

## Urteil mit Anmerkung EuGH, Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG, § 4 LGG Bremen Gegen die Frauenförderung

*Artikel 2 Absätze 1 und 4 der 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 steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen die Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wird, wobei eine Unterrepräsentation dann vorliegen soll, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind, und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gelten soll.*

(amtlicher Leitsatz)

Urteil des EuGH vom 17.10.1995 – Rechtssache C-450/93

### Aus den Gründen:

1. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluß vom 22. Juni 1993, beim Gerichtshof eingegangen am 23. November 1993, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen nach der Auslegung des Artikels 2 Absätze 1 und 4 der 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. L 39, S. 40; nachstehend: die Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese Fragen stellen sich im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Herrn K. (nachstehend: Kläger) und der Freien Hansestadt B. (nachstehend: Stadt B.).

3. § 4 des Landesgleichstellungsgesetzes vom 20. November 1990 (Gesetz zur Gleichstellung von Mann und Frau im öffentlichen Dienst des Landes Bremen, Bremisches Gesetzblatt, S. 433; nachstehend: LGG) lautet:

„Einstellung, Übertragung eines Dienstpostens und Beförderung

(1) Bei der Einstellung, einschließlich der Begründung eines Beamten- und Richterverhältnisses, die nicht zum Zwecke der Ausbildung erfolgt, sind Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber in den Bereichen vorrangig zu berücksichtigen, in denen sie unterrepräsentiert sind.

(2) Bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppe sind Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen, wenn sie unterrepräsentiert sind. Das gilt auch bei der Übertragung eines anderen Dienstpostens und bei Beförderung.

(3) ...

(4) Die Qualifikation ist ausschließlich an den Anforderungen des Berufes, der zu besetzenden Stelle oder der Laufbahn zu messen. Spezifische, zum Beispiel durch Familienarbeit, durch soziales Engagement oder ehrenamtliche Tätigkeit erworbene Erfahrungen und Fähigkeiten sind Teil der Qualifikation im

Sinne des Absatzes 1 und 2, wenn sie bei der Ausübung der jeweiligen Tätigkeit dienlich sind.

(5) Eine Unterrepräsentation liegt vor, wenn in den einzelnen Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind. Dies gilt auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen.“

4. Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich, daß in der letzten Phase eines Einstellungsverfahrens zur Besetzung der Stelle eines Sachgebietsleiters beim Gartenbauamt der Stadt B. zwei Bewerber in die engere Wahl kamen, die beide in die Vergütungsstufe III BAT eingestuft waren:

– Herr K., der Kläger des Ausgangsverfahrens, der Diplom-Ingenieur für Garten- und Landschaftspflege ist und seit 1973 im Gartenbauamt als gartenbautechnischer Angestellter arbeitet und ständiger Vertreter des Sachgebietsleiters war;

– Frau G. (nachstehend: Streitverkündete), die seit 1983 Diplom-Ingenieurin für Landschaftspflege ist und seit 1975 gleichfalls als gartenbautechnische Angestellte in dem gleichen Sachgebiet tätig ist.

5. Der Personalrat verweigerte seine Zustimmung zu der von der Leitung des Gartenbauamtes vorgeschlagenen Beförderung des Klägers. Die angerufene Schlichtung ergab eine Empfehlung für den Kläger. Der Personalrat erklärte daraufhin die Schlichtung für gescheitert und rief die Einigungsstelle an. Diese entschied für den Arbeitgeber bindend, daß beide Bewerber die gleiche Qualifikation besäßen und daß daher auf der Grundlage des LGG der weiblichen Bewerberin der Vorrang gebühre.

6. Vor dem Arbeitsgericht machte der Kläger geltend, er besitze eine bessere Qualifikation als die Streitverkündete, was von der Einigungsstelle verkannt worden sei. Das LGG verstoße mit seiner Quotenregelung gegen die Verfassung des Landes Bremen, das Grundgesetz und § 611a BGB. Das Arbeitsgericht und in der Berufungsinstanz das Landesarbeitsgericht wiesen jedoch die Klage ab.

7. Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts, bei dem die Revision in diesem Rechtsstreit anhängig ist, ist der Auffassung, die Entscheidung des Rechtsstreits hänge im wesentlichen von der Anwendbarkeit des LGG ab. Falls die Einigungsstelle dieses Gesetz zu Unrecht angewandt habe, wäre ihr Beschluß wegen der Bevorzugung einer gleich qualifizierten Mitbewerberin nur aufgrund ihres Geschlechts rechtswidrig. Das vorlegende Gericht führt aus, es übernehme die vom Landesarbeitsgericht getroffene Feststellung, daß beide Bewerber die gleiche Qualifikation für die Stelle besäßen. Es sieht sich auch durch die Feststellung des Berufungsgerichts gebunden, daß Frauen im Gartenbauamt unterrepräsentiert seien, und führt aus, daß die Einigungsstelle gemäß § 4 Absatz 2 LGG die Zustimmung zur Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit dem Kläger habe verweigern müssen.

8. Das Bundesarbeitsgericht legt dar, daß es sich im vorliegenden Fall nicht um ein System starrer Quoten handle, das einen bestimmten Prozentsatz zu besetzender Stellen für Frauen unabhängig von deren Qualifikation reserviere. Hingegen gehe es um eine leistungsabhängige Quotenregelung. Die vorrangige Berücksichtigung von Frauen sei nur für den Fall vorgesehen, daß zuvor die gleiche Qualifikation von weiblichen und männlichen Bewerbern festgestellt worden sei.

9. Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, die Quotenregelung sei mit den erwähnten deutschen Verfassungs- und Gesetzesvorschriften vereinbar. Es führt insbesondere aus, § 4 LGG sei grundgesetzkonform dahin auszulegen, daß Frauen bei der Beförderung grundsätzlich zu bevorzugen seien, daß aber in bestimmten Härtefällen eine Ausnahme von dieser Bevorzugung zu machen sei.

10. Es verweist auf mehrere Umstände, die dafür sprechen könnten, daß diese Regelung mit der Richtlinie vereinbar ist.

11. Da seiner Ansicht nach daran jedoch noch Zweifel bestehen, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Ist Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften 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 vom 9. Februar 1976 dahin auszulegen, daß von ihm auch gesetzliche Regelungen gedeckt werden, nach denen bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Vergütungsgruppe Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen sind, wenn Frauen unterrepräsentiert sind, wobei eine Unterrepräsentation vorliegt, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gilt?

2) Wenn Frage 1 verneint wird:

Ist Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahin auszulegen, daß gesetzliche Regelungen unanwendbar sind, nach denen bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Vergütungsgruppe Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen sind, wenn Frauen unterrepräsentiert sind, wobei eine Unterrepräsentation vorliegt, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gilt?

12. Da beide dem Gerichtshof vorgelegten Fragen auf Klärung des Inhalts der in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 76/207 vorgesehenen Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzielen, ist es angebracht, sie zusammen zu untersuchen.

13. Die Fragen des vorlegenden Gerichts gehen im wesentlichen dahin, ob Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der, wie im vorliegenden Fall, bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen die Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wird, wobei eine Unterrepräsentation dann vorliegen soll, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind, und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gelten soll.

14. Das vorlegende Gericht führt in seinem Vorlagebeschluß aus, eine Quotenregelung wie die hier vorliegende könne dazu beitragen, die vorhandenen faktischen Nachteile für Frauen, durch die frühere Ungleichheiten perpetuiert würden, für die Zukunft überwinden zu helfen, indem sie daran gewöhne, daß Frauen auch bestimmte höherwertige Aufgaben wahrnehmen. Die traditionelle Zuweisung bestimmter beruflicher Tätigkeiten an Frauen und die Konzentration von Frauenarbeit auf hierarchisch unter-

geordnete Positionen widerspreche heute geltenden Maßstäben von Gleichberechtigung. Das vorlegende Gericht verweist in diesem Zusammenhang auf Zahlen, die den geringen Frauenanteil im höheren Dienst der Stadt B. aufzeigten, insbesondere, wenn man die Beschäftigungsbereiche wie den Schuldienst herausnehme, in denen die Existenz von Frauen im höheren Dienst inzwischen selbstverständlicher geworden sei.

15. Wie sich aus Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie ergibt, hat diese zum Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen u.a. hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung einschließlich des Aufstiegs verwirklicht wird. Dieser Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet nach Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie, „daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts ... erfolgen darf“.

16. Eine nationale Regelung, wonach Frauen, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber besitzen, in Bereichen, in denen die Frauen unterrepräsentiert sind, bei einer Beförderung automatisch der Vorrang eingeräumt wird, bewirkt aber eine Diskriminierung der Männer aufgrund des Geschlechts.

17. Es ist jedoch zu prüfen, ob eine solche nationale Regelung nach Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie zulässig ist, wonach die Richtlinie „nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen ... beeinträchtigen, entgegen[steht]“.

18. Diese Vorschrift dient dem bestimmten und begrenzten Zweck der Zulassung von Maßnahmen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen (Urteil vom 25. Oktober 1988 in der Rechtssache 312/86, Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 6315, Randnr. 15).

19. So sind danach nationale Maßnahmen im Bereich des Zugangs zur Beschäftigung einschließlich des Aufstiegs zulässig, die die Frauen spezifisch begünstigen und darauf ausgerichtet sind, deren Fähigkeit zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie die Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen.

20. Wie der Rat in der dritten Begründungserwägung seiner Empfehlung 84/635/EWG vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen (ABl. L 331, S. 34) festgestellt hat, reichen die „geltenden Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung, die zur Stärkung der Rechte des einzelnen erlassen wurden, ... nicht aus, um alle faktischen Ungleichheiten zu beseitigen, wenn nicht

die Regierungen, die Sozialpartner und sonstige beteiligte Stellen gleichzeitig tätig werden, um gegen die Benachteiligung der Frauen in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird“.

21. Dem ist jedoch hinzuzufügen, daß Artikel 2 Absatz 4 als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen ist (Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 36).

22. Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, geht aber über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreitet damit die Grenzen der in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme.

23. Außerdem setzt eine solche Regelung insofern, als sie darauf abzielt, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviel Frauen wie Männer vertreten sind, an die Stelle der in Artikel 2 Absatz 4 vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte.

24. Auf die Fragen des vorlegenden Gerichts ist demgemäß zu antworten, daß Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der, wie im vorliegenden Fall, bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen die Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wird, wobei eine Unterrepräsentation dann vorliegen soll, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind, und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gelten soll.

#### Aus den Schlußanträgen des Generalanwalts

##### Giuseppe Tesaro vom 6.4.1995\*:

Dies ist das erste Mal, daß der Gerichtshof über die Auslegung des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie im Hinblick auf eine Quotenregelung zugunsten der Frauen und, allgemeiner gesagt, zu positiven Maßnahmen, zu entscheiden hat. Die Bedeutung der Frage ist sicherlich nicht gering, im Gegenteil. Es geht hier nämlich um die Tragweite der Ausnahme des Artikels 2 Absatz 4, vor allem jedoch um die Bedeutung des Gleichheitssatzes, den Gegensatz zwischen formaler Gleichheit, verstanden als die Gleichbehandlung von Individuen, die verschiedenen Gruppen zuzurechnen sind, und inhaltlicher Gleichheit,

verstanden als die Gleichheit der Gruppen. Muß letztlich das Recht jedes Individuums, nicht aufgrund seines Geschlechts diskriminiert zu werden, das der Gerichtshof selbst als Grundrecht anerkannt hat, dessen Einhaltung er sicherstelle<sup>1</sup>, gegenüber den Rechten einer benachteiligten Gruppe – im vorliegenden Fall die Frauen – zurücktreten, um die Diskriminierung auszugleichen, die diese Gruppe in der Vergangenheit erlitten hat?

Bevor ich inhaltlich auf diese Frage eingehe, halte ich es für angemessen, einige Ausführungen zum Begriff der positiven Maßnahme zu machen.

Die positiven Maßnahmen haben ihren Ursprung in dem Erfordernis, die faktischen Hindernisse zu beseitigen, mit denen bestimmte Kategorien oder Gruppen von Personen konfrontiert sind, die dadurch im Arbeitsleben benachteiligt werden. Es handelt sich dabei insbesondere um eines der Mittel zur Verwirklichung der Chancengleichheit der Minoritäten oder jedenfalls benachteiligter Gruppen: Dies erfolgt normalerweise durch die Einräumung einer Vorzugsbehandlung für die betreffenden Gruppen.<sup>2</sup> Indem die positiven Maßnahmen die Gruppe als solche im Auge haben, bezeichnen sie außerdem den Übergang von der individuellen zur kollektiven Betrachtungsweise der Gleichheit.<sup>3</sup>

1 Urteil vom 15. Juni 1978 in der Rechtssache 149/77 (Defrenne II, Slg. 1978, 1365, Randnr. 27). Siehe außerdem zuletzt das Urteil vom 28. Januar 1992 in der Rechtssache T-45/90 (Speybrouck, Slg. 1992, II-33), in dem das Gericht erneut festgestellt hat, daß „der Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Bereich der Berufstätigkeit und entsprechend das Verbot jeder unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts zu den Grundrechten gehört, deren Wahrung gemäß Artikel 164 EWG-Vertrag Aufgabe des Gerichtshofes und des Gerichts ist“ (Randnr. 47).

2 Die positive Maßnahme wurde von den demokratischen Regierungen der sechziger Jahre in den Vereinigten Staaten aus der Taufe gehoben („affirmative action“), die eine typische Maßnahme der Rechtsprechung (bis zum damaligen Zeitpunkt wurde die positive Maßnahme von den Gerichten zu Lasten der Arbeitgeber verfügt, die für diskriminierende Verhaltensweisen verantwortlich waren) anwandten und sie zu einem Instrument der Verwaltung machten. Sie entstand insbesondere mit der Verpflichtung für die Unternehmen, die aufgrund von Ausschreibungen Verträge mit der Regierung geschlossen hatten, Maßnahmenprogramme zugunsten der farbigen Bevölkerung durchzuführen, wenn sie die schon erhaltenen Aufträge nicht verlieren wollten. Nach Maßgabe dieser Konzeption ging man später zu positiven Maßnahmen zugunsten anderer ethnischer Minderheiten oder zumindest schwächerer Bevölkerungsgruppen, wie den Frauen, über. Im Namen der Gleichheit wurden so Programme zur bevorzugten Behandlung, insbesondere im Bereich des Zugangs zur höheren Schulbildung und zur Einstellung, erarbeitet und in die Praxis umgesetzt.

3 Und es ist gerade die Bezugnahme auf den Begriff Gruppe, die keine uneingeschränkte Zustimmung findet. In diesem Zusammenhang wird nämlich vorgebracht, daß die bevorzugte Behandlung bestimmter Gruppen schließlich dazu füh-

\* Originalsprache: Italienisch

Die positive Maßnahme kann verschiedene Formen annehmen. Ein erstes Modell ist dasjenige, das bezweckt, nicht Diskriminierungen im rechtlichen Sinne, sondern eine Situation der Benachteiligung zu beseitigen, wie sie für Frauen, die auf dem Arbeitsmarkt auftreten, kennzeichnend sind. Dabei besteht das Ziel darin, die Ursachen für die geringeren Chancen hinsichtlich Arbeit und Aufstieg, die (noch) für die Arbeit von Frauen bestehen, auszuräumen, indem insbesondere Einfluß auf die Berufswahl und die Berufsbildung genommen wird. Als ein zweites Modell positiver Maßnahmen lassen sich jene Maßnahmen ansehen, die bezwecken, das Gleichgewicht zwischen familiären und beruflichen Aufgaben und eine bessere Verteilung dieser Aufgaben auf die beiden Geschlechter zu fördern. In diesem Fall wird die Priorität Maßnahmen eingeräumt, die die Arbeitszeitordnung, den Ausbau von Einrichtungen für Kinder, die berufliche Wiedereingliederung der Frauen, die sich mit der Kindererziehung beschäftigt haben, Maßnahmen der sozialen Sicherheit und Steuervorteile, die die familiären Belastungen berücksichtigen, betreffen. In beiden Fällen haben die positiven Maßnahmen, die auch den Erlass spezifischer Maßnahmen allein für Frauen, die insbesondere deren Beschäftigung fördern sollen, umfassen, das Ziel der Verwirklichung der Chancengleichheit und letztlich der Herbeiführung der inhaltlichen Gleichheit. Die Ergebnisse zeigen sich natürlich nicht sofort in Form eines quantitativen Anstiegs der Beschäftigung von Frauen.

Ein drittes Modell positiver Maßnahmen ist das von Maßnahmen, durch die die fortdauernden nachteiligen Auswirkungen historischer rechtlich relevanter Diskriminierungen beseitigt werden; in diesem Fall handelt es sich bei der Maßnahme um eine Wiedergutmachung mit der Folge, daß Vorzugsbehandlungen zugunsten benachteiligter Kategorien legitimiert werden, insbesondere über Quotensysteme und Goals<sup>4</sup>. Ein solches Modell hat sich schließlich

durchgesetzt oder wurde zumindest als universales Mittel zur Beseitigung der in der sozialen Wirklichkeit bestehenden faktischen Ungleichheiten angesehen: Eine tatsächliche Situation der Chancengleichheit wird auf diese Art mit der Gleichheit hinsichtlich der Ergebnisse gleichgesetzt. Die Festlegung von Quoten ist eine sehr umstrittene Maßnahme, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmäßigkeit: Zwar handelt es sich dabei sicherlich um ein geeignetes Mittel, um den quantitativen Anteil der Frauen an der erwerbstätigen Bevölkerung zu erhöhen, jedoch ist es auch das Mittel, das den Grundsatz der Gleichheit der Individuen am stärksten berührt, einen Grundsatz, der in den meisten Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verfassungsmäßigen Schutz genießt.

Die Quoten können mehr oder weniger starr sein. In dem Fall, der uns beschäftigt, handelt es sich, wie schon gesagt, nicht um starre Quoten (die einen Prozentsatz von Stellen festlegen, der unabhängig von der Befähigung der von den Maßnahmen betroffenen Personen zu erreichen ist) und auch nicht um Quoten, die Mindestvoraussetzungen vorsehen, die bei den Bewerbern vorliegen müssen, sondern um Quoten, die eine bevorzugte Behandlung der Frauen nur bei gleicher Qualifikation wie der der männlichen Bewerber vorsehen.

Es ist völlig offensichtlich, daß es sich auch im letzteren Fall um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handelt.

Jede spezifische Maßnahme zugunsten einer minoritären oder jedenfalls schwachen Gruppe steht im Widerspruch zum Gleichheitssatz im formalen

geblieben (Regents of the University of California/Bakke – 438 U.S. 265, 1978) und hat, auch wenn sie das Kriterium der Goals zuließ, deren Formen und Voraussetzungen näher festgelegt. Das Programm positiver Maßnahmen muß, kurz zusammengefaßt, vor allem vorübergehender Natur sein: Es dient nämlich dazu, Situationen des Ungleichgewichts zu korrigieren, indem gleiche Ausgangspunkte geschaffen werden, und nicht dazu, solche künstlich wieder zu schaffen, auch wenn die Auswirkungen der vergangenen Diskriminierung inzwischen beseitigt sind (United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC/Weber – 443 U.S. 193, 1979). Zweitens muß das Programm durch einige objektiv feststellbare tatsächliche Voraussetzungen gerechtfertigt sein: z.B. ein offensichtliches Mißverhältnis zwischen den Anteilen der Rassen an der Gesellschaft und ihrer Widerspiegelung im universitären Mikrokosmos; oder zwischen der Zahl der Frauen in Leitungspositionen im Verhältnis zur gesamten weiblichen Bevölkerung. In Europa haben die positiven Maßnahmen gerade begonnen, sich durchzusetzen oder zumindest Aufmerksamkeit zu erringen, während sie sich in ihrem Ursprungsland in einer Krise befinden. In den Vereinigten Staaten wird nämlich inzwischen auf das Kriterium des strict scrutiny zurückgegriffen, wonach die Bestimmungen, die ein Grundrecht einschränken, nur gerechtfertigt werden können, wenn sie einem unverzichtbaren staatlichen Interesse entsprechen (compelling government interest – siehe z.B. City of Richmond/Crosby, 488, U.S. 469, 1989).

re, deren Minderwertigkeitsgefühl gegenüber der Mehrheit zu verstärken, mit der Folge, daß die Begünstigten endgültig innerhalb fester sozialer Eingrenzungen marginalisiert würden. Ein anderer Vorwurf, der gegenüber der bevorzugten Behandlung der benachteiligten Gruppen vorgebracht wird, ist, daß die Effizienz des Systems verringert werde, wenn man den sozialen Erfolg der Besten in Frage stelle.

4 Die Quoten und die Goals sind zwei Systeme, mit denen in den Vereinigten Staaten seit den sechziger Jahren das Ziel verfolgt wurde, die faktischen Ungleichheiten zu beseitigen. Durch die Quoten wird eine bestimmte Anzahl von Stellen den Gruppen vorbehalten, die am meisten benachteiligt sind, um deren Repräsentation ins Gleichgewicht zu bringen; bei dem System der Goals hingegen wird den Mitgliedern der betreffenden Gruppe eine höhere Zahl von Punkten eingeräumt, wobei jedoch das Recht jedes Bewerbers, sich für alle verfügbaren Stellen zu bewerben, nicht beeinträchtigt wird. Die Rechtsprechung des Supreme Court ist gegenüber dem Kriterium der starren Quoten außerordentlich ablehnend

Sinn. Es muß also unterstellt werden, ob es trotzdem denkbar ist, daß unter genau umrissenen Umständen und zur Erreichung eines einer sozialpolitischen Entscheidung entsprechenden Ziels, die sich aus Vorurteilen in der Vergangenheit ergebenden Ungleichheiten zu beseitigen, Bestimmungen erlassen werden, die im Widerspruch zu diesem Grundsatz stehen und dennoch rechtlich zulässig sind.

Genauer gesagt geht es, soweit hier von Belang, darum, ob Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie eine angemessene Rechtsgrundlage für ein solches Ziel darstellt, ob also Maßnahmen der hier fraglichen Art unter die in dieser Bestimmung enthaltene Ausnahmeregelung fallen.

Artikel 2 Absatz 4 erlaubt es den Mitgliedstaaten, wie schon gesagt, „Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen“, zu beschließen und/oder beizubehalten.

Der betreffenden Bestimmung ist vor allem zu entnehmen, daß die Richtlinie neben den negativen Maßnahmen, wie dem Verbot von unmittelbaren und verschleierten, also mittelbaren Diskriminierungen, immer mit dem Ziel, eine tatsächliche Gleichbehandlung sicherzustellen, den Erlass von Maßnahmen vorsieht, die ein Tätigwerden erfordern, damit sie zur Anwendung kommen können. Dies bedeutet, daß Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie es den Mitgliedstaaten sehr wohl erlaubt, positive Maßnahmen durchzuführen; jedoch, wie in der Bestimmung selbst vorgesehen, ausschließlich insoweit, als diese Maßnahme zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen im Arbeitsleben beeinträchtigen, bestimmt sind.

Um feststellen zu können, welche positiven Maßnahmen nach Artikel 2 Absatz 4 erlaubt sind, ist es also erforderlich, den Begriff der Chancengleichheit zu definieren, genauer gesagt: festzustellen, ob unter dieser Formulierung die Gleichheit der Ausgangssituation oder die des Ergebnisses zu verstehen ist. Chancengleichheit herbeizuführen kann meines Erachtens nur bedeuten, in die Lage zu versetzen, gleiche Ergebnisse zu erreichen, also für die Angehörigen der beiden Geschlechter gleiche Voraussetzungen hinsichtlich der Ausgangssituation zu schaffen. Zur Erreichung eines solchen Ergebnisses ist es natürlich erforderlich, die tatsächlichen Hindernisse zu beseitigen, die der Verwirklichung der Chancengleichheit von Männern und Frauen im Arbeitsleben entgegenstehen: Somit müssen die Hindernisse festgestellt und anschließend beseitigt werden, wobei die

zu diesem Zweck geeignetsten Mittel anzuwenden sind.

Daß die hier in Rede stehende nationale Regelung nun wirklich nicht die Sicherstellung der Gleichheit der Ausgangssituation bezweckt, halte ich für nur zu offensichtlich. Der Umstand, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts die gleiche Qualifikation haben, bringt nämlich definitionsgemäß mit sich, daß die beiden Bewerber die gleichen Chancen hatten und haben: Sie befinden sich also im Ausgangspunkt in der gleichen Situation. Durch diese nationale Regelung wird also, indem den Frauen der Vorrang eingeräumt wird, eine Gleichheit hinsichtlich des Ergebnisses oder vielmehr eine gerechte Verteilung der Arbeitsplätze auf Männer und Frauen in rein numerischer Hinsicht angestrebt. Dies ist weder Sinn noch Zweck des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie.

Dies vorausgeschickt, ist jedoch nicht zu verschweigen, daß das letzte Ziel der Chancengleichheit zweifellos darin besteht, die Beschäftigung von Frauen zu fördern und zu einer inhaltlichen Gleichheit zu gelangen, und daß allein die gleiche Ausgangssituation als solche nicht gleiche Ergebnisse gewährleistet, da diese nicht nur von der Qualifikation und den individuellen Anstrengungen der einzelnen Betroffenen abhängen<sup>5</sup>, sondern auch durch eine bestimmte Sozialstruktur beeinflusst werden könne, die die Frau benachteiligt, insbesondere wegen ihrer Doppelrolle und aufgrund der Diskriminierungen in der Vergangenheit, die ihre Anwesenheit in bestimmten Sektoren, vor allem in Leitungspositionen, noch zu einer Randerscheinung machen.

Unter diesen Voraussetzungen bleibt die Frage, ob Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie dahin auszulegen ist, daß er auch Maßnahmen abdeckt, die die Herbeiführung von „Ergebnissen“ durch die Festlegung von Quoten beinhalten, seien diese starrer Natur oder, wie im vorliegenden Fall, vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig.

Bei der einzigen Gelegenheit, bei der der Gerichtshof über die Auslegung einer solchen Bestimmung entschied, hat er festgestellt, daß die in ihr vorgesehene Ausnahme „einem bestimmten und begrenzten Zweck [dient], nämlich der Zulassung von Maßnahmen, die zwar nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen“<sup>6</sup>. Aufgrund

5 Es ist außerdem selbstverständlich, daß sich die Frage, soweit die Methode der Feststellung der Befähigungen die Frauen mittelbar diskriminiert, auf andere Art stellt: Es läge dann nämlich eine gegenwärtige, wenn auch mittelbare Diskriminierung vor, gegen die als solche aufgrund spezifischer Bestimmungen der Richtlinie vorgegangen werden kann.

6 Urteil vom 25. Oktober 1988 in der Rechtssache 312/86 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 6315, Randnr. 15).

dessen hat der Gerichtshof ausgeschlossen, daß unter die Ausnahmebestimmung des Artikels 2 Absatz 4 besondere Regelungen zugunsten von Frauen fallen, wie die Herabsetzung der Arbeitszeit, Vorziehen des Ruhestandsalters, Urlaub bei Krankheit von Kindern, Gewährung zusätzlicher Jahresurlaubstage je Kind, Zulagen für Mütter, die Kosten für Kinderkrippen oder Kinderbetreuung zu tragen haben, usw.

Der Gerichtshof hat demgemäß festgestellt, daß Artikel 2 Absatz 4 jene Behandlungen zuläßt, die nur nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend sind, konkret jedoch das Ziel verfolgen, die tatsächlichen Hindernisse zu beseitigen, die die Verwirklichung der Chancengleichheit für Frauen verhindern.<sup>7</sup> Dies bestätigt, daß das Ziel die inhaltliche Gleichheit ist; meines Erachtens bestätigt es jedoch auch, daß ein

solches Ziel nur durch Maßnahmen verfolgt werden darf, die auf die Herbeiführung einer Situation tatsächlicher Chancengleichheit ausgerichtet sind, so daß allein die Ungleichheiten erlaubt sind, die erforderlich sind, um die Hindernisse oder Unterschiede zu beseitigen, die die Frauen daran hindern, unter gleichen Voraussetzungen zu den gleichen Ergebnissen zu gelangen wie die Männer. Nur unter diesem Gesichtspunkt nämlich sind die besonderen Maßnahmen für Frauen nur ihrer äußeren Erscheinung nach diskriminierend; und nur auf diese Art gelangt man zu einer echten tatsächlichen inhaltlichen Gleichheit.

Der Grundsatz der inhaltlichen Gleichheit setzt die Berücksichtigung der faktischen Ungleichheiten voraus, die sich aus der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe von Personen oder einer bestimmten Sozialgruppe ergeben; er erlaubt und schreibt vor, daß die unterschiedlichen und nachteiligen Folgen, die sich für die Angehörigen der betreffenden Gruppe aus diesen Ungleichheiten ergeben, durch besondere Maßnahmen beseitigt oder zumindest unwirksam gemacht werden.

Im Unterschied zu dem Grundsatz der formalen Gleichheit, der es verbietet, die Ungleichbehandlung der einzelnen auf solche Unterscheidungsmerkmale wie eben das Geschlecht zu stützen, geht der Grundsatz der inhaltlichen Gleichheit hingegen von einer positiven Auffassung aus und stützt sich gerade auf die Bedeutung eben dieser unterschiedlichen Merkmale, um ein unterschiedliches Recht zu rechtfertigen, das als Instrument zur Erreichung der Gleichheit von Personen eingesetzt wird, die nicht als neutral, sondern unter Berücksichtigung der Unterschiede betrachtet werden. Letztlich schließt der Grundsatz der inhaltlichen Gleichheit die formale Gleichheit ein, und er läßt von dieser nur solche Abweichungen zu, die durch das mit ihnen verfolgte Ziel – der Sicherstellung einer tatsächlichen Gleichheit – gerechtfertigt sind. Das Endziel ist also dasselbe: die Sicherstellung der Gleichheit von Personen.

Andererseits ist gerade dies die Logik, die der Ausnahme von dem Grundsatz der Gleichbehandlung zugrunde liegt. Diese Bestimmungen sind nicht so sehr tatsächliche Ausnahmen von dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund des Geschlechts, sie bezwecken vielmehr die Sicherstellung der tatsächlichen Wirksamkeit des Gleichheitssatzes, indem sie solche Ungleichheiten zulassen, die zu dessen Verwirklichung erforderlich sind. Es handelt sich letztlich um eine nur scheinbare Diskriminierung, indem eine unterschiedliche Behandlung zugunsten und zum Schutz der Frau erlaubt oder vorgeschrieben wird, um zu einer inhaltlichen Gleichheit zu gelangen und nicht zu einer formalen, die hingegen die Negation der Gleichheit wäre.

<sup>7</sup> Die faktischen Ungleichheiten, mit denen die Frauen konfrontiert sind, können sich z.B. auch aus Bedingungen, Organisation und Verteilung der Arbeit ergeben, die je nach dem Geschlecht unterschiedliche Auswirkungen gegenüber den Beschäftigten haben, mit einer Benachteiligung der Frauen bei der Berufsbildung, dem beruflichen Aufstieg und dem Aufstieg in andere Ebenen. Unter diesem Gesichtspunkt muß eine positive Maßnahme, um wirksam zu sein, vor allem die Schul- und Berufswahl beeinflussen, so daß der Zugang von Frauen in den Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, gefördert wird. Zugleich ist hervorzuheben, daß einige der soeben erwähnten französischen Maßnahmen (insbesondere die Flexibilität der Arbeitszeiten und die Zuschüsse zu den Kosten von Kinderkrippen) ohne weiteres als nur ihrer äußeren Erscheinung nach diskriminierend anzusehen sind, weil mit ihnen gerade die tatsächlichen Hindernisse, die der Verwirklichung der Chancengleichheit im Weg stehen, beseitigt werden sollen.

Und eben von diesem Gesichtspunkt her ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu der Ausnahme des Artikels 2 Absatz 3<sup>8</sup> zu verstehen, in der er insbesondere festgestellt hat, daß „die Richtlinie den Mitgliedstaaten ein Ermessen hinsichtlich der sozialen Maßnahmen ein[räumt], die zu ergreifen sind, um im Rahmen der Richtlinie den Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie den Ausgleich der für die Frau anders als für den Mann bestehenden tatsächlichen Nachteile im Hinblick auf die Beibehaltung des Arbeitsplatzes zu gewährleisten“<sup>9</sup>.

Tatsächlich wird es den Mitgliedstaaten durch diese Ausnahme erlaubt, Maßnahmen zu erlassen, die dazu bestimmt sind, die sich für die Frau aus ihrer biologischen Situation ergebenden nachteiligen Folgen zu beseitigen. Die unterschiedliche Behandlung der Frau, die in einer bestimmten Situation wie der Schwangerschaft erfolgt, ist also nur dem Anschein nach diskriminierend: In Wirklichkeit ist sie darauf ausgerichtet, die Auswirkungen der spezifischen Unterschiede zwischen Mann und Frau zu neutralisieren und somit die inhaltliche Gleichheit sicherzustellen. Es ist also der Unterschied, der die Abweichungen von der formalen Gleichheit, die spezifischen Maßnahmen durch Anwendung unterschiedlichen Rechts, rechtfertigt: Das Recht stellt auf den bestehenden Unterschied ab, um die inhaltliche Gleichheit von Personen zu fördern.

Im Falle der Ausnahme des Artikels 2 Absatz 4 knüpft die unterschiedliche Behandlung nicht an eine spezifische Situation der Frau an, sondern betrifft alle Frauen als solche. Die bevorzugte Behandlung der Frauen findet ihre Begründung in der allgemeinen Situation der Benachteiligung, die sich aus den in der Vergangenheit erlittenen Diskriminierungen und den tatsächlichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer Doppelrolle ergibt.

Es ist nur allzu offensichtlich, daß solche Schwierigkeiten gewiß nicht durch ein Quotensystem oder ähnliche Maßnahmen behoben werden, die für die Erreichung dieses Zwecks völlig ohne Belang sind. Notwendig sind hingegen Maßnahmen, die die Organisation der Arbeit betreffen, insbesondere hinsichtlich der Arbeitszeit, sowie Einrichtungen für die Kinderbetreuung und andere Maßnahmen, die es

ermöglichen, die familiären und beruflichen Verpflichtungen miteinander zu verbinden. Allerdings hat der Gerichtshof, wie gesagt, – in jenem Fall meines Erachtens mit übermäßiger Strenge – festgestellt, daß solche Maßnahmen noch nicht einmal unter die Ausnahmebestimmung des Artikels 2 Absatz 4 fielen.<sup>10</sup>

Was schließlich die von den Frauen in der Vergangenheit erlittenen Diskriminierungen betrifft, ist es sicherlich unbestreitbar, daß ihre Wirkungen heute noch spürbar sind. Das Bestehen einer (historisch) unterschiedlichen sozialen und kulturellen Lage (man denke an den Unterschied bei der Schulbildung und der Berufsbildung) bewirkt nämlich noch weiterhin eine Marginalisierung auf dem Arbeitsmarkt. Und es ist nicht zu bezweifeln, daß eine solche Lage eine faktische Ungleichheit darstellt, eine Benachteiligung, die zu beseitigen ist.

Im Hinblick auf eine derartige Situation erlaubt es Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie, durch positive Maßnahme einzugreifen, jedoch, wie schon gesagt, nur, um die Ausgangsposition der benachteiligten Gruppen zu verbessern, um eine echte Situation der Chancengleichheit zu gewährleisten. Die positive Maßnahme muß also auf die Beseitigung der Hindernisse ausgerichtet sein, die sich der Chancengleichheit der Frau in den Weg stellen, und z.B. bei der Schulwahl und der Berufsbildung ansetzen. Die positive Maßnahme darf hingegen nicht darauf ausgerichtet sein, den Frauen eine Gleichstellung im Ergebnis bei der Besetzung von Arbeitsstellen, also an den Endpunkten, zu gewährleisten, in Form eines Ausgleichs für die in der Vergangenheit erlittenen Diskriminierungen. Um es kurz zu sagen: Die positive Maßnahme darf nicht als ein Mittel verstanden und erst recht nicht eingesetzt werden, um mittels diskriminierender Maßnahmen eine Situation der Gleichheit wiederherzustellen, die in der Vergangenheit außer Kraft gesetzt wurde.

Auch bei Betrachtung der in Frage stehenden Bestimmung im Lichte der schon erwähnten Empfehlung zu den positiven Maßnahmen kann man zu keiner anderen Schlußfolgerung gelangen. Auch wenn es sich nicht um eine rechtlich bindende Maßnahme handelt, kann eine Empfehlung, wie der Gerichtshof festgestellt hat, nämlich sehr wohl Aufschluß über die Auslegung anderer Gemeinschaftsbestimmungen, die durch sie ergänzt werden sollen, geben.<sup>11</sup>

10 Urteil Kommission/Frankreich, a.a.O., Randnr. 15 und 16.

11 Urteil vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-322/88 (Grimaldi, Slg. 1989, 4407, Randnr. 18 und 19).

8 Diese Bestimmung erlaubt es den Mitgliedstaaten bekanntlich, „Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft“ zu erlassen und/oder aufrechtzuerhalten.

9 Urteil vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657, Randnr. 22). Siehe jedoch schon ebenso das Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 27).

Die in Frage stehende Empfehlung, die in den Begründungserwägungen ausdrücklich auf Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie Bezug nimmt, enthält nun aber keinerlei Definition der positiven Maßnahme, sondern nur eine Aufzählung der Ziele, auf die diese Maßnahme ausgerichtet sein kann. Die aufgezählten Ziele machen es jedoch offensichtlich, daß es sich bei den positiven Maßnahmen um solche handelt, die die Beseitigung der Hindernisse und/oder faktischen Ungleichheiten, mit der die Frauen konfrontiert sind, zum Gegenstand haben, und nicht ganz allgemein um Maßnahmen, durch die die Situation der Benachteiligung, in der sich die Frau im Arbeits-

beeinträchtigenden Hindernisse, also letztlich das Erreichen inhaltlicher Gleichheit, ausgerichtet sind.

Auch der Umstand, daß die Begriffe „Vergünstigungen“ und „Ausgleich von Benachteiligungen“ in dem schon erwähnten Artikel 6 Absatz 3 des Protokolls über die Sozialpolitik vorkommen, also in der Bestimmung, die den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen enthält, ändert an dieser Schlußfolgerung nichts. Spezifische Vergünstigungen hinsichtlich des Entgelts zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn und/oder zur Erleichterung der Berufstätigkeit können nämlich meines Erachtens höchstens in Zulagen für Mütter, die Kosten für Kinderkrippen zu tragen haben, oder ähnlichem bestehen, jedoch gewiß nicht in diskriminierenden Maßnahmen aufgrund des Geschlechts, die nicht dazu bestimmt sind, irgendein Hindernis zu beseitigen. Nochmals: die Perspektive ist die Beseitigung der nachteiligen Folgen, die sich für die Frau aufgrund ihrer spezifischen Situation ergeben; das Ziel ist jedoch stets, zu einer Situation tatsächlicher Chancengleichheit für Männer und Frauen zu gelangen.

leben befindet, beseitigt werden soll. Schon der Begriff der Förderung der Anwesenheit und der Beteiligung der Frauen in allen Bereichen und Berufen und auf allen Ebenen der Verantwortung ist im Sinne einer Ermutigung zu verstehen und gewiß nicht als mechanische Präferenz. Die positive Maßnahme beruht also auf zwei Prämissen: dem Bestehen faktischer Ungleichheiten, die der Verwirklichung der Chancengleichheit von Männern und Frauen entgegenstehen, und dem (stillschweigend) befristeten Charakter der positiven Maßnahme, deren Rechtmäßigkeit somit an das Fortbestehen der faktischen Hindernisse, die zu beseitigen sind, geknüpft ist.

Auch in der Empfehlung werden die positiven Maßnahmen letztlich als Mittel einer Politik der Chancengleichheit betrachtet; eine Bestimmung über Vorteile für Frauen, durch die deren vorzugsweise Beschäftigung gefördert werden soll, fehlt hingegen völlig. Dies bedeutet, daß sie nicht dahin ausgelegt werden kann, daß Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts erlaubt sind, die nicht auf die Beseitigung dieser die Chancengleichheit der Frauen

Die gemachten Ausführungen bestätigen, daß es Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie nur erlaubt, die faktischen Ungleichheiten zu beseitigen, mit denen die Frauen konfrontiert sind, jedoch gewiß nicht einfach mittels umgekehrter Diskriminierungen, also durch Maßnahmen, die absolut nicht auf die Beseitigung der Hindernisse ausgerichtet sind, die es den Frauen unmöglich machen, unter gleichen Voraussetzungen dieselben Ergebnisse anzustreben, sondern darauf, diesen unmittelbar die Ergebnisse selbst zu verschaffen oder ihnen zumindest bei der Erreichung dieser Ergebnisse die Priorität einzuräumen, allein weil sie Frauen sind.

Letztlich sind Maßnahmen aufgrund des Geschlechts, die nicht dazu bestimmt sind, ein Hindernis zu beseitigen, eine Situation der Benachteiligung zu ändern, heute zum Zweck der Förderung ebenso rechtswidrig, wie sie es früher in ihrer diskriminierenden Funktion waren.

Eine solche Schlußfolgerung kann nicht als im Widerspruch zu dem Ermessen stehend angesehen werden, das die Richtlinie den Mitgliedstaaten hinsichtlich der sozialen Maßnahmen einräumt, die sie ergreifen, um die Chancengleichheit der Frauen zu gewährleisten, da ein solches Ermessen, wie der Gerichtshof zu der Ausnahme des Artikels 2 Absatz 3 festgestellt hat, ja immer im Rahmen dieser Richtlinie ausgeübt werden muß.<sup>12</sup>

12 Siehe zuletzt das Urteil Hsabermaun-Beltermann, a.a.O., Randnr. 22.

Außerdem hat der Gerichtshof zu der Ausnahme des Artikels 2 Absatz 2 gerade betont, „daß diese Bestimmung als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen ist“<sup>13</sup>. Er hat hinzugefügt: „Bei der Bestimmung des Geltungsbereichs von Ausnahmen von einem Individualrecht, wie dem in der Richtlinie verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, ist ferner der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, der zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, auf denen die Rechtsordnung der Gemeinschaft beruht.“<sup>14</sup> Die betreffende nationale Maßnahme darf also nicht über das zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessene und erforderliche Maß hinausgehen.

Die in Rede stehende nationale Maßnahme besteht, wie schon gesagt, in der Verpflichtung, Frauen bei der Einstellung und/oder Beförderung allein unter der Voraussetzung den Vorrang einzuräumen, daß sie die gleiche Qualifikation wie die männlichen Bewerber haben und daß sie in der Vergütungsgruppe der betreffenden Personalgruppe unterrepräsentiert sind, was der Fall ist, wenn dort nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind. Diese Maßnahme wird nur im öffentlichen Dienst angewandt, also in dem Sektor, in dem die Gleichbehandlung der beiden Geschlechter definitionsgemäß tatsächlich gewährleistet ist oder es zumindest sein sollte. Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie verlangt jedoch, wie schon gesagt, daß Hindernisse vorliegen, die beseitigt werden müssen, und daß die getroffene Maßnahme vorübergehender Natur ist, da sie ja nur solange rechtmäßig ist, wie Situationen der Benachteiligung bestehen und fortdauern.

Die fragliche nationale Regelung ist, wenngleich sie auf lange Zeit angelegt ist, vorübergehender Natur, da sie gegenstandslos wird, sobald die Frauen in jeder Vergütungsgruppe der Personalgruppen jeder Dienststelle zur Hälfte vertreten sind. Es ist jedoch nicht klar, ob sie an dem Tag, an dem die entscheidenden 50% erreicht sein werden, abgeschafft werden wird oder ob sie weiter jedesmal dann greifen wird, wenn die Zahl der Frauen unter die vorgeschriebene Anzahl fällt; jedenfalls kann davon ausgegangen werden, daß es sich um sehr lange Zeiträume handeln wird. Was nun die Hindernisse angeht, die durch die Regelung ausgeräumt werden sollen, so bestehen diese offensichtlich in der Unterrepräsentation. Wenn man davon ausgeht, daß die Unterrepräsentation der

Frauen in einem bestimmten Sektor die Folge einer faktischen Ungleichheit ist, so ist eine solche Maßnahme auf die Schaffung eines rein numerischen Gleichgewichts zwischen Männern und Frauen ausgerichtet; sie beseitigt hingegen nicht die Hindernisse, die zu einer solchen Situation geführt haben. Mit anderen Worten: Die Hindernisse werden nicht ausgeräumt, sondern sie sind der Grund, weshalb die unterschiedliche rechtliche Behandlung aufgrund des Geschlechts gerechtfertigt sein soll.

Außerdem ist die Unterrepräsentation der Frauen in einem bestimmten Bereich des Arbeitsmarktes, auch wenn sie einen Hinweis auf eine Ungleichheit darstellt, nicht notwendigerweise auf ein erfolgreiches Bestreben zurückzuführen, die Frauen zu marginalisieren. Deshalb haftet jeder Vorzugsbehandlung, die mechanisch der unterrepräsentierten Gruppe allein aus diesem Grund eingeräumt wird, etwas Willkürliches an.

Aus alledem ergibt sich eindeutig, daß eine Maßnahme der vorliegenden Art sicherlich zur Erreichung des verfolgten oder jedenfalls aufgrund des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie verfolgten Ziels unverhältnismäßig ist, da dieses Ziel ja immer darin besteht, die Chancengleichheit für Männer und Frauen zu verwirklichen, und nicht darin, letzteren bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen unmittelbar einen Erfolg zu garantieren.

Alles in allem fällt die betreffende nationale Maßnahme, die in offensichtlichem und unbestreitbarem Widerspruch zu dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 steht, nicht unter die Ausnahme des Artikels 2 Absatz 4 dieser Richtlinie, da sie, weit davon entfernt, die tatsächliche Chancengleichheit der Frauen zu fördern, darauf ausgerichtet ist, diesen unmittelbar zu Erfolgen zu verhelfen.

Mir ist klar, daß meine Ausführungen und die Schlußfolgerung, zu der ich gelangt bin, nicht in Übereinstimmung mit dem Standpunkt zahlreicher Stellen stehen, die sich unmittelbar oder mittelbar mit der Frage beschäftigt haben. Ich beziehe mich u.a. auf einige – teilweise kürzlich erfolgte – Stellungnahmen des Europäischen Parlaments und eines Teils nicht nur des juristischen Schrifttums. Ich weiß auch, daß ein anderer Standpunkt als derjenige, den ich für zutreffend halte, nicht nur durch die im Ausgangsverfahren streitigen Rechtsvorschriften, sondern auch durch einige in Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und in Drittstaaten getroffene Maßnahmen, durch die wiederum nicht die Chancengleichheit, sondern ein gleiches Niveau der Besetzung von Arbeitsplätzen gewährleistet wird, Bestätigung fände.

13 Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 36). Entsprechende Feststellungen zu der Ausnahme des Artikels 2 Absatz 3 finden sich in demselben Urteil in Randnr. 44.

14 Johnston, a.a.O., Randnr. 38.

Ich glaube jedoch, daß ich der Versuchung, der Strömung zu folgen, widerstehen kann und muß, da ich – fest – davon überzeugt bin, daß ich ihr nur dann folgen sollte und dem Gerichtshof nur dann vorschlagen sollte, dies zu tun, wenn ich mit ihrer Richtung einverstanden bin.

Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu, da ich der Auffassung bin, daß das grundlegende und unantastbare Ziel der Gleichheit – der echten und nicht der nur postulierten – nur unter Beachtung des Rechts und im vorliegenden Fall eines grundlegenden Prinzips verfolgt werden kann.

Ich meine hiermit auch nicht nur den rechtlichen Rahmen. Ich bin nämlich überzeugt, daß es die Frau nicht verdient, eine numerische und damit nur formale Gleichheit zu erreichen, allerdings zu dem Preis einer unbestreitbaren Verletzung eines Grundwertes jeder zivilisierten Gesellschaft: der gleichen Rechte, der Gleichbehandlung jedes einzelnen. Die formale, numerische Gleichheit ist ein Ziel, das manches Gewissen beruhigen kann, das jedoch illusorisch und sinnentleert bleibt, wenn es nicht von Maßnahmen begleitet ist, die tatsächlich der Verwirklichung der Gleichheit dienen; im vorliegenden Fall sind solche nicht ersichtlich und wurden jedenfalls nicht für erheblich gehalten. Erforderlich ist letztlich vor allem eine inhaltliche Änderung des wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Modells, auf das die Ungleichheit zurückgeht, eine Änderung, die gewiß nicht durch Zahlen und dialektische Nachhutgefechte erreicht werden kann.

Ich schlage dem Gerichtshof demgemäß vor, die Vorlagefragen des Bundesarbeitsgericht wie folgt zu beantworten:

Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 steht der Anwendung einer nationalen Regelung entgegen, wonach Frauen bei der Einstellung und bei Beförderung allein unter der Voraussetzung, daß sie die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber haben, und allein deshalb, weil sie in der betreffenden Vergütungsgruppe der jeweiligen Personalgruppe unterrepräsentiert sind, was der Fall ist, wenn dort nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind, vorrangig zu berücksichtigen sind.

### Anmerkung

Die Schlußanträge des Generalanwalts Tesouro im Fall K. hatten Schlimmes befürchten lassen: Tesouro warf die Frage auf, ob unter dem Begriff Chancengleichheit in Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie „die Gleichheit der Ausgangssituation oder die des Ergebnisses“ zu verstehen sei. Er vertrat die Auffassung, die Einräumung der Chancengleichheit könne nur bedeuten, in die Lage zu versetzen, gleiche Ergebnisse zu erreichen, also für die Angehörigen der beiden Geschlechter gleiche Voraussetzungen hinsichtlich der Ausgangssituation zu schaffen. Der Umstand, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts die gleiche Qualifikation haben, bringe definitionsgemäß mit sich, daß die beiden Bewerber die gleichen Chancen hatten und haben. Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie erlaube es zwar, positive Maßnahmen zu ergreifen, jedoch nur, um die Ausgangsposition der benachteiligten Gruppe zu verbessern. Die positive Maßnahme müsse auf die Beseitigung der Hindernisse ausgerichtet sein, die sich der Chancengleichheit der Frau in den Weg stellen, und z.B. bei der Schulwahl und der Berufsbildung ansetzen. Sie dürfe hingegen nicht darauf ausgerichtet sein, den Frauen eine Gleichstellung im Ergebnis bei der Besetzung von Arbeitsstellen, also an den Endpunkten, zu gewährleisten. Das Ziel der Vorschrift bestehe darin, die Chancengleichheit für Männer und Frauen zu verwirklichen, und nicht, letzteren beim Vorliegen gleicher Voraussetzungen unmittelbar ein Ergebnis zu garantieren. Die Frau verdiene es nicht, eine numerische und damit nur formale Gleichheit zu erreichen, allerdings zu dem Preis einer unbestreitbaren Verletzung eines Grundwertes jeder zivilisierten Gesellschaft: der gleichen Rechte, der Gleichbehandlung jedes einzelnen.

Bei diesem Ansatz standen nicht nur die Entscheidungsquoten auf dem Spiel, sondern auch weichere Formen der ergebnisorientierten Quotierung.

Der EuGH ging wesentlich behutsamer vor. Im Gegensatz zu Tesouro verneinte er die Vorlagefrage nicht pauschal, sondern für den Fall, daß den weiblichen Bewerbern *automatisch* der Vorrang eingeräumt wird. Verworfen werden lediglich die Regelungen, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen „absolut und unbedingt“ den Vorrang einräumen.

Unklarheiten produzierte der EuGH allerdings dadurch, daß er in den Tenor die Wendung „wie im vorliegenden Fall“ aufnahm. Bei der Darstellung des Sachverhaltes hatte er auch die Auffassung des BAG referiert, daß § 4 LGG grundgesetzkonform ausgelegt werden müsse und deshalb in bestimmten Härtefällen eine Ausnahme von der grundsätzlichen Bevorzugung der Frauen zu machen sei. In Bremen gibt

es also nach der Meinung des BAG trotz des anderslautenden Wortlauts der gesetzlichen Regelung gerade keinen absoluten und unbedingten Vorrang für die gleichqualifizierten Frauen. Diese Einschränkung hat das BAG jedoch nicht in die Vorlagefragen aufgenommen. M.E. bezieht sich die Wendung „wie im vorliegenden Fall“ auf die Vorlagefragen; denn es ist nicht die Aufgabe des EuGH, über die Vereinbarkeit eines konkreten nationalen Gesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden. Er hat im Vorabentscheidungsverfahren auf abstrakte Auslegungsfragen zu antworten.

Unklar ist auch, wie das Argument des EuGH einzuordnen ist, eine „solche Regelung“ setze insofern, als sie darauf abziele, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviel Frauen wie Männer vertreten sind, an die Stelle der in Artikel 2 Absatz 4 vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte. Der Bezug zur Argumentation des Generalanwalts ist unverkennbar. Die Beschränkung auf automatisch wirkende Regelungen im Tenor hätte sich jedoch erübrigt, wenn der EuGH die Argumentation des Generalanwalts schlicht hätte übernehmen wollen. Möglicherweise sollte Gegenstand der Kritik das Ziel eines Frauenanteils von 50 % sein. Da der Tenor die Einschränkung „automatisch“ enthält, kann die Entscheidung jedoch nur dahingehend verstanden werden, daß die Kombination von Vorrangautomatik und 50%-Ziel mit dem EG-Recht unvereinbar ist.

Die meisten in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Gesetze zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst sind durch das Quotenurteil des EuGH nicht unmittelbar betroffen, weil sie keine Automatik vorsehen. Häufig enthalten sie eine Härteklause, die eine Ausnahme von den Vorrangregeln für den Fall macht, daß schwerwiegende Gründe in der Person eines männlichen Mitbewerbers vorliegen. Manche Gleichstellungsgesetze kommen gänzlich ohne Klauseln vom Typ „bei gleicher Qualifikation die Frau“ aus. In Hessen sind beispielsweise Frauenförderpläne vorgeschrieben, in denen grundsätzlich jeweils mehr als die Hälfte der zu besetzenden Stellen eines Bereichs, in dem Frauen unterrepräsentiert sind, zur Besetzung durch Frauen vorgesehen sind. Wird die Zielvorgabe des Frauenförderplanes für jeweils zwei Jahre nicht erfüllt, muß bis zu ihrer Erfüllung für jede weitere Einstellung oder Beförderung eines Mannes in einem Bereich, in dem Frauen unterrepräsentiert sind, eine besondere Zustimmung eingeholt werden.

Aus dem Urteil des EuGH kann allerdings nicht schlicht geschlossen werden, daß alle Vorrangregeln, die nicht automatisch wirken sollen, mit dem EG-

Recht vereinbar sind. Der EuGH war erkennbar bestrebt, sich vorsichtig an das Problem der Quoten heranzutasten und nicht mehr zu entscheiden, als angesichts der ihm vorgelegten Fragen erforderlich war. Es besteht weiterhin gemeinschaftsrechtlicher Klärungsbedarf. Die bundesdeutschen Gerichte sollten den EuGH in einschlägigen Fällen durch entsprechende Vorlagefragen um eine ergänzende Stellungnahme ersuchen. Wie „weich“ eine Gleichstellungsgesetzgebung sein muß, um den Anforderungen des EG-Rechts zu genügen, ist noch nicht abschließend beantwortet.

Ninon Colneric, Kiel

### *Beschluß*

#### **OLG Bremen, §§ 1 ff. HausratsVO Keine Nutzungsentschädigung für die Ehewohnung**

*Keine Nutzungsentschädigung bei Zuweisung einer im gemeinsamen Eigentum stehenden Ehewohnung, wenn der im Haus verbliebene Ehegatte Kosten trägt, die so hoch sind wie der angemessene Mietzins.*

Beschluß des OLG Bremen vom 10.3.1995 – 4 UF 18/95 -

Aus den Gründen:

Durch Beschluß vom 18.11.1994 hat das Amtsgericht – Familiengericht – Bremen der Antragstellerin gemäß § 2 HausratsVO die eheliche Wohnung in dem im Miteigentum der Parteien stehenden Haus zur Nutzung zugewiesen, die Festsetzung einer Nutzungsvergütung aber abgelehnt. Gegen die Entscheidung wendet sich der Antragsgegner. Er rügt die Nichtberücksichtigung einer Nutzungsvergütung und begehrt die Festsetzung einer solchen in Höhe von monatlich DM 200,- ab 1.3.1991.

Die gemäß §§ 621 e Abs. 1 und 3, 516, 519 Abs. 1 und 2 ZPO zulässige befristete Beschwerde ist nicht begründet. Denn das Familiengericht hat die bei Nutzungszuweisung einer im Miteigentum der Parteien stehenden Wohnung an einen der Ehegatten zugleich zu treffende Entscheidung über eine Nutzungsentschädigung (vgl. u.a. Johannsen-Henrich-Voelskow 2. Aufl. § 3 HausratsVO Rn. 10; Palandt-Diederichsen 54. Aufl. § 3 HausratsVO Rn. 5 und § 5 HausratsVO Rn. 7, jeweils m.w.Nw.) vorliegend zu Recht in der Weise getroffen, daß es die Festsetzung einer Nutzungsentschädigung abgelehnt hat. Das Beschwerdevorbringen ist nicht geeignet, ein anderes Ergebnis herbeizuführen.

1. Soweit der Antragsgegner die Festsetzung einer Nutzungsentschädigung auch für die Zeit vor der am 2.2.1994 eingetretenen Rechtskraft der Scheidung begehrt, ist die Beschwerde schon deshalb zurückzuweisen, weil es im vorliegenden Verfahren als Teil des