. Er unterliege weder verfassungsrechtlichen Optimierungspflichten im Verfahren noch einer Begründungspflicht für seine Maßnahmen. Es gehe beim Gesetzgebungsverfahren um die politische Akzeptanz einer so getroffenen gesetzgeberischen Ent-

³⁰⁶ Siehe BVerfGE 6, 389 (398ff.); 50, 290 (331ff.); 65, 1 (55).

scheidung und nicht um deren sachliche Richtigkeit.³⁰⁷ *Ulrich Smeddinck* weist zu Recht darauf hin, dass Gesetze ihre Steuerungsfunktion in einem demokratischen Rechtsstaat nur dann erfüllen, wenn sie die soziale Realität in verfassungskonformer Weise gestalten.³⁰⁸ Diese Sichtweise entspricht auch der europäischen Entwicklung, die unter dem Stichwort *better regulation* Standards für gute Gesetzgebung formuliert und mit dem Verfahren der Folgenabschätzung und dem dazugehörigen Fragenkatalog einen strukturierten Rahmen für den Umgang mit empirischem Material liefert.³⁰⁹ Die gesetzgebende Gewalt schuldet daher nicht nur das Gesetz, sondern ein taugliches und wirksames Gesetz, das unter Heranziehung der einschlägigen Daten und einer sorgfältigen Abwägung und Prognose entstanden ist.³¹⁰ Den Gegnern der Pflicht zur optimalen Gesetzgebung sei zugestanden, dass die Feststellung der gesetzesrelevanten Tatsachen, ihre Würdigung und eine darauf basierende Prognose in einer immer komplexer werdenden Gesellschaft kein leichtes Unterfangen ist. Und zweifelsohne dürfen die Anforderungen an den Erkenntnisstand der gesetzgebenden Gewalt nicht so gestaltet sein, dass sie beispielsweise wegen zu aufwendiger Tatsachenermittlung nicht mehr in der Lage ist, in einer Legislaturperiode Gesetze zu verabschieden. Jedoch stellt die Ermittlung der *legislative facts* vor dem Hintergrund des Standes der Forschung des jeweils betroffenen Fachbereichs keine solche, die gesetzgebende Gewalt blockierende Anforderung dar. Von einzelnen Abgeordneten kann nicht erwartet werden, dass sie über Fachwissen zu den unterschiedlichsten Gesetzesbereichen verfügen,³¹¹ doch darf nicht vergessen werden, dass sie in ihrer Entscheidungsfindung auf einen unterstützenden Apparat zurückgreifen können. Zu denken ist hier unter anderem an den Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages, Fraktionsreferate oder persönliche wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die in der Lage sind, den gegenwärtigen Stand der Forschung zum in Rede stehenden Sachverhalt aufzubereiten. Die Komplexität kann deshalb nicht dazu führen, verfahrensrechtliche Pflichten der gesetzgebenden Gewalt als solche abzulehnen, sondern ist vielmehr bei der Ausgestaltung der Verfahrenspflichten zu beachten. Zu Recht weist deshalb *Smeddinck*

307 Siehe dazu grundlegend Schlaich 1981, S. 109; Gusy 1985, S. 298.

308 Smeddinck 2003, S. 643ff.

309 Eine ausführliche Darstellung der europäischen Entwicklung der *better regulation* findet sich bei Konzendorf et al. 2005.

310 Grundlegend Schwerdtfeger 1977; mit Differenzierungen zustimmend Härtel 2006, S. 336; Smeddinck 2003, S. 643ff.; Köck 2002, S. 20; Lücke 2001.

311 *Christoph Gusy* verweist in seiner Argumentation darauf, dass die Anforderungen der optimalen Gesetzgebung vom einzelnen Abgeordneten Unmögliches verlangen würden, ohne zu berücksichtigen, dass die Voraussetzung für die Wahl zum Abgeordneten nicht Fachwissen ist, sondern nur die Erfüllung des passiven Wahlrechts; siehe dazu Gusy 1985, S. 297f.

dinck darauf hin, dass mit der Methode der Gesetzesfolgenabschätzung ein strukturierter und praktikabler Rahmen zur Umsetzung der verfassungsrechtlichen Verfahrensanforderungen zur Verfügung steht.³¹²

Aus der Staatszielbestimmung Gleichstellung eine verfahrensrechtliche Pflicht zu einem gleichstellungsorientierten Gesetzgebungsverfahren herzuleiten, ist eine verfassungsrechtlich zulässige und notwendige Ausdifferenzierung des bisherigen verfahrensrechtlichen Pflichtenkatalogs, den das Bundesverfassungsgericht für die gesetzgebende Gewalt aufgestellt hat. Denn Gesetze sollen nicht nur einfach die soziale Realität gestalten, sondern die tatsächliche Durchsetzung der Gleichstellung der Geschlechter verwirklichen.

3.3.1.3.2.3 Zusammenfassung

Die Staatszielbestimmung aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, die Gleichstellungssituation durch gesetzgeberische Maßnahmen in der Realität effektiv und ergebnisorientiert zu verbessern. Sein Handeln darf weder faktisch noch rechtlich die Gleichstellungssituation verschlechtern und muss dabei auch Langzeitwirkungen bedenken. Die Verantwortung dafür darf der Staat nicht delegieren und er muss bei allen Tätigkeiten die Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter berücksichtigen, auch wenn es sich um auf den ersten Blick gleichstellungsneutrale Vorhaben handelt. Diese materiellen Vorgaben hat der Staat prozedural und institutionell abzusichern: Der Staat muss im Wege einer Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung ex-ante die Gleichstellungswirkungen seiner gesamten Tätigkeiten ermitteln und anhand des Optimierungs- und Effektivitätsgebots, des Verschlechterungsverbots sowie der Gebote zur Bewahrung des gleichstellungsrechtlichen Besitzstandes und zur präventiven Risikovorsorge bewerten. Dabei ist an gleichstellungsorientierte Alternativen zu denken, der Begründungspflicht zu genügen und die Öffentlichkeit angemessen zu beteiligen. Ex-post sind dann im Rahmen eines Evaluationsverfahrens die tatsächlich eingetretenen Folgen des staatlichen Handelns auf die Gleichstellung zu untersuchen und die ergriffenen Maßnahmen gegebenenfalls nachzubessern. Zusätzlich zu diesen verfahrensrechtlichen Vorgaben bedarf es einer bundesdeutschen Gleichstellungsinstitution jenseits des politischen Alltagsgeschäfts, die so strukturiert und ausgestattet ist, dass sie die Förderung der Daueraufgabe Gleichstellung langfristig sicherstellt und das beschriebene Verfahren gewährleistet. Das Optimierungsgebot verpflichtet den Staat ferner, durchgängig aktuelles Wissen über die Gleichstellungslage in der Bundesrepublik Deutschland bereitzuhalten.

Es wäre unzulässig, dem Staat eine bestimmte Methode für die notwendige Wirkungsanalyse und Folgenabschätzung vorzuschreiben. Bei der konkreten Aus-

³¹² Smeddinck 2003, S. 644ff.

gestaltung des Verfahrens, mit dessen Hilfe der Staat die Auswirkungen seines Handelns auf die Gleichstellung der Geschlechter erfasst, besteht vielmehr ein weiter Gestaltungsspielraum. Es stellt sich aber die Frage, welche Methode in der Lage ist, das materiell von der Verfassung Geforderte verfahrensmäßig umzusetzen. Dafür ist es sinnvoll, bestehende Methoden auf ihre Tauglichkeit hin zu prüfen. Für die Analyse und Einschätzung von Gleichstellungsfolgen gesetzgeberischen Handelns bietet sich das Verfahren der gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung an.³¹³

Der folgende Abschnitt widmet sich der Frage, welche Vorgaben sich aus dem Fördergebot der Staatszielbestimmung Gleichstellung für Organisationsprivatisierungen ergeben, unabhängig davon, ob es sich bei dem Privatisierungsakteur um den Bund, ein Land oder eine Kommune handelt.

3.3.1.4 Vorgaben für Organisationsprivatisierungen aus dem Gleichstellungsfördergebot des Grundgesetzes

Im Folgenden geht es darum, die oben vorgenommenen Konkretisierungen der Staatszielbestimmung Gleichstellung auf Organisationsprivatisierungen anzuwenden, das heißt Vorgaben zu formulieren, denen eine Organisationsprivatisierung genügen muss, damit sie als gleichstellungsgerecht gelten kann. Hierfür müssen zunächst die für Organisationsprivatisierungen relevanten Aspekte der Staatszielbestimmung Gleichstellung ausgewählt werden. Dabei bilden die Verfahrenselemente den Hauptrahmen, während die materiellen Gesichtspunkte wie beispielsweise das Optimierungsgebot als Prüfungspunkte innerhalb dieses Hauptrahmens behandelt werden (vgl. Übersicht 4).

Übersicht 4: Vorgaben für Organisationsprivatisierungen aus dem Fördergebot der Staatszielbestimmung Gleichstellung

-
- Pflicht zur Ex-ante-Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung im Rahmen aller Organisationsprivatisierungsverfahren:
Optimierungsgebot
Effektivitätsgebot
Faktisches und rechtliches Verschlechterungsverbot
Präventive Risikovorsorge
Nicht delegierbare Verantwortung des Staates
Begründungspflicht in Privatisierungsgesetz bzw. -satzung
Beteiligungspflicht
Verpflichtung zur Evaluation der Gleichstellungsfolgen von Privatisierung
Gewährleistung einer institutionellen Absicherung
-

313 Siehe dazu Lewalter 2013a; Baer/Lewalter 2007.

- *Pflicht zur Ex-ante-Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung im Rahmen aller Organisationsprivatisierungsverfahren:* Der jeweilige Privatisierungsakteur hat im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung eine Prüfung der Gleichstellungsfolgen bzw. der Gleichstellungsverträglichkeit durchzuführen. Zur Erfüllung des Effektivitätsgebotes des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG sind bei allen gesetzgeberischen Tätigkeiten, so auch bei der Gestaltung von Privatisierungsgesetzen bzw. -satzungen, gleichstellungspolitische Belange zu berücksichtigen. Denn auch scheinbar gleichstellungsneutrale Vorhaben wie eine Organisationsprivatisierung können Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter haben, ohne dass dies bezweckt wäre. Die Regelung der Einzelheiten der Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung im Rahmen der Organisationsprivatisierung obliegt der privatisierenden öffentlichen Einrichtung bzw. deren Vertreterinnen und Vertretern. Das Prüfverfahren muss sich an den materiellen Vorgaben aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG orientieren und Prognosen über die Art und das Ausmaß potenzieller gleichheitsrechtlicher Gefährdungslagen im Zusammenhang mit einer Organisationsprivatisierung bereitstellen.

Konkret bedeutet dies, dass mithilfe eines Prüfverfahrens wie beispielsweise einer gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung darzulegen ist, inwiefern faktische oder rechtliche Verschlechterungen zu befürchten sind und wie diese vermieden werden können. Aus dem faktischen Verschlechterungsverbot ergibt sich, dass eine Organisationsprivatisierung nicht zu negativen gleichstellungsspezifischen Auswirkungen für die Beschäftigten führen darf. Aus dem Optimierungs- und Effektivitätsgebot ergibt sich die Pflicht aufzuzeigen, wie die Gleichstellungssituation im Rahmen von Privatisierung effektiv, das heißt messbar verbessert werden kann. Privatisierungsgesetze oder -satzungen sind daher so zu gestalten, dass das Ziel Gleichstellung in Abwägung mit den anderen Zielen mit Verfassungsrang, die im Rahmen einer Privatisierung verfolgt werden, so gut wie irgend möglich zum Tragen kommt. Gibt es dabei gleichwertige Alternativen für bestimmte Maßnahmen, dann ist diejenige auszuwählen, die Gleichstellung am besten fördert. Ein solches Vorgehen ist nicht denkbar ohne die Berücksichtigung von empirischen Erkenntnissen über den gegenwärtigen Gleichstellungsstand in der entsprechenden öffentlichen Einrichtung sowie in dem betroffenen Sektor, in dem die privatisierte Einrichtung wirtschaftlich tätig ist. Die bisher mangelhafte Datenlage erfordert es, weitere Untersuchungen in Auftrag zu geben, die gleichstellungsspezifische Privatisierungsfolgen für Beschäftigte adäquat abbilden. Für diese Studien sind die zum europarechtlichen Gleichstellungsfördergebot formulierten Fragen und Hinweise zu nutzen.³¹⁴

314 Siehe oben unter 3.2.1.4.

Aufgrund des Gebots zur Bewahrung des rechtlichen Besitzstandes ist im Rahmen der Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung darzulegen, ob sich die Gleichstellungssituation infolge einer Organisationsprivatisierung verschlechtern kann. Durch den Rechtsformwechsel und den damit einhergehenden Rechtsregimewechsel unterliegt die privatisierte Einrichtung nicht mehr den Gleichstellungsgesetzen des Bundes und der Länder, sondern dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz.³¹⁵ Die staatliche Stelle, die die Organisationsprivatisierung durchführt, muss dafür sorgen, dass der Wechsel des Rechtsregimes nicht zu einem Abbau von Gleichstellungsrecht führt. Um nicht gegen das rechtliche Verschlechterungsverbot zu verstößen, sind bei der Prüfung der Gleichstellungsverträglichkeit eines Rechtsformwechsels vor dem Hintergrund der konkreten betrieblichen Gleichstellungssituation die Verpflichtungen und Instrumente des jeweils geltenden Gleichstellungsgesetzes mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zu vergleichen, das dann für die privatisierte Einrichtung gilt. Dabei sind mögliche Schutzlücken zu identifizieren und Vorschläge zu entwickeln, wie diese Schutzlücken geschlossen werden können. Wie oben dargelegt, finden sich solche Schutzlücken vor allem bei den Kernelementen des öffentlichen Gleichstellungsrechts, wie beispielsweise der Institution der Gleichstellungsbeauftragten oder Quotenregelungen für den Zugang zu Beschäftigung und beruflichem Aufstieg, weil das AGG keine entsprechenden Regelungen kennt.³¹⁶ Welche rechtlichen Handlungsoptionen Privatisierungsakteuren zur Verfügung stehen, um den Status quo der Gleichstellung abzusichern, sind bereits beschrieben worden.³¹⁷ Das Effektivitätsgesetz verlangt, diejenige Handlungsoption auszuwählen, die die Gleichstellung der Geschlechter am effektivsten absichert. Welche Option dieses Kriterium erfüllt, ist vor dem Hintergrund einer Analyse der bestehenden betrieblichen Gleichstellungssituation zu entscheiden.

Werden die gleichstellungsrechtlichen Folgen für die Beschäftigten nicht abgeschätzt, riskiert der Staat eine Verletzung der Staatszielbestimmung aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Auch wenn eine solche Verletzung nicht im Wege einer Verfassungsbeschwerde angreifbar ist, weil die Staatszielbestimmung kein subjektives Recht vermittelt, ist der Staat aufgrund des Rechtsstaatsprinzips gehalten, das Privatisierungsverfahren verfassungsgemäß zu gestalten (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG).

Die ermittelten Gleichstellungswirkungen müssen sich auch materiell im Abwägungsergebnis niederschlagen. Das Staatsziel Gleichstellung darf nicht

315 Siehe dazu ausführlich oben unter 1.2.3.

316 Ausführlich dazu oben unter 1.2.4.

317 Siehe dazu detailliert oben unter 2.2.

mit der Begründung zur Seite geschoben werden, dass die mit der Privatisierung verfolgten Ziele als höherrangig einzustufen sind. Organisationsprivatisierungen werden zumeist damit begründet, dass sie zu mehr Flexibilität und Wirtschaftlichkeit führen und die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen erhalten. Bei diesen Zielen handelt es sich nicht um Verfassungsgüter. Beim Versuch, Privatisierungsziele und Gleichstellungsziele miteinander zu verbinden, ist zu beachten, dass das Ziel Gleichstellung Verfassungsrang hat und damit einem nicht verfassungsrechtlich abgesicherten Ziel wie Flexibilität vorgeht.

- *Nicht delegierbare Verantwortung des Staates:* Der Privatisierungsakteur hat im Rahmen eines Privatisierungsverfahrens mögliche Gleichstellungsaspekte selbst zu regeln. Das bedeutet, dass das Privatisierungsgesetz oder die Privatisierungssatzung selbst Angaben dazu enthalten müssen, wie mit möglichen Auswirkungen auf Gleichstellung umgegangen wird. Wenn beispielsweise bei der Prüfung der Veränderung des gleichstellungsrechtlichen Niveaus Schutzlücken festgestellt werden, dann ist in der Rechtsgrundlage der Privatisierung eine Regelung zu treffen, wie diese Schutzlücke zu füllen ist. Das kann etwa durch eine Weitergeltungsvereinbarung des jeweiligen Gleichstellungsgesetzes³¹⁸ oder durch die ausdrückliche Feststellung in der Privatisierungsgrundlage geschehen, dass die aus Anlass der bevorstehenden Privatisierung formulierte Dienstvereinbarung zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter nach der Organisationsprivatisierung als Betriebsvereinbarung weitergilt.³¹⁹
- *Begründungspflicht:* Es muss nachprüfbar sein, inwiefern der Verfassungsauftrag Gleichstellung bei der Gestaltung des Privatisierungsvorhabens berücksichtigt worden ist. Daher muss der staatliche Privatisierungsakteur im Privatisierungsgesetz oder der Privatisierungssatzung darlegen, ob und wie er den materiellen Vorgaben aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG im Rahmen des Privatisierungsverfahrens Rechnung getragen hat. „Dieses Gesetz hat keinerlei Auswirkungen auf die Gleichstellung von Frauen und Männern“ oder „Dieses Gesetz berücksichtigt die Auswirkungen auf Frauen und Männer“ oder andere formelhafte Aussagen ermöglichen keine inhaltliche Überprüfung und genügen daher nicht den Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.
- *Beteiligungspflicht:* Beim Verfahren für eine Organisationsprivatisierung, also beispielsweise während der Erarbeitung eines Privatisierungsgesetzes, ist die Öffentlichkeit zu beteiligen, insbesondere Verbände und andere Organisationen, die über Fachwissen zu Gleichstellung und Privatisierung verfügen. Die Ausgestaltung dieser Beteiligungsmöglichkeit ist Sache des je-

318 Siehe dazu oben unter 2.2.1.

319 Siehe dazu oben unter 2.2.3.2.

weiligen Privatisierungsakteurs. Jedenfalls ist den Verbänden Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu gleichstellungspolitischen Auswirkungen der in Frage stehenden Organisationsprivatisierung zu geben.

- *Verpflichtung zur Evaluation der Folgen einer Organisationsprivatisierung für die Gleichstellung:* Aufgrund des Gebots zur präventiven Risikovorsorge muss eine Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung auch Langzeitwirkungen von Organisationsprivatisierungen in Bezug auf Gleichstellung beachten. Eine gleichstellungsorientierte Wirkungsanalyse, die der Staat im Rahmen einer Privatisierungsentscheidung durchführt, darf nicht nur kurzfristige Folgen in den Blick nehmen. Sie muss vielmehr so angelegt sein, dass sie auch längerfristige Privatisierungsfolgen auf Basis einer sorgfältigen Tatsachenermittlung darstellt bzw. abschätzt und bei der gleichstellungspolitischen Bewertung berücksichtigt. Daher sind die Gleichstellungsfolgen des Privatisierungsgesetzes oder der Privatisierungssatzung nach einer angemessenen Zeit ex-post zu ermitteln und zu bewerten. Es ist zu untersuchen, ob durch die Organisationsprivatisierung faktische und rechtliche Verschlechterungen der Gleichstellungssituation eingetreten sind und ob die Maßnahmen, die die Gleichstellungslage in der privatisierten Einrichtung verbessern sollten, die beabsichtigten Wirkungen zeigen. Dabei ist an Langzeitwirkungen zu denken. Diese Evaluation muss die Ergebnisse der Frauen- und Gleichstellungsforchung einbeziehen und beispielsweise untersuchen, ob sich die Befürchtung als richtig erweist, dass es sich bei den infolge von Organisationsprivatisierungen entstandenen neuen Beschäftigungsmöglichkeiten für Frauen hauptsächlich um schlecht bezahlte, prekäre Arbeitsplätze im Dienstleistungsbereich handelt. Auch ist die betriebliche Entgeltentwicklung zu überprüfen und vor dem Hintergrund der bestehenden Entgeltungleichheit zwischen den Geschlechtern im Allgemeinen und der konkreten betrieblichen Situation zu bewerten.³²⁰ Die Untersuchung der gleichstellungsspezifischen Privatisierungsfolgen muss nicht gesondert erfolgen, sondern kann auch in eine allgemeine Evaluation integriert werden.
- *Gewährleistung einer institutionellen Absicherung:* Eine den verfahrensrechtlichen Vorgaben entsprechende Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung sowie eine Evaluation einer Organisationsprivatisierung lassen sich nicht von einer Person in ein paar Tagen nebenbei erledigen. Deshalb muss der Privatisierungsakteur sicherstellen, dass sie von einer Stelle durchgeführt werden, die die entsprechenden Kompetenzen besitzt und mit ausreichenden personellen, zeitlichen und finanziellen Ressourcen ausgestattet ist.

320 Zu den möglichen gleichstellungsspezifischen Folgen siehe oben unter 1.1. Alle dort genannten Bereiche sind in einer solchen Evaluation der Gleichstellungsfolgen aufzubereiten.

Auch wenn in diesem Abschnitt der Fokus darauf lag, Vorgaben für zukünftige Organisationsprivatisierungen zu formulieren, müssen sich auch bereits erfolgte Rechtsformwechsel an diesem Prüfungsmaßstab messen lassen. Fehlende Ex ante-Gleichstellungsverträglichkeitsprüfungen können nicht nachgeholt werden, jedoch besteht für abgeschlossene Organisationsprivatisierungen die Verpflichtung, im Rahmen einer Ex-post-Evaluation der gleichstellungsspezifischen Privatisierungsfolgen negative Gleichstellungswirkungen zu identifizieren und wenn möglich zu beheben.

Im folgenden Abschnitt wird ein weiterer Prüfungsmaßstab für Organisationsprivatisierung untersucht: das verfassungsrechtliche Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

3.3.2 *Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG*

Privatisierungsgesetze bzw. Privatisierungssatzungen erscheinen auf den ersten Blick meist gleichstellungsneutral. Eine Organisationsprivatisierung zielt auf die Veränderung der Rechtsform einer öffentlichen Einrichtung, nicht auf die Regelung von Gleichstellungsaspekten oder die Veränderung von Geschlechterverhältnissen. Weil Privatisierungsgesetze bzw. -satzungen aber nicht nur den Rechtsformwechsel, sondern auch die Überleitung von Beschäftigungsverhältnissen normieren, können sie in der sozialen Realität unterschiedliche Auswirkungen auf die beschäftigten Frauen und Männer haben. Darauf weisen die vorliegenden empirischen Untersuchungen zu Privatisierungsfolgen hin.³²¹ Insofern geht es um faktische Wirkungen einer geschlechtsneutral formulierten Maßnahme, nämlich der Personalüberleitung im Rahmen einer Organisationsprivatisierung. Deshalb liegt es nahe, die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Die Kernfrage ist, ob und wieweit der Akteur, der eine Rechtsgrundlage für einen geplanten Rechtsformwechsel gestaltet, faktische geschlechtsspezifische Auswirkungen ermitteln und berücksichtigen muss. In einer Entscheidung vom 14. April 2010 hat das Bundesverfassungsgericht diese Frage bejaht.³²² Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei der Privatisierung der Kliniken der Freien und Hansestadt Hamburg war den Beschäftigten ein Rückkehrrecht in den öffentlichen Dienst zugestanden worden. Dies galt jedoch nicht für die Reinigungskräfte, deren Arbeitsverhältnisse im Rahmen einer früheren Organisationsteilprivatisierung auf eine GmbH übergegangen waren, die zu 100 Prozent in öffentlicher Hand verblieb. Da es sich bei diesen Reinigungskräften hauptsächlich um

321 Siehe oben unter 1.1.

322 BVerfG 126, 29 (54f.).

Frauen handelte, sah das Bundesverfassungsgericht in der beanstandeten Rückkehrregel eine nicht gerechtfertigte mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und erklärte sie deshalb für verfassungswidrig:

„Der Landesgesetzgeber hat ganz überwiegend Arbeitnehmerinnen benachteiligt, indem er das Rückkehrrecht auf die zuletzt bei der LBK Hamburg GmbH angestellten Arbeitnehmer beschränkt und die bei der C ... GmbH beschäftigten Reinigungskräfte ausgeschlossen hat. Die geschlechtsspezifische Wirkung der Regelung folgt aus der in der sozialen Wirklichkeit vorfindbaren Zusammensetzung dieser Berufsgruppe. Bei der Sonderregelung für Reinigungskräfte im vorliegenden Fall steht faktisch fest, dass sie mit einem Anteil von 93,5 Prozent hauptsächlich Frauen trifft. Dieser Anteil liegt damit wesentlich über dem im Klinikbereich hier ohnehin hohen Frauenanteil (69,5 Prozent). Das löst damit genau die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung aus, der Art. 3 Abs. 2 GG begegnen will.“³²³

Diese Entscheidung zeigt, dass Privatisierungsgesetze dem Maßstab des Verbots der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unterliegen. Privatisierungsakteure sind daher gehalten, bei der Gestaltung der Rechtsgrundlage der Privatisierung vorab gleichstellungsspezifische Wirkungen zu identifizieren und zu berücksichtigen. Ansonsten riskieren sie eine juristische Niederlage in Karlsruhe, die aufwendige Nachbesserungen der Rechtsgrundlage notwendig macht. Der folgende Abschnitt stellt die Vorgaben dar, die Privatisierungsakteure beachten müssen, um dieses Risiko zu vermeiden.

Nachdem zunächst der Europäische Gerichtshof dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung durch seine Rechtsprechung die notwendigen inhaltlichen Konturen verliehen hatte,³²⁴ ist diese Rechtsfigur inzwischen in verschiedenen europäischen Richtlinien legal definiert.³²⁵ In das deutsche Verfassungsrecht wurde das Verbot der mittelbaren Diskriminierung zwar nicht ausdrücklich aufgenommen,³²⁶ es ist aber unterdessen durch Interpretation der besonderen Gleichheitssätze Bestandteil des deutschen Verfassungsrechts geworden. Seit Ende der 1990er-Jahre prüft das Bundesverfassungsgericht explizit, ob ein Sachverhalt gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts ver-

323 BVerfG 126, 29 (54). Das Gericht bejahte darüber hinaus auch einen Verstoß gegen das allgemeine Gleichheitsgebot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG.

324 Siehe dazu oben unter 3.2.3.4.

325 Vgl. Art. 2 Abs. 2 b) Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 b) Richtlinie 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 2 b) Richtlinie 2002/73/EG; Art. 2 Abs. 2 b) Richtlinie 2004/113/EG. Diese Richtlinien haben die erste Legaldefinition in der Richtlinie 97/ 80/EG vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (ABl. Nr. L 14 S. 6) ersetzt. Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 b) Richtlinie 2006/54/EG (Gleichstellungsrichtlinie).

326 Eine einfachgesetzliche Legaldefinition findet sich in § 3 Abs. 2 AGG.

stößt.³²⁷ Aus den bisherigen Urteilen lassen sich folgende verfassungsrechtlichen Kriterien für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung ableiten:

- geschlechtsneutrale Regelung oder Maßnahme;
- Feststellung eines Nachteils in der sozialen Lebenswirklichkeit, der typischerweise die Angehörigen eines Geschlechts betrifft;
- keine Rechtfertigung durch solche Gründe, die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.

Im Folgenden werden diese Voraussetzungen nacheinander näher erläutert und auf den Kontext von Organisationsprivatisierung bezogen.

3.3.2.1 Geschlechtsneutrale Regelung oder Maßnahme

An der Voraussetzung einer geschlechtsneutral formulierten Regelung fehlt es, wenn die Regelung mit einer direkten Anknüpfung an die Kategorisierung Geschlecht arbeitet. Dann handelt es sich um eine geschlechtsspezifische Regelung, am Maßstab des Verbots der unmittelbaren Diskriminierung zu prüfen ist. Diese Abgrenzung erscheint auf den ersten Blick trivial, ist aber von Bedeutung, weil für die beiden Diskriminierungsformen unterschiedliche Voraussetzungen gelten.³²⁸ Auch sind beide Formen nicht immer leicht zu unterscheiden. Ist in einem Gesetz beispielsweise von Schwangerschaft die Rede, stellt sich die Frage, ob die Regelung damit direkt an die Kategorisierung Geschlecht anknüpft oder nicht. Inzwischen gelten deshalb nur solche Regelungen als neutral, die an Merkmale anknüpfen, die tatsächlich und rechtlich von beiden Geschlechtern realisiert werden können,³²⁹ was bei Schwangerschaft unstreitig nicht der Fall ist.³³⁰

Im Zusammenhang mit Organisationsprivatisierungen ist die Frage entscheidender, ob auch Regelungen am Maßstab des Verbots der mittelbaren Diskriminierung zu prüfen sind, die gerade nicht mit Anknüpfungen und Differenzierungen arbeiten, sondern rechtlich gleichbehandeln, jedoch eben durch diese for-

³²⁷ Vgl. BVerfGE 126, 29 (53f.); 113, 1 (15ff.); 104, 373 (393); 97, 35 (43) sowie BVerfG, Beschluss vom 07.11.2008 – 2 BvR 1870/07, Rn. 19ff, online verfügbar unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de>; zuletzt aufgesucht am 18.04.2015.

³²⁸ Insbesondere gibt es für eine unmittelbare Diskriminierung weniger Rechtfertigungsgründe als für eine mittelbare Diskriminierung.

³²⁹ Bieback 1997, S. 45.

³³⁰ In der Rechtssache *Dekker* hat der EuGH entschieden, dass die Ungleichbehandlung wegen der Schwangerschaft – im konkreten Fall: die Weigerung, eine schwangere Frau einzustellen – als Fall der direkten und nicht als indirekte Diskriminierung anzusehen ist; vgl. EuGH, Urteil vom 08.11.1990 – C-177/88, Slg. 1990, I-3973, Rn. 32 – *Dekker*. Auf der einfachgesetzlichen Ebene stellt das AGG in Satz 2 des § 3 Abs. 1 klar, dass es sich bei der ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft um eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts handelt.

male Gleichbehandlung faktisch geschlechtsspezifische Auswirkungen produzieren bzw. verstärken. In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, diese Fälle seien gerade nicht vom Verbot der mittelbaren Diskriminierung erfasst.³³¹ *Christine Fuchsloch* führt zu diesem Punkt aus:

„Mittelbar geschlechtsdiskriminierend können nur solche Regelungen sein, die überhaupt Anknüpfungsmerkmale enthalten und damit Differenzierungen vornehmen. Behandelt eine Regelung alle Menschen gleich, so hat diese Regelung zwar möglicherweise geschlechtsspezifische Auswirkungen, diese können jedoch nicht mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung erfasst werden. (...) Bei der rechtlichen Gleichbehandlung aller, vor allem durch Unterlassen, fehlt die Alternative zur bisherigen Regelung, sodass auch ein Gericht nicht feststellen könnte, welches andere Anknüpfungsmerkmal verwendet werden soll.“³³²

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung zielt eben nicht auf die Herstellung gleicher Lebensverhältnisse durch rechtlich differenzierende Regelungen, sondern sei auf die Neutralität des Rechts gerichtet. Es enthalte damit nur das Gebot für den Staat, Merkmale so auszuwählen, dass dadurch kein Geschlecht gegenüber dem anderen benachteiligt wird.³³³

Die Personalüberleitung im Rahmen von Organisationsprivatisierungen wird konkret für die zu privatisierende Einrichtung formuliert. Es kann daher Regelungen in der Rechtsgrundlage einer Organisationsprivatisierung geben, die an bestimmte Merkmale anknüpfen und beispielsweise nur bestimmten Beschäftigungsgruppen Rechte einräumen, wie das bei der oben geschilderten Rückkehrregel im Kontext der Privatisierung der Hamburger Kliniken der Fall war.³³⁴ Einzelheiten der Personalüberleitung werden oft in spezifischen Personalüberleitungsverträgen geregelt.³³⁵ Es sind aber auch Regelungen zur Personalüberleitung denkbar, die alle Beschäftigten gleich behandeln.

Nach der Auffassung von *Fuchsloch* wären geschlechtsspezifische Auswirkungen als Folge von Organisationsprivatisierungen bei einer nicht differenzierenden Regelung nicht mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung adressierbar. Der Staat müsste demnach bei der Gestaltung der Rechtsgrundlage für

331 Vgl. *Fuchsloch* 1995, S. 130ff.; im Ergebnis ähnlich *Bieback* 1997, S. 37.

332 *Fuchsloch* 1995, S. 131.

333 ebd., S. 130.

334 BVerfGE 126, 29.

335 Siehe zum Beispiel § 2 Nr. 11 des Gesetzes zur Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung eines Unternehmens der städtischen Krankenhäuser (Krankenhaus-Unternehmensgesetz) vom 30.11.2000, GVBl. Berlin 2001, S. 503. Weitere Beispiele für Personalüberleitungsverträge sowie ein Muster für einen Personalüberleitungsvertrag finden sich bei DBB Tarifunion 2005, S. 83–108; allerdings enthalten weder die Beispiele noch das Muster Gleichstellungsregelungen.

den Rechtsformwechsel das Verbot der mittelbaren Diskriminierung nicht als Maßstab beachten.

Diese Auslegung der Schutzrichtung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung ist als zu eng abzulehnen. Dieses Verbot will nicht nur die Neutralität des Rechts herstellen und zur rechtlichen Gleichbehandlung beitragen, sondern zielt auch auf die Überwindung von Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit ab.³³⁶ Rechtliche Gleichbehandlung allein ist dafür nicht ausreichend. In einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2005 heißt es:

„Art. 3 Abs. 2 GG bietet Schutz auch vor faktischen Benachteiligungen. Die Verfassungsnorm zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern (...). Durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ist ausdrücklich klargestellt worden, dass sich das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (...). In diesem Bereich wird die Durchsetzung der Gleichberechtigung auch durch Regelungen gehindert, die zwar geschlechtsneutral formuliert sind, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder gesellschaftlicher Bedingungen überwiegend Frauen betreffen (...). Demnach ist es nicht entscheidend, dass eine Ungleichbehandlung unmittelbar und ausdrücklich an das Geschlecht anknüpft. Über eine solche unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus erlangen für Art. 3 Abs. 2 GG die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung für Frauen und Männer ebenfalls Bedeutung.“³³⁷

Das Bundesverfassungsgericht stellt hier klar, dass Art. 3 Abs. 2 GG auch vor Regelungen schützt, die sich unterschiedlich auf Frauen und Männer auswirken, also faktische Benachteiligungen darstellen. Das Bundesverfassungsgericht begründet dies mit dem Gleichberechtigungsgebot, das darauf gerichtet ist, die Lebensverhältnisse von Frauen und Männern anzugeleichen. Es kommt demnach bei der Prüfung einer faktischen Benachteiligung auf die materiellen Wirkungen einer Regelung an. Das Gericht sagt zwar nicht ausdrücklich, dass unter diesen Maßstab auch Regelungen fallen, die rechtlich gleichbehandeln, also nicht mit Differenzierungen arbeiten; dies ergibt sich aber aus dem der zitierten Entscheidung zugrunde liegenden Fall. Das Bundesverfassungsgericht überprüfte § 11 Abs. 2 und 3 der Satzung des Versorgungswerkes der Rechtsanwälte in Baden-Württemberg. Hierbei handelt es sich um eine Regelung, die die Voraussetzung für die Zahlung der Beiträge für alle Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen gleich geregelt hatte und für alle gleichermaßen keine beitragsfreie Mitgliedschaft gewährte. Eine Rechtsanwältin wandte sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde gegen die Heranziehung zur Zahlung des Mindestbeitrages während der Kindererziehungszeiten. Sie hatte ihre Zulassung zurückgegeben und beantragte dann die beitragsfreie Mitgliedschaft im Versorgungswerk für die Zeit ihres Erzie-

336 Schiek in: Schiek 2007a, § 3 AGG Rn. 21.

337 BVerfGE 113, 1 (15f.).

hungsurlaubs. Das Versorgungswerk kam diesem Anliegen nicht nach. Es begründete seine Entscheidung damit, es könne nur die Fortsetzung der Mitgliedschaft mit allen Rechten und Pflichten beantragt werden; eine beitragsfreie Mitgliedschaft sei nicht möglich, da dies von der Satzung nicht vorgesehen sei. Das Gericht stellte fest, dass die umstrittene Beitragsregelung der Satzung zu einer faktischen Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern führt:

„Die Satzung trägt nicht durch eine besondere Bestimmung den typischerweise Frauen treffenden Nachteilen Rechnung, die damit verbunden sind, dass in den ersten drei Jahren nach der Geburt des Kindes wegen der Übernahme der Erziehung und Betreuung auf Einkommen verzichtet wird. Es bleibt dem Satzungsgeber überlassen, das verfassungswidrige Regelungsdefizit (...) im Rahmen des ihm eingeräumten Gestaltungsspielraums auszuräumen.“³³⁸

Das Bundesverfassungsgericht beanstandet, dass die vorliegende Regelung nicht die materiellen Auswirkungen berücksichtigt, sondern ohne Rücksicht auf die typische soziale Wirklichkeit von Frauen alle formal gleich behandelt. Darin sieht das Gericht ein Regelungsdefizit, welches das Versorgungswerk durch entsprechende differenzierende Regelungen unter Beachtung der typischen sozialen Lage von kinderbetreuenden Eltern – immer noch meist Frauen – neu zu gestalten hat.

Das Argument von *Fuchsloch*, das Gericht könne solche Fälle nicht überprüfen, weil verschiedene Alternativen in Betracht kämen, deren Auswahl dem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers obliegen würden, ist nicht stichhaltig. In dem vorliegenden Fall erklärt das Gericht die Norm nicht für verfassungswidrig, sondern lediglich für mit der Verfassung unvereinbar. Wegen des weiten Gestaltungsspielraums macht das Gericht auch keine genauen Vorgaben für die Neuregelung; es macht aber unmissverständlich klar, dass bei der Neuregelung die soziale Wirklichkeit von Frauen, die Kinder betreuen und deswegen auf ihr Einkommen verzichten, zu beachten ist.

In seiner Rechtsprechung stützt das Bundesverfassungsgericht das Verbot der mittelbaren Diskriminierung sowohl auf Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG als auch auf Art. 3 Abs. 3 GG. Auf den ersten Blick erscheint dies als uneinheitliche und unsystematische Anwendung dieser Rechtsfigur auf die entsprechenden Sachverhalte. Bei näherer Betrachtung der Urteile zeigt sich, dass das Gericht Art. 3 Abs. 2 GG dann anwendet, wenn eine die soziale Lage berücksichtigende differenzierte Regelung begeht wird und es nach Auffassung des Gerichts um die Angleichung von Lebensverhältnissen der Geschlechter geht.³³⁹ Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wird hingegen angewendet, wenn die Beseitigung einer bestehenden

338 BVerfGE 113, 1 (26).

339 Siehe dazu BVerfGE 113, 1 (15f.).

differenzierenden Regelung angestrebt wird.³⁴⁰ Im ersten Fall entsteht die faktische Benachteiligung durch die Gleichbehandlung und im zweiten Fall durch die Ungleichbehandlung. Beide Erscheinungsformen sind als mittelbare Diskriminierungen zu betrachten.³⁴¹

Nach dieser Auffassung handelt es sich bei Privatisierungsgesetzen oder Privatisierungssatzungen um vermeintlich geschlechtsneutrale Regelungen, die dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung unterliegen, unabhängig davon, ob sie mit Anknüpfungs- oder Differenzierungsmerkmalen arbeiten oder nicht.

3.3.3.2 Feststellung eines geschlechtstypischen Nachteils durch Organisationsprivatisierung

Die zweite und zentrale Voraussetzung für das verfassungsrechtliche Verbot der mittelbaren Diskriminierung ist die „Feststellung, dass die benachteiligte Wirkung überwiegend Angehörige eines Geschlechts trifft“.³⁴² Bei einer geplanten Organisationsprivatisierung ist demnach zu ermitteln, ob es in Folge des Rechtsformwechsels zu erheblichen Nachteilen für die Beschäftigten kommen kann und ob diese Nachteile überwiegend Angehörige eines Geschlechts betreffen. Folglich hat der Privatisierungsakteur in einem ersten Schritt mögliche Nachteile für die Beschäftigten durch den Wechsel des Arbeitsrechtsregimes zu ermitteln. Eine sorgfältige Nachteilsermittlung bedeutet, nicht nur die zeitnahen Auswirkungen einzubeziehen. Eine Reduzierung auf diese sich kurzfristig einstellenden Nachteile würde dem Sinn und Zweck der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung nicht entsprechen. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung als ein Mittel zur Überwindung von Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit muss auch die längerfristigen nachteiligen Wirkungen staatlichen Handelns in den Blick nehmen.³⁴³ Wie die bisher vorliegenden empirischen Untersuchungen zu Privatisierungsfolgen zeigen, kommen als nachteilige Veränderungen insbesondere Verschlechterungen der Arbeitsplatzsicherheit, der Lohnstruktur sowie der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in Betracht.³⁴⁴ Darüber hinaus müs-

340 BVerfG, Beschluss vom 07.11.2008 – 2 BvR 1870/07, Rn. 19ff. /pageother, online verfügbar unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de>; zuletzt aufgesucht am 18.04.2015; BVerfGE 121, 241 (254ff.).

341 So auch für Art. 23 Grundrechte-Charta Frenz 2009, Rn. 3393.

342 BVerfG, Beschluss vom 07.11.2008 – 2 BvR 1870/07, Rn. 19 m.w.N. und dem expliziten Hinweis, dass es sich dabei um ständige Rechtsprechung handelt.

343 In der Literatur wird zu Recht auf die wenig beachtete diskriminierende Fernwirkung von Rechtsnormen hingewiesen; siehe dazu Däubler 2006, S. 491; Schrader/Schubert in: Däubler/Bertzbach 2013, S. § 3 AGG Rn. 105f., die in diesem Zusammenhang allerdings von einer „faktischen Diskriminierung“ als einer eigenen Diskriminierungsform sprechen.

344 Siehe oben unter 1.1.

sen alle einzelnen Bestandteile der Rechtsgrundlage einer Organisationsprivatisierung, wie beispielsweise die Regelung eines Rückkehrrechtes oder die Weitergewährung von bisher freiwilligen Sozialleistungen nur für bestimmte Gruppen von Beschäftigten, daraufhin untersucht werden, ob sie eine nachteilige Wirkung haben.

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die festgestellten Nachteile die Angehörigen eines Geschlechts *besonders* betreffen. Diese Prüfung setzt die Bildung von repräsentativen Vergleichsgruppen voraus. Alle Personen, die von einer Vorschrift betroffen sind, müssen in den Vergleich einbezogen werden.³⁴⁵ Bei Organisationsprivatisierung sind das zunächst alle Beschäftigten der zu privatisierenden Einrichtung. Wie bereits erläutert, gibt es verschiedene Optionen, um den Grad der Betroffenheit der Angehörigen eines Geschlechts festzustellen.³⁴⁶ Im Ergebnis geht es darum, mithilfe von Vergleichsgruppen die jeweilige statistische Chance, zu den Benachteiligten zu gehören, von Frauen einerseits und Männern andererseits zu vergleichen.³⁴⁷

Aus dem bisher Gesagten lässt sich daher für die Gestaltung eines diskriminierungsfreien und gleichstellungsorientierten Privatisierungsverfahrens folgende Vorgabe formulieren: Aufgrund eines Rechtsformwechsels darf das Risiko der beschäftigten Frauen bezogen auf einen bestimmten Nachteil wie Arbeitsplatzsicherheit, Entgeltentwicklung oder die Streichung von freiwilligen Sozialleistungen nicht größer sein als dasjenige der beschäftigten Männer. Dies scheint als Vorgabe auf den ersten Blick recht allgemein und sehr pauschal formuliert zu sein. Jedoch ist zu bedenken, dass es sich hierbei um Vorgaben für zukünftige Organisationsprivatisierung handelt und die Einzelheiten dazu in vielfältiger Weise rechtlich geregelt werden können. Dies gilt alleine schon für den Inhalt eines Personalüberleitungsvertrages, wie er in den meisten Fällen vereinbart wird.³⁴⁸ Diese Vielzahl an Regelungsmöglichkeiten und -inhalten kann hier nicht umfassend dargestellt werden. Für jeden einzelnen Vertragsbestandteil eines Personalüberleitungsvertrages, sei es ein Rückkehrrecht oder Kündigungsenschutzfristen, ist das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu beachten und das Benachteiligungsrisiko für Frauen darf dabei nicht größer sein als dasjenige der Männer.

345 Schiek: AGG 2007, § 3, Rn. 38.

346 Siehe oben unter 3.2.3.4.

347 Zur Bildung von Vergleichsgruppen im Rahmen der Prüfung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts siehe oben unter 3.2.3.4.

348 Siehe oben unter 1.2.3.

3.3.2.3 Rechtfertigungsgründe im Rahmen einer Organisationsprivatisierung

Für die Prüfung der Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zieht das Bundesverfassungsgericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heran. Danach ist eine mittelbare Diskriminierung gerechtfertigt, wenn das Mittel geeignet, erforderlich und angemessen ist. In der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu mittelbarer Diskriminierung scheint es allerdings eine Tendenz zu geben, für die Rechtfertigung eines festgestellten Nachteils zulasten eines Geschlechts einen „Belang von verfassungsrechtlichem Gewicht“³⁴⁹ bzw. „sonstige Güter von Verfassungsrang“³⁵⁰ zu fordern. In der bereits erwähnten Entscheidung zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte in Baden-Württemberg hatte das Gericht im Jahr 2005 noch ausgeführt:

„Die Rechtfertigung einer faktischen Benachteiligung kann indes – ungeachtet weiterer Voraussetzungen – allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die diskriminierende Regelung auf hinreichend sachlichen Gründen beruht (...).“³⁵¹

Hierbei bezieht sich das Gericht sich ausdrücklich auf die europäische Richtlinie 2004/113/EG.³⁵² Im europäischen Kontext genügt es, wenn das Ziel der Regelung rechtmäßig ist, wobei es sich nicht um rein finanzielle Gesichtspunkte handeln darf. Ferner muss die in Rede stehende Maßnahme angemessen sein, das heißt sie muss geeignet, erforderlich und bezogen auf das fragliche Ziel verhältnismäßig im engeren Sinne sein.³⁵³

Auf den ersten Blick scheint es sich bei den unterschiedlichen Anforderungen (sachlicher Grund oder Gut mit Verfassungsrang) um eine Inkonsistenz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu handeln. Diese wird von der Literatur kritisch kommentiert und zumeist wird ein sachlicher Grund, der geeignet, erforderlich und angemessen ist, für die Rechtfertigungsprüfung als ausreichend angesehen.³⁵⁴ Auf den zweiten Blick erklärt sich die vermeintliche Inkonsistenz der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit der oben vorgenommenen Unterscheidung in der Anwendung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung: Bei nicht differenzierenden Regelungen, die formal gleichbehandeln, aber trotzdem unterschiedliche Auswirkungen auf die faktischen Lebensverhältnisse der Geschlechter haben, wendet das Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 2 GG an; bei differenzierenden Regelungen ergibt sich

³⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 07.11.2008 – 2 BvR 1870/07, Rn. 24.

³⁵⁰ BVerfGE 121, 254 (257).

³⁵¹ BVerfGE 113, 1 (20).

³⁵² Siehe oben unter 1.2.4, Fn. 274.

³⁵³ Siehe dazu oben unter 3.2.3.5.

³⁵⁴ Siehe Rademacher 2004, S. 153; Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 59.

das Verbot mittelbarer Diskriminierung hingegen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat nur bei der Prüfung der mittelbaren Diskriminierung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG den Maßstab angehoben. Wenn es Art. 3 Abs. 2 GG bei rechtlicher Gleichbehandlung als Prüfungsmaßstab heranzieht, bleibt es dabei, dass es sich um einen „hinreichend sachlichen Grund“ handeln muss. Der Grund für die Unterscheidung könnte darin liegen, dass das Gericht ein unterschiedliches Schutzniveau für angemessen hält, abhängig davon, ob vom Recht eine Gleichbehandlung oder eine Ungleichbehandlung ausgeht, auch wenn beide Formen im Ergebnis faktisch negative Auswirkungen für ein Geschlecht hervorrufen können. Bei der faktischen Diskriminierung durch Gleichbehandlung wird in der Regel beiden Geschlechtern gleichermaßen eine Pflicht auferlegt, wie beispielsweise die Beitragspflicht während der Kindererziehungszeiten, obwohl die Lebensverhältnisse für die Geschlechter sehr verschieden sind.³⁵⁵ Bei der Ungleichbehandlung durch Recht geht es hingegen in der Regel darum, dass einer Personengruppe ein Recht oder ein Anspruch vorenthalten wird. Die Ungleichbehandlung durch rechtlich differenzierende Regelungen scheint das Gericht für verfassungsrechtlich erheblicher zu halten, weshalb es auf der Rechtfertigungsebene höhere Anforderungen stellt, indem es einen Belang von verfassungsrechtlichem Gewicht fordert. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht in seinem bereits erwähnten Urteil zu mittelbarer Diskriminierung bei der Privatisierung der Kliniken in Hamburg Art. 3 Abs. 2 GG angewendet, obwohl es in dem Fall um ein Rückkehrrecht ging, das nicht allen Beschäftigten gleichermaßen zugestanden wurde, also um eine differenzierende Regelung.³⁵⁶ Es bleibt demnach abzuwarten, ob kommende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Klarheit in dieser Frage schaffen werden.

In der Sache ist der Literatur zu folgen, dass die Prüfung eines sachlichen Grundes im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausreichend ist, um ein angemessenes Schutzniveau durch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung zu gewährleisten.³⁵⁷ Unabhängig davon, ob die jeweilige Rechtsgrundlage für eine Organisationsprivatisierung differenzierende oder nicht differenzierende Regelungen enthält, ist demnach zu prüfen, ob es einen hinreichend sachlichen Grund für die faktische Benachteiligung gibt.

Als Gründe für eine Organisationsprivatisierung werden in der Regel Kosten einsparungen sowie die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber

355 Siehe BVerfGE 113, 1 (15f.).

356 Siehe BVerfGE 126, 29 (54).

357 Siehe Rademacher 2004, S. 153; Eckertz-Höfer in: Denninger et al. 2001, Art. 3, Abs. 2, 3 Rn. 59. Spangenberg spricht sich dafür aus, diese Debatte nicht bei der Frage des legitimen Zwecks zu diskutieren, sondern bei der Prüfung der Angemessenheit im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips; vgl. Spangenberg 2013, S. 139f.

den privaten Wettbewerbern durch Flexibilisierung des Haushalts- und Dienstrechts genannt. Dabei handelt es sich um hinreichend sachliche Gründe, die darüber hinaus aber geeignet, erforderlich und angemessen im engeren Sinne sein müssen. Geeignet ist ein Mittel, wenn es nicht gänzlich untauglich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Erforderlich ist ein Mittel dann, wenn kein milderes, gleichermaßen wirksames Mittel vorhanden ist. Angemessenheit im engeren Sinne liegt vor, wenn das öffentliche Ziel und das einzusetzende Mittel in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.³⁵⁸ Die Umwandlung einer öffentlichen Einrichtung in eine privatrechtliche Gesellschaft und die Überleitung des davon betroffenen Personals ist zumindest nicht gänzlich ungeeignet, um mehr Effizienz und Effektivität in der Mittelverwendung zu erreichen. Der Kernpunkt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist vielmehr die Erforderlichkeit. Hier muss eine Einschätzung vorgenommen werden, ob es nicht ein anderes, milderes Mittel als das der Organisationsprivatisierung gibt, das aber gleichermaßen wirksam ist. Ein milderes Mittel könnte zum Beispiel die Umwandlung eines Regiebetriebes in einen Eigenbetrieb sein, die – anders als bei einer Umwandlung in eine Eigengesellschaft – nicht mit einem Rechtsformwechsel verbunden ist.³⁵⁹ Der Eigenbetrieb hat den Vorteil, dass die öffentlich-rechtliche Rechtsform erhalten bleibt; aufgrund der organisatorischen und finanzwirtschaftlichen Selbständigkeit zeichnet sich diese Unternehmensform durch eine große Flexibilität aus. Hinzu käme, dass die öffentlichen Gleichstellungsgesetze anwendbar wären und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen zur Förderung der Gleichstellung für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes weitergelten würden. Ob dieses milderere Mittel im Hinblick auf die mit der Privatisierung verfolgten Ziele auch gleichermaßen wirksam ist, kann abstrakt kaum beantwortet werden, sondern ist im konkreten Einzelfall zu prüfen. Wird an einer Organisationsprivatisierung festgehalten, muss für die einzelnen Maßnahmen untersucht werden, ob es weniger diskriminierende Alternativen gibt. Wird zum Beispiel infolge der Organisationsprivatisierung bei Neueinstellungen die Vergütung abgesenkt, dann ist dafür Sorge zu tragen, dass die Absenkung Frauen nicht stärker betrifft als Männer. Die Absenkung darf nicht nur Arbeitsplätze von Frauen oder Hierarchieebenen betreffen, in denen hauptsächlich Frauen arbeiten.³⁶⁰ Eine solche Absenkung der Vergütung mag aus sozialpolitischen Gründen zu kritisieren sein; einen Diskriminierungsfall stellt sie aber erst dann dar, wenn ein Geschlecht davon mehr betroffen ist als das andere Geschlecht.

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit im engeren Sinne ist abschließend abzuwägen, ob die für ein Geschlecht nachteilige Maßnahme in Anbetracht

358 Sachs in: Sachs 2014, Art. 20 Rn. 149ff.

359 Zu den Begriffen Eigen- und Regiebetrieb siehe oben unter 1.2.1.1.

360 Vgl. dazu Schiek in: Schiek 2007a, § 3 AGG Rn. 52.

des Ausmaßes der nachteiligen Wirkung einerseits und der Relevanz des zu erreichenden Ziels andererseits gebilligt werden kann. Während der Kern der Erforderlichkeitsprüfung in der Suche nach einer weniger diskriminierenden Alternative liegt, richtet sich die Aufmerksamkeit hier auf flankierende Maßnahmen, die den nachteiligen Effekt abfedern, obwohl an der ursprünglich geplanten Maßnahme der Organisationsprivatisierung festgehalten wird. Welche insbesondere rechtlichen Handlungsoptionen Privatisierungsakteuren diesbezüglich zur Verfügung stehen, wurde bereits beschrieben.³⁶¹

Die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes setzt Daten über die soziale Realität voraus; folglich ist im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung eine Gleichstellungsfolgenabschätzung durchzuführen.³⁶² Diese Gleichstellungsfolgenabschätzung muss demnach substanzierte Aussagen darüber enthalten, ob durch die geplante Organisationsprivatisierung für Frauen ein höheres Risiko als für Männer besteht, bezogen auf Arbeitsplatzsicherheit, Entgelt sowie Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen benachteiligt zu werden. Sie muss darüber hinaus aufzeigen, wie dieser Gefährdungslage begegnet werden kann, wenn dafür kein sachlicher Grund vorliegt.

3.3.2.4 Vorgaben für Organisationsprivatisierung aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Üblicherweise geht es bei Fällen von mittelbarer Diskriminierung um eine nachträgliche Prüfung eines Vorgangs im Rahmen eines Gerichtsverfahrens. Dann müssen die real eingetretenen Nachteile vor Gericht bewiesen und in der Regel mit entsprechenden Daten untermauert werden. Wenn das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts jedoch bereits bei der Gestaltung von Rechtsgrundlagen vorausschauend berücksichtigt werden soll, gilt es zu erkennen und zu verhindern, dass sich vordergründig geschlechtsneutrale Regelungen faktisch zum Nachteil eines Geschlechts auswirken. Privatisierungsakteure müssen daher die Kategorisierung Geschlecht im Vorfeld einer Organisationsprivatisierung so beachten, dass durch die Privatisierung keine mittelbar diskriminierenden Effekte insbesondere für die weiblichen Beschäftigten entstehen.

Aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Verbindung mit dem verfahrensrechtlichen Pflichtenkatalog für ein optimales Gesetzgebungsverfahren, den das Bundesverfassungsgericht aus dem Übermaß- und Willkürverbot entwickelt hat,³⁶³ lassen sich folgende Gestaltungsvorgaben für Organisationsprivatisierungen ableiten:

361 Siehe dazu oben unter 2.2.

362 Siehe dazu oben unter 3.2.3.5.

363 Siehe oben am Ende des Abschnitts 3.3.1.3.2.2.

- *Vorausschauende Nachteilseinschätzung auf Grundlage einer sorgfältigen Tatsachenermittlung:* Der Privatisierungsakteur hat die Tatsachen, die für die Feststellung eines Nachteils für die Angehörigen eines Geschlechts notwendig sind, sorgfältig zu ermitteln. Dazu sind Daten zur bisherigen Gleichstellungssituation in der öffentlichen Einrichtung entsprechend aufzubereiten. Auf dieser Grundlage ist eine vorausschauende Einschätzung zu treffen, ob durch die Überleitung des Personals in die privatisierte Einrichtung und die Unanwendbarkeit der Gleichstellungsgesetze insbesondere für weibliche Beschäftigte ein faktischer Nachteil entstehen kann. Dabei ist die Gleichstellungssituation in der jeweiligen Branche bzw. im jeweiligen Sektor zu bedenken. So sieht die Gleichstellungssituation im Gesundheitswesen anders aus als in Energiedienstleistungsunternehmen. Ähnlich wie beim europa- und verfassungsrechtlichen Gleichstellungsfördergebot sind hierfür die Fragen der Arbeitshilfe des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend „Geschlechterdifferenzierte Gesetzesfolgenabschätzung – Gender Mainstreaming bei der Vorbereitung von Rechtsvorschriften“³⁶⁴ hilfreich, um unterschiedliche mittelbare Wirkungen der Überleitung der Beschäftigungsverhältnisse zu ermitteln.³⁶⁵
Sollten sich bei dieser vorausschauenden Einschätzung Anhaltspunkte für mögliche negative Auswirkungen insbesondere zu den Punkten Arbeitsplatzsicherheit, Entgelt sowie Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, aber auch zu einzelnen Bestandteilen etwa in Personalüberleitungsverträgen ergeben, sind diese bei der Gestaltung des Privatisierungsgrundlage so zu berücksichtigen, dass negative Auswirkungen für weibliche Beschäftigte nicht größer sind als für männliche Beschäftigte. Aus diesem Grund sind gleichstellungsorientierte Alternativen oder flankierende Maßnahmen zu entwickeln, die verhindern können, dass aufgrund der Organisationsprivatisierung bei den weiblichen Beschäftigten größere faktische Nachteile als bei den männlichen Beschäftigten eintreten.³⁶⁶
- *Gleichstellungsorientierte Evaluation der Privatisierungsfolgen:* Zu einem angemessenen Zeitpunkt nach der Umsetzung des Privatisierungsgesetzes bzw. der -satzung ist zu analysieren, welche konkreten Wirkungen tatsächlich eingetreten sind. Falls die gleichstellungsorientierte Ausgestaltung der Privatisierungsgrundlage nicht ausgereicht hat, um negative Privatisierungsfolgen für weibliche Beschäftigte zu verhindern, muss entsprechend nachgebessert werden.

364 BMFSFJ 2007.

365 Zu den modifizierten Fragen, die sich mit unterschiedlichen Wirkungen auf die Geschlechter befassen, siehe oben unter 3.2.1.4.

366 Zu den Handlungsoptionen für solche kompensatorischen Maßnahmen siehe oben unter 2.2.

Der Inhalt dieser Pflichten des Privatisierungsakteurs geht nicht über das hinaus, was die Staatszielbestimmung Gleichstellung aufgibt. Da es sich bei dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aber um ein Grundrecht handelt, das von den beschäftigten Frauen eingeklagt werden kann, kommt ihm aus dem Gesichtspunkt der besseren Durchsetzbarkeit vor Gericht eine eigenständige Bedeutung zu. Es ist immer noch umstritten, ob sich aus der Staatszielbestimmung Gleichstellung ein subjektives Recht ergibt, aus dem heraus die von Organisationsprivatisierung betroffenen Beschäftigten klagen können, oder ob es sich dabei um eine rein objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates handelt.³⁶⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bisher nicht entschieden. Wenn man den subjektiv-rechtlichen Charakter der Staatszielbestimmung verneint, dann könnte zwar beispielsweise ein Privatisierungsgesetz im Wege einer abstrakten Normenkontrollklage auf die Vereinbarkeit mit der Staatszielbestimmung überprüft werden. Ein solches Verfahren kann aber nicht von Betroffenen, sondern nur von der Bundesregierung per Kabinettsbeschluss, von einer Landesregierung oder einem Viertel der Mitglieder des Bundestages beantragt werden (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i.V.m. § 13 Nr. 6 BVerfGG). Wenn die Verfassungsgemäßheit von Privatisierungsgrundlagen im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle überprüft wird, dann müssen die betroffenen Beschäftigten nicht das Prozess- und Kostenrisiko tragen. Aber es liegt dann auch nicht in ihrer Hand, gegen Benachteiligungen, die sich aus den Privatisierungsgrundlagen ergeben, gerichtlich vorzugehen. Das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmergruppen bei der Privatisierung von Kliniken in Hamburg hat gezeigt, dass Arbeitnehmerinnen ihre Rechte wahrnehmen.³⁶⁸ Die Berücksichtigung von Privatisierungsfolgen, die gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts verstößen, hätte der Stadt Hamburg eine negative Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ersparen können.

3.3.3 Zusammenfassung

Sowohl aus der Staatszielbestimmung Gleichstellung als auch aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist ein Privatisierungsakteur verpflichtet, ex-ante eine Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung und ex-post eine gleichstellungsorientierte Evaluation durchzuführen. Insbesondere für die Ex-ante-Prüfung bietet sich das Verfahren der gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung und die Arbeitshilfe des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend „Geschlechterdifferenzierte Gesetzesfolgen-

367 Siehe dazu oben unter 3.3.1.

368 BVerfGE 126, 29 (53f.).

abschätzung – Gender Mainstreaming bei der Vorbereitung von Rechtsvorschriften“³⁶⁹ an. Dieser Leitfaden ermöglicht es Privatisierungsakteuren, im Vorfeld der Organisationsprivatisierung systematisch die gleichstellungsspezifischen Auswirkungen auf Beschäftigte zu ermitteln und zu bewerten. In Anlehnung an die Arbeitshilfe sind – wie schon beim Gleichstellungsfördergebot des Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EUV – mithilfe von empirischen Daten Fragen dazu zu beantworten, inwiefern sich die Lage der beschäftigten Frauen und Männer durch die Überleitung ihrer Arbeitsverhältnisse verändert.

Um dem Gleichstellungsfördergebot sowie dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts Rechnung zu tragen, müssen die Antworten auf diese Fragen so aufbereitet werden, dass deutlich wird, ob durch die Organisationsprivatisierung dem faktischen Verschlechterungsverbot Genüge getan wird. Das setzt voraus, dass Daten zur Gleichstellungssituation in der betroffenen Einrichtung vorhanden sind und berücksichtigt werden. Auf dieser Grundlage müssen Hypothesen zu möglichen gleichstellungsspezifischen Auswirkungen in der nahen und ferner Zukunft formuliert werden. Diese Einschätzungsergebnisse sind wiederum mit anderen Verfassungsgütern so abzuwegen, dass das Ziel der Gleichstellung von Frauen und Männern auch im Rahmen eines Privatisierungsverfahrens so gut wie irgend möglich befördert wird.

Der Regelungsgehalt des Optimierungsgebots als Teil der Staatszielbestimmung Gleichstellung reicht über den Regelungsgehalt des Verbots der mittelbaren Diskriminierung hinaus. Zur Erfüllung dieses Gebots sind deshalb auf der Grundlage der Daten zur betrieblichen Gleichstellungssituation weitere gleichstellungsfördernde Maßnahmen zu entwickeln. Das können beispielsweise Quotenregelungen für Frauen in Führungspositionen oder Veränderungen des betrieblichen Entgeltsystems sein, um die geschlechtsspezifische Lohnungleichheit zu verringern. Hier kann der Privatisierungsakteur aufgrund seines Beurteilungsspielraumes zwischen verschiedenen möglichen Gleichstellungsmaßnahmen auswählen.

Aus der Begründungspflicht im Rahmen der Staatszielbestimmung Gleichstellung ergibt sich, dass die Einschätzungs- und Abwägungsergebnisse in der Rechtsgrundlage der Privatisierung festzuhalten sind, weil sie nur so inhaltlich überprüft werden können. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens für den Rechtsformwechsel ist die Öffentlichkeit zu beteiligen, zumindest ist Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben. Zudem müssen die Verfahren, die der Absicherung der materiellen Vorgaben aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG dienen, auch institutionell verankert werden.

Nach einem angemessenen Zeitraum müssen die tatsächlichen Gleichstellungswirkungen einer Maßnahme analysiert werden; gegebenenfalls ist nachzu-

369 BMFSFJ 2007.

bessern. Diese Pflicht ergibt sich sowohl aus der Staatszielbestimmung Gleichstellung als auch aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung in Verbindung mit dem verfahrensrechtlichen Pflichtenkatalog, den das Bundesverfassungsgericht aus dem Übermaß- und Willkürverbot entwickelt hat.

Der gleichstellungsrechtliche Rückschritt, der eintritt, weil die Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder in der privatisierten Einrichtung nicht länger anwendbar sind, stellt einen Verstoß gegen das Optimierungs- und Effektivitätsgebot sowie gegen das rechtliche Verschlechterungsverbot als Teil der Staatszielbestimmung Gleichstellung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG dar. Gleichstellungsrechtliche Lücken, die aufgrund der Nichtanwendbarkeit der Gleichstellungsgesetze entstehen, müssen daher im Rahmen des Privatisierungsverfahrens identifiziert und geschlossen werden. Insofern sind die dargestellten gleichstellungsrechtlichen Vorgaben aus dem Bundesgleichstellungsgesetz und den Landesgleichstellungsgesetzen als eine einfachgesetzliche Ausgestaltung dieser verfassungsrechtlichen Pflichten zu verstehen,³⁷⁰ an die sich ein Privatisierungsakteur zu halten hat. Er muss sich aus den oben vorgestellten Handlungsoptionen diejenigen aussuchen, die das Staatsziel Gleichstellung im konkreten Fall in Abwägung mit anderen Gütern am besten zur Geltung bringen. Da es sich bei der Staatszielbestimmung nicht um ein subjektives Recht handelt, ist ein Verstoß gegen diese Verpflichtung nicht justizierbar. Allein die Nichtanwendbarkeit der Gleichstellungsgesetze bzw. der damit verbundene drohende gleichstellungsrechtliche Rückschritt ist mit dem (justizierbaren) Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht angreifbar. Beim Verbot der mittelbaren Diskriminierung müsste es allein dadurch zu einem faktischen, nachweisbaren Nachteil für die beschäftigten Frauen der privatisierten Einrichtung kommen. Faktische Nachteile werden in der Regel aber erst durch Entscheidungen des „neuen“ Arbeitgebers entstehen. Diese Entscheidungen werden unter Umständen mittelbar dadurch erleichtert, dass es beispielsweise keine Gleichstellungsbeauftragte mehr gibt; sie sind jedoch nicht direkt allein auf die Unanwendbarkeit der Gleichstellungsgesetze zurückzuführen.

3.4 Anwendung des gleichheitsrechtlichen Maßstabs auf bestehende Regelungslücken bei Privatisierungsverfahren

Vor dem Hintergrund der Konkretisierung des europäischen und des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsfördergebots stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob die bestehenden Vorgaben für Organisationsprivatisierungen in den Gleichstellungsgesetzen diesem Maßstab genügen. Nur neun der 16 Bundesländer sehen

370 Siehe oben unter 2.1.1.

Vorgaben für verschiedene Formen der Organisationsprivatisierung vor. Diese Vorgaben sind sehr unterschiedlich ausgestaltet: Sie reichen von allgemeinen Aussagen, wonach bei einer Privatisierung sicherzustellen ist, dass die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern gewährleistet bleibt (§ 2 Abs. 2 ThürGleichG), bis hin zu sehr differenzierten Anforderungen. Als Beispiel dafür kann das LGG Berlin gelten, das umfassende Vorgaben für alle Formen von Organisationsprivatisierung (Halten oder Erwerben von Anteilen an einem privaten Unternehmen, Umwandeln in ein Unternehmen oder Veräußern eines Unternehmens) enthält (§ 1a, § 1b LGG Berlin). Bei allen Unterschieden normieren die Gleichstellungsgesetze in der Regel eine Sicherstellungs- oder Hinwirkungspflicht bezüglich der Anwendung oder der Ziele des jeweils geltenden Gleichstellungsgesetzes.³⁷¹ Der in dieser Untersuchung sowohl aus dem Europarecht als auch aus dem Grundgesetz entwickelte gleichheitsrechtliche Maßstab verpflichtet Privatisierungsakteure zu einer Ex-ante-Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung bzw. einer gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung, die eine Ex-ante-Prognose und eine Ex-post-Evaluation zu den Folgen einer Organisationsprivatisierung beinhaltet. Auf der Grundlage empirischer Daten über den gegenwärtigen Gleichstellungsstand in der entsprechenden Einrichtung sowie dem Sektor, in dem die privatisierte Einrichtung wirtschaftlich tätig sein wird, muss eine solche Gleichstellungsfolgenprognose die Art und das Ausmaß möglicher Gleichstellungsgefährdungslagen ermitteln und bewerten. Um dem Optimierungs- und Effektivitätsgests Rechnung zu tragen, sind ferner effektive Vorschläge für die Vermeidung negativer gleichstellungsspezifischer Privatisierungsfolgen sowie konkrete Maßnahmen für die Förderung von Gleichstellung in der privatisierenden Einrichtung zu unterbreiten. Zu einem späteren Zeitpunkt muss im Rahmen einer Evaluation überprüft werden, welche faktischen und rechtlichen Folgen für die Gleichstellung der Geschlechter eingetreten sind und ob die Gleichstellungsfördermaßnahmen die beabsichtigten Wirkungen gezeigt haben.

Erst eine faktenbezogene Prognose zu möglichen gleichstellungsspezifischen Privatisierungsfolgen liefert konkrete Hinweise, wie sichergestellt werden kann, dass sich die Gleichstellungssituation durch das Privatisierungsverfahren nicht verschlechtert. Und eine Evaluation sorgt dafür, dass bei Defiziten nachgebessert wird. Dennoch enthalten weder die Gleichstellungsgesetze der Länder noch das Bundesgleichstellungsgesetz eine solche Prognose- und Evaluationspflicht.³⁷² Trotz dieser Leerstelle verstößen die Gesetze aber nicht gegen das einschlägige Europa- oder Verfassungsrecht. Vielmehr können sie im Wege der europarechts- und verfassungsrechtskonformen Auslegung entsprechend ergänzt werden. Dies

371 Siehe dazu ausführlich oben unter 2.1.

372 Siehe oben unter 2.1.

gilt auch für Gleichstellungsgesetze, die bislang keinerlei Vorgaben für Organisationsprivatisierungen enthalten.

Angesichts des Optimierungs- und Effektivitätsgebots des europa- und verfassungsrechtlichen Gleichstellungsfördergebots drängt sich ferner die Frage auf, ob die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Personalvertretung und der Gleichstellungsbeauftragten bei Organisationsprivatisierungen angemessen geregelt sind. Zwar können Personalräte im Rahmen ihrer Beteiligungsrechte, die ihnen etwa bei Personalmaßnahmen, dem Aufstellen von Sozialplänen oder anderen Einzelmaßnahmen im Rahmen eines Privatisierungsverfahren zukommen, auf gleichstellungsspezifische Privatisierungsfolgen hinweisen und unter anderem eine Dienstvereinbarung zum Thema vorschlagen.³⁷³ Ein konkretes Beteiligungsrecht zu Gleichstellungaspekten bei Organisationsprivatisierung kennt das Personalvertretungsrecht aber weder auf Bundes- noch auf Länderebene. Nach der hier vertretenen Auffassung folgt aus einer europa- und verfassungsrechtskonformen Auslegung der Gleichstellungsgesetze eine Pflicht für Privatisierungsakteure, im Rahmen einer Organisationsprivatisierung eine Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung bzw. eine gleichstellungsorientierte Gesetzesfolgenabschätzung vorzunehmen. Mit derselben rechtlichen Herleitung lässt sich auch ein Recht des Personalrats begründen, an diesem Verfahren beteiligt zu werden. Gestützt wird diese Ansicht ferner durch Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG³⁷⁴:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu sorgen, sich entweder im Namen der beschworenen Person oder zu deren Unterstützung mit deren Einwilligung an den in dieser Richtlinie zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können.“

Diese Norm ist so zu verstehen, dass sie kollektiven Rechtsschutz als eine Form der effektiven Umsetzung dieser europäischen Richtlinie vorsieht. Unter kollektivem Rechtsschutz sind nicht nur Sammelklagen zu verstehen, sondern auch die Möglichkeit für Verbände, Personalvertretungen oder andere kollektive Akteure, Betroffene in verschiedener Weise zu unterstützen. Das deutsche Recht war immer sehr zurückhaltend, was die Verankerungen von kollektivem Rechtsschutz angeht. Das deutsche Prozessrecht baut auf dem Prinzip des Individualrechtsschutzes auf, sodass eine Klagebefugnis in der Regel nur dann vorliegt, wenn die Verletzung eigener Rechte geltend gemacht werden kann.

373 Ausführlich dazu unter 2.4.

374 Siehe oben Fn. 129.

Inzwischen sehen einige Gesetze Verbandsklagerechte vor. Zu nennen ist hier das Verbandsklagerecht für Behindertenverbände in § 13 Behindertengleichstellungsgesetz³⁷⁵ und in den entsprechenden Landesgesetzen oder für Umweltverbände im Umweltrecht.³⁷⁶ Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz erwähnt zwar in § 23 AGG Antidiskriminierungsverbände, sieht für diese allerdings kein Verbandsklagerecht, sondern nur die Möglichkeit des gerichtlichen Beistandes vor.³⁷⁷ Ein Teil der Literatur erkennt darin einen Verstoß gegen Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG. Allerdings lässt sich dieser Norm keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einführung eines Verbandsklagerechts für Antidiskriminierungsverbände entnehmen.³⁷⁸ Daher stellt Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG allein keine ausreichende Grundlage dar, um Antidiskriminierungsverbänden ein Klagerecht gegen Diskriminierungen in einem öffentlichen Privatisierungsverfahren einzuräumen. In Verbindung mit dem Optimierungs- und Effektivitätsgebot, das aus dem europa- und verfassungsrechtlichen Gleichstellungsfördergebot folgt, lässt sich daraus jedoch sehr wohl ein Verbandsklagerecht auch für Antidiskriminierungsverbände begründen. Für eine effektive Gleichstellungsförderung bedarf es neben individualrechtlich ausgestalteten Möglichkeiten des Rechtsschutzes, wie etwa Schadenersatzklagen, auch rechtlicher Instrumente, mit deren Hilfe gegen strukturelle Diskriminierungsformen und Ausgrenzungsmechanismen vorgegangen werden kann. Daher ist § 23 AGG europa- und verfassungskonform so auszulegen, dass er ein Verbandsklagerecht für Antidiskriminierungsverbände enthält. Da das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auch für öffentliche Arbeitgeber gilt, können Antidiskriminierungsverbände bei Verstößen gegen das AGG im Rahmen eines Privatisierungsverfahrens Klage erheben. Das könnte insbesondere dann erforderlich und nützlich sein, wenn es infolge einer Privatisierung beispielsweise zu geschlechtsspezifischer Entgelddiskriminierung kommt.

Wie oben schon angesprochen, ist kollektiver Rechtsschutz auch durch Personalrat als den kollektivem Akteur möglich. In diesem Sinne führt eine europarechtskonforme Auslegung der bestehenden Beteiligungsrechte der Personalvertretung³⁷⁹ im Lichte des Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG zu einem Beteiligungsrecht des Personalrats an der Durchführung der Prognose und Evaluation zur Ermittlung und Bewertung von Gleichstellungsfolgen bei Organisationsprivatisierungen. Fraglich ist, ob es sich bei diesem Beteiligungsrecht um

³⁷⁵ Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen (Behindertengleichstellungsgesetz – BGG) vom 27.04.2002, BGBl. I, S. 1467, 1468, zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes vom 19.12.2007, BGBl. I, S. 3024.

³⁷⁶ Kloepfer 2011, S. 162.

³⁷⁷ Bertzbach in: Däubler/Bertzbach 2013, § 23 AGG Rn. 19.

³⁷⁸ Micklitz in: Rust/Falke 2007, § 23 AGG Rn. 2 m.w.N.

³⁷⁹ Siehe dazu ausführlich oben unter 2.4.2.

ein volles Mitbestimmungsrecht handelt. Bei der Beteiligung des Personalrats an einer gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung zur Ermittlung und Bewertung von Privatisierungsfolgen ist das Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen der vollen Mitbestimmung des Personalrates zu berücksichtigen.³⁸⁰ Stefan Sasse fasst den Kern dieser Entscheidung des BVerfG folgendermaßen zusammen:

„Das BVerfG stellt fest, dass einerseits die Mitbestimmung sich nur auf innerdienstliche Maßnahmen erstrecken und nur so weit gehen dürfe, als die spezifischen, in dem Beschäftigungsverhältnis angelegten Interessen der Angehörigen der Dienststelle sie rechtfertigen (Schutzzweckgrenze). Andererseits verlange das Demokratieprinzip für die Ausübung von Staatsgewalt bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages jedenfalls, dass die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert ist (Verantwortungsgrenze).“³⁸¹

Je weniger die zu treffende Entscheidung typischerweise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtsauftrages und je nachhaltiger sie die Interessen der Beschäftigten berührt, desto weiter kann die Beteiligung der Personalvertretung reichen. Dies konkretisiert das Gericht in drei Fallgruppen, die ein aufsteigendes demokratisches Legitimationsniveau beschreiben.“³⁸¹

Nach der sogenannten Dreiebenentheorie ist im Hinblick auf die Legitimation zu unterscheiden: Die erste Legitimationsebene umfasst Entscheidungen, die die Beschäftigten in ihrem Beschäftigungsverhältnis betreffen und die staatliche Aufgabenerfüllung typischerweise nicht oder nur unerheblich berühren. Dazu gehören beispielsweise die Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit oder Lohngestaltungsfragen. In diesem Bereich ist volle Mitbestimmung möglich, wobei die Mehrheit der Mitglieder der Einigungsstelle in gewissem Maße personell demokratisch legitimiert sein muss.³⁸² Entscheidungen, die den Binnenbereich von Beschäftigungsverhältnissen betreffen und daher die staatliche Aufgabenerfüllung typischerweise nur unerheblich berühren, sind der zweiten Legitimationsebene zuzuordnen. Bei Maßnahmen dieser Ebene muss die verbindliche Letztentscheidung einem parlamentarisch verantwortlichen Amtsträger vorbehalten bleiben. Die Mehrheit der Mitglieder einer Einigungsstelle muss uningeschränkt personell demokratisch legitimiert sein. Ferner muss zudem die Mehrheit der so legitimierten Mitglieder die Entscheidungen tragen.³⁸³ Die dritte Legitimationsstufe umfasst Maßnahmen und Entscheidungen, die ihren Schwerpunkt in der staatlichen Aufgabenerfüllung haben, unvermeidlich aber auch In-

380 BVerfG, Beschluss vom 24.05.1995 – 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574ff.

381 Sasse 2014, S. 986f.

382 Pfohl 2002, S. 426.

383 Sasse 2014, S. 987f.

teressen der Beschäftigten betreffen. Insbesondere organisatorische personelle und zum Teil auch soziale Maßnahmen zählen hierzu.³⁸⁴ In diesem Bereich dürfen Entscheidungen nur der eingeschränkten Mitbestimmung unterfallen, sodass die Einigungsstelle nur Empfehlungen aussprechen darf. Als Beispiel hierfür wird explizit die Privatisierung von Aufgaben, aber auch von Dienststellen genannt.³⁸⁵

Da eine substanziierte gleichstellungsorientierte Gesetzesfolgenabschätzung zu Privatisierungsfolgen eine umfassende Prüfung von personellen und organisatorischen Aspekten beinhaltet, berührt sie im Zweifel alle drei Legitimationsebenen. An dieser Stelle kommt zum Tragen, dass sich die Gleichstellungsförderung als Staatsziel nicht immer uneingeschränkt durchsetzt,³⁸⁶ sondern im konkreten Fall mit anderen Verfassungsgütern wie hier dem Demokratieprinzip und der daraus abgeleiteten Dreiebenentheorie in Einklang zu bringen ist. Aus diesem Grund kann das Beteiligungsrecht des Personalrats an der gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung zu Privatisierungsfolgen zwar nicht als volles Mitbestimmungsrecht ausgestaltet sein; aufgrund des Optimierungs- und Effektivitätsgebotes ist aber bei Nichteinigung eine Einigungsstelle anzurufen, wobei deren Entscheidung nur als Empfehlung an die zuständige Dienststelle zu verstehen ist.³⁸⁷ Diese Einschränkung kann auch deswegen hingenommen werden, weil es sich bei der Prognose von gleichstellungsspezifischen Privatisierungsfolgen um eine Vorbereitungsmaßnahme handelt. Die danach zu treffenden Einzelentscheidungen, wie etwa Versetzungen oder Veränderungen der Arbeitszeit, unterliegen dann ohnehin wieder den Beteiligungsrechten des Personalrats.³⁸⁸

Um die Rechte der Personalvertretung und der Betroffenen vor dem Hintergrund einerseits des Optimierungs- und Effektivitätsgebots sowie des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2002/14/EG andererseits zu stärken, hat eine fehlende Prognose und Evaluation von Gleichstellungsfolgen in einem Privatisierungsverfahren oder die fehlende Beteiligung der Personalvertretung daran folgende Wirkung: Diese Verfahrensmängel lösen eine Diskriminierungsvermutung aus, auf die sich Beschäftigte berufen können, wenn sie gegen Benachteiligungen im Rahmen eines Organisationsprivatisierungsverfahren gerichtlich vorgehen wollen. Der Arbeitgeber kann diese Diskriminierungsvermutung zwar widerlegen, muss seine Argumentation vor Gericht aber auch substanziiieren, was ihm wie-

³⁸⁴ Pfohl 2002, S. 426f.

³⁸⁵ Sasse 2014, S. 988; Pfohl 2002, S. 427f.; siehe dazu oben unter 2.4.1.

³⁸⁶ Siehe dazu oben unter 3.3.1.3.2.

³⁸⁷ Eine solche Ausgestaltung des Beteiligungsrechtes der Personalvertretung bei Organisationsprivatisierungen wird auch den Anforderungen der Richtlinie 2002/14/EG gerecht, vgl. Art. 8 Abs. 1.

³⁸⁸ Zu den Einzelheiten siehe oben unter 2.4.

derum ohne eine gleichstellungsorientierte Untersuchung von Privatisierungsfolgen schwer fallen wird. Gemäß Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2002/14/EG müssen die Mitgliedstaaten für den Fall des Verstoßes gegen diese Richtlinie angemessene Sanktionen vorsehen, die wirksam und abschreckend sind. Die Aussicht, von Beschäftigten wegen Diskriminierung verklagt zu werden und die Beweislast dafür zu tragen, dass keine Diskriminierung vorliegt, ist als eine wirksame und abschreckende Sanktion anzusehen.

Beim Schutz von Kollektivrechten im deutschen Rechtssystem kommt auch der Gleichstellungsbeauftragten im öffentlichen Dienst eine wichtige Rolle zu. Ihr Beteiligungsrecht an der gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung zu Privatisierungsfolgen ergibt sich in den meisten Fällen bereits aus ihrem Recht, an organisatorischen Maßnahmen der Dienststelle beteiligt zu werden.³⁸⁹ Aufgrund ihrer Rechtsstellung entweder als Teil der Verwaltung oder als Interessenvertretung der weiblichen Beschäftigten ist die Gleichstellungsbeauftragte schon im Planungs- und Vorbereitungsstadium von Maßnahmen, und damit auch einer gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung zu Privatisierungsfolgen zu beteiligen.³⁹⁰ Genau wie bei der Personalvertretung löst auch eine fehlende Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten an dem Prognose- und Evaluationsverfahren zu Privatisierungsfolgen eine Diskriminierungsvermutung aus, auf die sich Beschäftigte bei einer Klage wegen Benachteiligung durch eine Privatisierung berufen können.

3.5 Fazit

Bei der Gestaltung und Durchführung von Organisationsprivatisierungen muss sowohl das europäische wie auch das nationale verfassungsrechtliche Gleichstellungsrecht beachtet werden. Daraus ergibt sich, dass ein Privatisierungsakteur durch eine Organisationsprivatisierung keine negativen gleichstellungsspezifischen Auswirkungen auf Beschäftigte verursachen darf. Ansonsten läuft er Gefahr, dass zumindest Teile der Privatisierungsgrundlage vom Europäischen Gerichtshof oder dem Bundesverfassungsgericht für gleichheitswidrig und damit nichtig erklärt werden.

Organisationsprivatisierungen können insbesondere im Hinblick auf Arbeitsplatzsicherheit, Entgeltentwicklung sowie Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gleichheitsrechtliche Gefährdungslagen herbeiführen.³⁹¹ Bisher fehlte es an einem Gestaltungs- und Prüfungsmaßstab, anhand dessen sich solche Ef-

389 Siehe dazu oben unter 2.3.1.

390 Siehe dazu oben unter 2.5.

391 Siehe dazu oben unter 1.1.

fekte bereits im Vorfeld umfassend einschätzen und bewerten lassen. Aus dem europäischen sowie dem nationalen verfassungsrechtlichen Gleichstellungsrecht lassen sich jedoch entsprechende Vorgaben entwickeln. Um eine Organisationsprivatisierung im Einklang mit diesen gleichstellungsrechtlichen Vorgaben zu gestalten, muss ein Privatisierungsakteur demnach seiner Pflicht nachkommen, eine Ex-ante-Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung sowie eine Ex-post-Evaluation von gleichstellungsspezifischen Privatisierungsfolgen durchzuführen. Aus diesem Grund sind im Wege einer europa- und verfassungsrechtskonformen Auslegung sämtliche Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder um eine Verpflichtung zur Durchführung dieser Verfahren zu ergänzen und damit zu konkretisieren.

Die Verfahren zur Folgenabschätzung und Evaluation müssen substanzierte Prognosen über die Art und das Ausmaß materieller gleichheitsrechtlicher Gefährdungslagen durch die bevorstehende Organisationsprivatisierung enthalten und die Gleichstellungssituation in der von Privatisierung betroffenen Einrichtung abbilden. Beides muss auf aussagekräftigen Daten basieren. Auf dieser Grundlage sind sodann beispielsweise mithilfe des Verfahrens der gleichstellungsorientierten Gesetzesfolgenabschätzung Annahmen über mögliche gleichstellungsspezifische Auswirkungen auf Beschäftigte zu formulieren und bei der Gestaltung der Einzelheiten des Privatisierungsgesetzes und weiterer Rechtsgrundlagen wie etwa dem Personalüberleitungsvertrag zu berücksichtigen. Nach einer angemessenen Zeit sind diese Annahmen und die darauf beruhenden Maßnahmen zu überprüfen und gegebenenfalls nachzubessern.

Die Verpflichtung zu einer Ex-ante- und Ex-post-Gleichstellungsverträglichkeitsprüfung resultiert zum einen aus den entsprechend konkretisierten europa- und verfassungsrechtlichen gleichstellungsrechtlichen Normen (vgl. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EUV; Art. 8 AEUV; Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG). Zum anderen dient sie aber auch der Erfüllung der Vorgaben, die sich für Privatisierungsakteure aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ergeben (vgl. Art. 157 AEUV, europäisches arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot, Richtlinie 2006/54/EG, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG).

Darüber hinaus wurde deutlich, dass die mit einer Organisationsprivatisierung einhergehende Nichtanwendbarkeit der Gleichstellungsgesetze und der sich daraus ergebende gleichstellungsrechtliche Rückschritt gegen das rechtliche Verschlechterungsverbot des Gleichstellungsfördergebots aus Art. 8 AEUV i.V.m. Art. 2, Art. 3 Abs. 3 EUV sowie Art. 3 Abs. 2 GG verstößt. Der Privatisierungsakteur ist demnach verpflichtet, aus verschiedenen rechtlich zulässigen Handlungsoptionen diejenige auszuwählen, die die Gleichstellung der Geschlechter in Abwägung mit anderen Verfassungsgütern am besten fördert.³⁹² Aus diesem

392 Siehe dazu oben unter 2.2.

Grund darf eine Organisationsprivatisierung nicht zu einer Deregulierung, sondern muss vielmehr zu einer Re-Regulierung von Gleichstellungsrecht führen: Die Vorgaben der Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder fallen nicht ersatzlos weg, sondern sind durch Vorgaben zur Gleichstellungsförderung in den Rechtsgrundlagen der Organisationsprivatisierung zu ersetzen.

Auch die bestehenden Personalvertretungsrechte sind europa- und verfassungskonform insbesondere im Lichte des Gleichstellungsfördergebots und des Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG dahingehend auszulegen, dass der Personalvertretung ein Beteiligungsrecht an der Prognose und Evaluation von Privatisierungsfolgen zusteht. Unter Berücksichtigung der Dreiebenentheorie des Bundesverfassungsgerichts ist dieses Beteiligungsrecht zwar nicht als volles Mitbestimmungsrecht, aber als ein Mitwirkungsrecht ausgestaltet, bei dem im Streitfall die angerufene Einigungsstelle eine Entscheidungsempfehlung ausspricht. Zudem führt eine nicht durchgeführte bzw. eine nicht mit der Personalvertretung abgestimmte Prognose zu Privatisierungsfolgen zu einer (widerlegbaren) Diskriminierungsvermutung. Darauf können sich Beschäftigte berufen, wenn sie sich gerichtlich gegen Diskriminierung im Zuge einer Organisationsprivatisierung wehren wollen.

Wie die Personalvertretung ist auch die Gleichstellungsbeauftragte an der Prognose und Evaluation von Gleichstellungsfolgen durch eine Organisationsprivatisierung zu beteiligen und ihre mangelnde Beteiligung löst ebenfalls die genannte Diskriminierungsvermutung aus.

Eine weitere Form des kollektiven Rechtschutzes ist die Möglichkeit von Verbänden, im Wege der Verbandsklage gerichtlich gegen Rechtsverstöße vorzugehen, die eine in der Regel besonders geschützte Personengruppe, beispielsweise behinderte Menschen, betreffen (vgl. § 13 BGG). Das europa- und verfassungsrechtliche Gleichstellungsfördergebot, insbesondere in seiner Ausprägung als Effektivitätsgesetz, führt in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG zu einer europa- und verfassungskonformen Auslegung des § 23 AGG, wonach Antidiskriminierungsverbänden ein Verbandsklagerecht zusteht. Dieses Recht können sie nutzen, um gegen geschlechtsspezifische Diskriminierung im Zuge von Organisationsprivatisierungen vorzugehen.

