

EG-GESETZGEBUNG ÜBER DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAUEN UND MÄNNERN IN DER PRAXIS
Seminar für Richter – 19. Oktober 2009

Positive Maßnahmen im EG-Recht
Lynn Roseberry

1. Einführung: Was sind positive Maßnahmen, und wie sehen die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen im EG-Recht aus?

Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen wird so verstanden, dass es untersagt ist, einen Menschen aufgrund seines Geschlechts besser oder schlechter zu behandeln als einen anderen. Es wird nicht angenommen, dass das Geschlecht einer Person dafür den Ausschlag gibt, ob eine Person eine Stelle erhält oder wieviel diese Person leisten sollte.

„Positive Maßnahmen“ werden im Rahmen des EG-Gleichbehandlungsrechts als Schritte verstanden, die das Geschlecht einer Person in positiver Weise berücksichtigen, um zu wesentlicher Gleichheit zwischen Männern und Frauen beizutragen.

- a. Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie (Richtlinie 76/207/EG) von 1976** – Die erste Rechtsvorschrift, die positives Handeln erlaubte:

„Diese Richtlinie steht nicht den 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, entgegen.“

- b. Artikel 141(4) EG (eingeführt mit dem Vertrag von Amsterdam, der von den Staats- und Regierungschefs am 2. Oktober 1997 unterzeichnet wurde und am 1. Mai 1999 in Kraft trat)**

Im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen in der Praxis des Arbeitslebens darf der Gleichbehandlungsgrundsatz keinen Mitgliedstaat daran hindern, Maßnahmen beizubehalten oder zu beschließen, die spezifische Vorteile vorsehen, damit es dem unterrepräsentierten Geschlecht erleichtert wird, einer Berufstätigkeit nachzugehen oder damit Nachteile in Berufslaufbahnen entgegengewirkt oder diese ausgeglichen werden können.

c. Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie des Rates 76/207/EWG:

Ersetzte Artikel 2 der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie durch eine neue, detailliertere Bestimmung:

i. Artikel 2(8)

„Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags beibehalten oder beschließen.“

ii. Artikel 2(3)

Die Mitgliedstaaten haben der Kommission alle vier Jahre die Texte von Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungsbestimmungen zu allen Maßnahmen mitzuteilen, die gemäß Artikel 141(4) des Vertrages angenommen wurden ebenso wie auch Berichte über diese Maßnahmen und ihre Umsetzung.

d. Neufassung der Chancengleichheitsrichtlinie 2006/54/EG vom 5. Juli 2006 – umzusetzen bis zum 15. August 2008

i. Artikel 3 – Positive Maßnahmen

Die Mitgliedstaaten können Maßnahmen im Sinne von Artikel 141(4) des Vertrages beibehalten oder beschließen, um in der Praxis des Arbeitslebens für die volle Gleichstellung von Männern und Frauen zu sorgen.

ii. Artikel 31(3) – gleichlautend mit Artikel 2(3) in der Richtlinie 2002/73.

2. Die Rechtsprechung des EuGH

Bei einer Betrachtung der Rechtsprechung des EuGH zu positiven Maßnahmen kommt es darauf an, den Unterschied zwischen der Formulierung in Artikel 141 EG und dem Wortlaut von Artikel 2(4) der Richtlinie 76/207 herauszuarbeiten. Die nach Artikel 2(4) zulässigen positiven Maßnahmen werden beschrieben als „Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit“, „insbesondere durch Beseitigung bestehender Ungleichheiten, die die Chancen von Frauen beeinträchtigen“. Die nach Artikel 141 zulässigen Maßnahmen werden beschrieben als „Maßnahmen zur Gewährung spezifischer Vorteile, um es dem unterrepräsentierten Geschlecht zu erleichtern, einer beruflichen Tätigkeit nachzugehen oder Nachteilen in der Berufslaufbahn vorzubeugen oder diese auszugleichen“.

Ich möchte die Rechtsprechung darum in zwei Gruppen – Fälle aus der Zeit vor dem Vertrag von Amsterdam, d.h. vor 1999, und Rechtssachen aus jüngerer Zeit, also aus der Phase nach 1999, unterteilen.

a. Rechtssachen aus der Zeit vor dem Vertrag von Amsterdam

Kommission gegen Frankreich, Rs. 312/88 [1988] Slg. 6315

Kalanke, Rs. C-450/93 [1995] Slg. I-3051

Marshall, Rs. C-409/95 [1997] Slg. I-6363

i. Kommission gegen Frankreich, Rechtssache 312/88 [1988] Slg. 6315.

Frankreich hatte versucht, Art. 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie ins Feld zu führen, um die Beibehaltung einer Bestimmung des französischen Arbeitsgesetzbuchs zu rechtfertigen, wonach es Arbeitgebern gestattet war, Bedingungen von Arbeitsverträgen oder Tarifverträgen aufrechtzuerhalten, die Frauen besondere Rechte gewährten und die zu dem Zeitpunkt in Kraft waren, als die einzelstaatliche Gesetzgebung zur Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie angenommen wurde. Arbeitgeber, Arbeitgeberverbände und Arbeitnehmervereinigungen wurden stattdessen verpflichtet, „im Wege von Tarifverhandlungen diese Bedingungen mit den Vorschriften des Arbeitsgesetzbuchs in Übereinstimmung zu bringen“.

Die Arbeitnehmerinnen in Tarifverträgen gewährten besonderen Rechte bezogen sich auf einen verlängerten Mutterschaftsurlaub, die Verkürzung der Arbeitszeit für Frauen ab 59 Jahren, die Vorziehung des Rentenalters, Beurlaubung bei der Erkrankung von Kindern, je Kind einen jährlichen zusätzlichen Urlaubstag, einen freien Tag am ersten Tag des Schuljahres, einige freie Stunden am Muttertag, tägliche Pausen für am Computer, als Schreibkräfte oder in Telefonvermittlungen arbeitende Frauen, die Gewährung von Boni ab der Geburt eines zweiten Kindes zur Anrechnung auf die Rente und die Gewährung von Zulagen für Mütter, die Kinderbetreuungskosten zu tragen haben.

Obwohl die entsprechende Bestimmung dem ersten Anschein nach diskriminierend war, machte Frankreich geltend, die unter die Vorschrift fallenden Praktiken seien nach Artikel 2(3) und (4) der Gleichbehandlungsrichtlinie zulässig, in denen es um Maßnahmen zum Schutz von Frauen in Bezug auf Schwangerschaft und Mutterschaft sowie solche zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen geht.

Der Gerichtshof stellte fest:

„[14]die besonderen Rechte, die in Kraft bleiben, sollen bisweilen Frauen in ihrer Eigenschaft als ältere Arbeitnehmerinnen oder Eltern schützen, obwohl männliche Arbeitnehmer sich ebenso wie weibliche Arbeitnehmerinnen in diesen Positionen befinden können.“

Somit könnte Artikel 2(3) nicht zur Rechtfertigung dieser Maßnahmen herangezogen werden. [15] Was die in Artikel 2(4) vorgesehene Ausnahme angeht, verfolgt sie das genau umrissene und begrenzte Ziel, Maßnahmen zuzulassen, die zwar als diskriminierend erscheinen mögen, tatsächlich aber die Beseitigung oder den Abbau von De-facto-Ungleichheiten bezwecken, wie es sie in der realen Arbeitswelt geben kann. Allerdings wies [nichts] darauf hin, dass die allgemeine Beibehaltung von Sonderrechten für Frauen in Tarifverträgen der in diesen Bestimmungen ins Auge gefassten Situation entsprechen kann.

Wie GA Sir Gordon Slynn deutlich machte: „Es ist keine zulässige Argumentation, wie Frankreich sie sich zueigen zu machen scheint, dass, weil Frauen im Allgemeinen diskriminiert werden, Bestimmungen zugunsten von Frauen auf dem Beschäftigungssektor als Teil eines Ausgleichsprozesses *per se* rechtsgültig sind.“

ii. Kalanke, Rs. C-450/93 [1995] Slg. I-3051

Betraff die Anwendung von Absatz 4 des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes (LGG), wonach Frauen automatisch Vorrang in Bereichen erhalten konnten, in denen sie unterrepräsentiert sind, wenn die männlichen und die weiblichen Bewerber für die gleiche Beförderung gleichermaßen qualifiziert sind.

Frau Glissman wurde anstelle von Herrn Kalanke zur Abteilungsleiterin des Bremer Fachbereichs Gartenbau befördert. Beide waren auf die Auswahlliste der zu befördernden Mitarbeiter gelangt.

Abs. 22 – „Einzelstaatliche Bestimmungen, die Frauen den absoluten und unbedingten Vorrang bei einer Einstellung oder Beförderung einräumen, gehen über die Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreiten die Grenzen der Ausnahme nach Artikel 2(4) der Richtlinie.“

Abs. 23 – Darüber hinaus ersetzt ein solches System, insofern als es innerhalb einer Abteilung auf allen Stufen und Ebenen die gleiche Vertretung von Männern und Frauen zu erreichen bemüht ist, die Chancengleichheit im Sinne von Art. 2(4) durch ein Ergebnis, das nur durch eben diese Chancengleichheit zu erlangen ist.

iii. Marshall, Rs. C-409/95 [1997] Slg. I-6363

Herr Marshall, ein Lehrer, wurde zu dem von ihm erwarteten Zeitpunkt nicht befördert, weil gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften eine genauso qualifizierte Kollegin bevorzugt wurde. Er war für sich von einem Beförderungsanspruch ausgegangen, weil er älter war, eine längere Dienstzeit hinter sich hatte und Kinder zu versorgen hatte, was der allgemeinen Praxis in Deutschland bis zur Anwendung der Vorzugsregelungen entsprach.

Abs. 24 – Anders als die Bestimmungen in der Rs. Kalanke enthält die in dem vorliegenden Fall interessierende Vorschrift insofern eine [salvatorische Klausel], als Frauen bei einer Beförderung nicht bevorzugt werden dürfen, wenn für einen einzelnen männlichen Bewerber spezifische Gründe den Ausschlag zu dessen Gunsten geben.

Abs. 25 – Deshalb ist zu prüfen, ob eine einzelstaatliche Bestimmung mit einer derartigen Klausel dazu angelegt ist, die Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen im Sinne von Art. 2(4) der Richtlinie zu fördern.

Abs. 27 – Art. 2(4) erlaubt einzelstaatliche Maßnahmen im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der Beförderung, die Frauen einen spezifischen Vorteil einräumen, um so ihre Konkurrenzfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern und auf der gleichen Grundlage wie Männer eine Berufslaufbahn einzuschlagen.

Abs. 29 – Es sieht danach aus, als würden männliche Bewerber selbst bei gleicher Qualifikation weiblichen Bewerberinnen vorgezogen, insbesondere aufgrund von Vorurteilen und Klischees in Bezug auf die Rolle und die Fähigkeiten von Frauen im Berufsleben und zum Beispiel der Befürchtung, dass Frauen ihre Berufslaufbahn häufiger unterbrechen dürften, dass sie aufgrund von Verpflichtungen in Haushalt und Familie in ihrer Arbeitszeit weniger flexibel sind oder dass sie wegen Schwangerschaft, Geburten und Stillzeiten häufiger nicht zur Arbeit kommen können.

Abs. 30 – Deshalb bedeutet der bloße Umstand, dass ein Bewerber und eine Bewerberin gleichermaßen qualifiziert sind, nicht, dass sie die gleichen Chancen haben.

Abs. 31 – Daraus ergibt sich, dass eine einzelstaatliche Bestimmung, wonach, vorbehaltlich der Anwendung der salvatorischen Klausel, Beförderungskandidatinnen, die genauso qualifiziert sind wie die männlichen Bewerber, in Bereichen bevorzugt zu behandeln sind, in denen sie unterrepräsentiert sind, unter Artikel 2(4) fallen kann, wenn eine solche Bestimmung den nachteiligen Auswirkungen der oben beschriebenen Einstellungen und Verhaltensweisen auf Bewerberinnen entgegenwirken kann und so die in der realen Welt bestehende tatsächliche Ungleichheit zu vermindern vermag.

Abs. 32 – Da Art. 2(4) jedoch eine Ausnahme von einem in der Richtlinie festgelegten individuellen Recht darstellt, kann eine solche einzelstaatliche Maßnahme, durch die gezielt Bewerberinnen begünstigt werden, keinen absoluten und bedingungslosen Vorrang für Frauen im Hinblick auf eine Beförderung gewährleisten, ohne die Grenzen der in dieser Bestimmung festgelegten Ausnahmeregelung zu überschreiten.

Abs. 33 – ... eine einzelstaatliche Bestimmung, die ... eine salvatorische Klausel enthält, überschreitet diese Grenzen nicht, wenn in jedem Einzelfall auch männliche Bewerber, die genauso qualifiziert wie die Bewerberinnen sind, die Gewähr haben, dass die Bewerbungen unter Berücksichtigung aller spezifischen Kriterien der einzelnen Bewerber objektiv geprüft werden und

der den Bewerberinnen gewährte Vorrang hintangestellt wird, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers ausschlagen. Hierbei ist allerdings zu bedenken, dass diese Kriterien Bewerberinnen nicht diskriminieren dürfen.

Bewertung: Eindeutige Bestätigung durch den Gerichtshof, dass das Bestehen einer „salvatorischen“ Klausel ein Programm zur bevorzugten Förderung unter den Schutz von Artikel 2(4) der Richtlinie fallen lässt. Eine „stille Revision“ des 2 Jahre zurückliegenden Kalanke-Urteils. In der Rechtssache *Marshall* erkennt der EuGH das Bestehen sozialer Vorurteile und Klischees an und damit auch die Notwendigkeit, bestimmte Formen der Vorzugsbehandlung auch dann zuzulassen, wenn sich gleichermaßen qualifizierte Personen um dieselbe Stelle bewerben.

b. Fälle nach dem Vertrag von Amsterdam

Badeck, Rs. C-158/97 [2000] Slg. I-1875

Abrahamsson, Rs. C-407/98 [2000] Slg. I-5539

Lommers, Rs. C-476/99 [2002] Slg. I-2891

Briheche, Rs. C-391/03 [2004] Slg. I-8807 (Zweite Kammer)

i. Badeck, Rs. C-158/97 [2000] Slg. I-1875, 28. März 2000

Das Landesverfassungsgericht des Bundeslands Hessen legt eine Frage zur Auslegung der Gleichbehandlungsrichtlinie in Bezug auf das hessische Gesetz (HGIG) vor. Zu diesen Bestimmungen gehören „Outreach“-Maßnahmen in Form einer Quote für Bewerbungsgespräche, Verpflichtungen zur Einrichtung von Gleichstellungsprogrammen in Verbindung mit einer objektiven Verpflichtung, letztlich einem Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts den Vorzug zu geben und strikte Quoten für Praktikumsstellen, Doktorandenstellen und Ausschussmitglieder.

Beibehalten: kein Verstoß gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie.

Abs. 14 – Die Auslegung von Artikel 141(4) EG, in dem es um solche Maßnahmen [positive Maßnahmen] geht, ist ... *nur dann* von entscheidender Bedeutung für den Ausgang der Streitigkeit im Hauptverfahren, wenn der Gerichtshof der Auffassung ist, dass Artikel 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie einzelstaatliche Rechtsvorschriften wie die im Hauptverfahren behandelten ausschließt.

- (1) – Eine einzelstaatliche Bestimmung gab in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert waren, bei gleicher Qualifikation der Bewerber und Bewerberinnen den Bewerberinnen den Vorzug, wo sich dies als erforderlich erwies, um die verpflichtenden Ziele des Frauenförderungsprogramms einzuhalten, soweit keine rechtlich gewichtigeren Gründe entgegengehalten wurden.

Abs. 29 – Der Vorlageanordnung zufolge stellt das mit dem HGIG eingeführte System sicher, dass das Geschlechts eines Bewerbers/einer Bewerberin im Hinblick auf ein Auswahlverfahren niemals ausschlaggebend ist, soweit dies in dem besonderen Fall nicht erforderlich ist. Das gilt insbesondere dann, wenn die anfänglichen Hinweise auf eine wegen Unterrepräsentation für Frauen nachteilige Situation widerlegt werden.

Abs. 37 – Es obliegt dem einzelstaatlichen Gericht, im Lichte der obigen Darlegungen zu bewerten, ob die im Hauptverfahren zur Rede stehende Bestimmung gewährleistet, dass Bewerbungen einer objektiven Beurteilung unterliegen, bei der die spezifische persönliche Situation aller Bewerber Berücksichtigung findet.

Abs. 38 – Die Antwort muss darum lauten, dass die Gleichbehandlungsrichtlinie [eine solche einzelstaatliche Bestimmung] nicht ausschließt, soweit diese Bestimmung die Gewähr bietet, dass Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Bewertung sind, bei der die spezifische persönliche Situation aller Bewerber Berücksichtigung findet.

- (2) Festlegung verpflichtender Ziele in dem Frauenförderungsplan für befristete Stellen an Universitäten und für Universitätsassistenten.

Das System war auch mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

Abs. 42 – Dieses System legte keine absolute Quote für die Zahl der einzustellenden Frauen fest. Die Zahl wurde vielmehr in Bezug auf die Zahl der Personen festgelegt, die eine geeignete Ausbildung erhalten hatten und hing somit von den tatsächlichen Verhältnissen ab.

- (3) Einzelstaatliche Vorschrift für den öffentlichen Dienst, in dem für Ausbildungsberufe, in denen Frauen unterrepräsentiert waren und für die der Staat kein Ausbildungsmonopol besaß, mindestens die Hälfte der Ausbildungsplätze an Frauen gingen.

Nicht im Widerspruch zu der Richtlinie.

Abs. 51–53 – Die Vorschrift hatte keine völlige Inflexibilität zur Folge. Liegen nicht genug Bewerbungen von Frauen vor, können Männer mehr als die Hälfte der Plätze einnehmen. Darüber hinaus werden Frauen keine Arbeitsplätze, sondern Ausbildungsplätze reserviert, um Qualifikationen mit der Aussicht auf den späteren Zugang zu Ausbildungsberufen im öffentlichen Dienst zu erlangen. Außerdem gilt die Quote nur für Ausbildungsplätze, bei denen der Staat kein Monopol besitzt, sodass es um die Ausbildung für verfügbare Stellen in der Privatwirtschaft geht, wobei kein männlicher Bewerber endgültig von der Ausbildung ausgeschlossen ist. Die zur Rede stehende Bestimmung verbessert somit ganz einfach die Aussichten von Bewerberinnen im öffentlichen Dienst.

- (4) Einzelstaatliche Bestimmung, die bei gleicher Qualifikation von Bewerbern und Bewerberinnen sicherstellt, dass qualifizierte Frauen in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, zu einem Bewerbungsgespräch gebeten werden.

Abs. 60 – Wie der GA bemerkt, ... bedeutet die im Hauptverfahren zur Rede stehende Bestimmung keinen Versuch, ein abschließendes Ergebnis – Einstellung oder Beförderung – zu erzielen, sondern bietet qualifizierten Frauen zusätzliche Chancen, in die Arbeitswelt und eine Berufslaufbahn einzusteigen.

Abs. 61 – Die Bestimmung sieht zwar Vorschriften für die Zahl der Frauen zu gewährenden Bewerbungsgespräche vor, legt aber auch fest, dass die Bewerbungen einer Vorprüfung unterzogen werden müssen und dass nur qualifizierte Bewerberinnen, die alle vorgeschriebenen oder angegebenen Voraussetzungen erfüllen, zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen werden dürfen.

Abs. 62 – Hierbei handelt es sich demnach um eine Bestimmung, wonach bei gleicher Qualifikation der Bewerber gewährleistet wird, dass qualifizierte Frauen zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen werden, um so die Chancengleichheit von Männern und Frauen im Sinne von Artikel (2)4 der Richtlinie zu fördern.

- (5) Vorschrift, die sicherstellen soll, dass bei Benennungen für Arbeitnehmervertretungen sowie Verwaltungs- und Aufsichtsgremien mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen sind.

Abs. 65 – Hierbei handelt es sich um eine Kannvorschrift, die anerkennt, dass viele Gremien aufgrund gesetzlicher Bestimmungen eingesetzt werden und dass die vollständige Umsetzung des Erfordernisses der gleichen Vertretung von Frauen in diesen Gremien in jedem Fall eine Änderung des einschlägigen Gesetzes erfordern würde. Außerdem gilt die Bestimmung nicht für Wahlämter. Auch in dieser Hinsicht würden die entsprechenden rechtlichen Grundlagen geändert werden müssen. Schließlich gestattet die Bestimmung, da sie keine bindende Wirkung hat, in gewissem Maße auch die Berücksichtigung anderer Kriterien.

Bewertung:

Dieses Urteil bekräftigt die Entscheidungen in *Marshall* und *Kalanke*: Bestimmte Voraussetzungen müssen erfüllt sein, bevor ebenso wie ihre männlichen Mitbewerber qualifizierte Bewerberinnen in bestimmten Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, den Vorrang erhalten dürfen.

Es muss stets eine „salvatorische Klausel“ und eine objektive Bewertung der Bewerbungen geben, bei der die jeweilige spezifische persönliche Situation aller Bewerber berücksichtigt wird und auch ein männlicher Bewerber ausgewählt werden kann, wenn für ihn geltende spezifische Gründe dieses Ergebnis stützen.

Allerdings hat der EuGH in Bezug auf diejenigen Bestimmungen, die sich nicht spezifisch auf Arbeitsstellen oder Beförderungen, sondern eher auf Vorstufen dieses Prozesses beziehen, wie zum Beispiel Fortbildungsmöglichkeiten, einen liberaleren Ansatz gewählt. In diesen Fällen ist keine „salvatorische Klausel“ oder eine objektive Bewertung erforderlich, sondern besteht nur das Erfordernis, dass die Zahl oder Quote der auszuwählenden Frauen nicht so absolut festgesetzt wird, dass gleichermaßen qualifizierte Männer eindeutig ausgeschlossen werden.

ii. **Abrahamsson, Rs. C-407/98 [2000] Slg. I-5539**

Zur Rede stehende Rechtsvorschriften: Bestimmungen über positive Maßnahmen bei der Besetzung der Stellen von Professoren und wissenschaftliche Mitarbeitern. Vorschrift über die automatische Einstellung eines ausreichend qualifizierten Mitglieds des unterrepräsentierten Geschlechts, soweit dies nicht gegen das Erfordernis der Objektivität bei Einstellungen verstößt.

Sachverhalt: Am 3. Juni 1996 gab die Universität Göteborg eine offene Stelle im akademischen Bereich bekannt und machte dabei deutlich, dass die Einstellung zur Förderung der beruflichen Gleichstellung der Geschlechter beitragen sollte und entsprechend der Verordnung 1995:936 eine positive Diskriminierung angewandt werden könnte. Es meldeten sich acht Bewerber, darunter Frau Abrahamsson, Frau Destouni, Frau Fogelqvist und Herr Anderson. Das Auswahlgremium stimmte zweimal ab. Bei der ersten Abstimmung, die allein auf den akademischen Qualifikationen der Bewerber beruhte, stand Herr Anderson an erster Stelle, gefolgt von Frau Destouni. Nach der zweiten Abstimmung, bei der sowohl die universitären Meriten als auch die Verordnung 1995:936 berücksichtigt wurden, lag Frau Destouni an der Spitze, während Herr Anderson auf den zweiten Platz kam. Frau Fogelqvist wurde Dritte. Als Frau Destouni ihre Bewerbung zurückzog, legte der Rektor die Angelegenheit erneut dem Auswahlgremium vor. Das Gremium erklärte, man habe die Gleichstellungsproblematik bereits geprüft und die Rangfolge nicht geändert. Dennoch beschloss der Rektor der Universität Göteborg, unter Bezugnahme auf die VO 1995:936 und das Gleichstellungsprogramm der Universität Frau Fogelqvist einzustellen. Er erklärte, der Unterschied zwischen den beruflichen Qualifikationen von Herrn Anderson und Frau Fogelqvist sei nicht so beträchtlich, dass eine positive Diskriminierung zugunsten letzterer einen Verstoß gegen die geforderte Objektivität bei Einstellungen bedeuten könne. Herr Anderson und Frau Abrahamsson legten vor dem Verwaltungsgericht Einspruch gegen die Entscheidung ein, worauf das Gericht dem EuGH einen Vorlagebeschluss zusandte.

Beibehalten: Art. 2(1) und (4) der Gleichbehandlungsrichtlinie schließen nationale Rechtsvorschriften aus, nach denen ein Bewerber für ein öffentliches Amt, der dem unterrepräsentierten Geschlecht angehört und ausreichend qualifiziert ist, einem Bewerber des anderen Geschlechts vorzuziehen ist, der sonst eingestellt worden wäre, wo dies

notwendig ist, um die Einstellung eines Bewerbers des unterrepräsentierten Geschlechts sicherzustellen und der Unterschied zwischen den jeweiligen Qualifikationen nicht so groß ist, dass ein Verstoß gegen das Objektivitätsgebot vorliegt. Eine derartige einzelstaatliche Gesetzgebung ist auch dann untersagt, wenn sie lediglich für Verfahren gilt, mit denen eine vorher festgelegte Zahl von Stellen oder aber Positionen besetzt werden sollen, die im Rahmen eines spezifischen Programms einer bestimmten Hochschuleinrichtung geschaffen werden, bei dem die Anwendung positiver Diskriminierungsmaßnahmen zulässig ist.

Abs. 52 – ... Die im Hauptverfahren zur Rede stehende Gesetzgebung gibt automatisch Bewerbern den Vorzug, die dem unterrepräsentierten Geschlecht angehören, soweit sie ausreichend qualifiziert sind und mit der einzigen Maßgabe, dass der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, dass gegen das Objektivitätsgebot verstoßen wird.

Abs. 53 – Der Umfang und die Wirkung dieser Bedingung lässt sich nicht genau ermitteln, sodass die Auswahl eines Bewerbers aus der Reihe der ausreichend Qualifizierten letztlich allein darauf beruht, dass sie dem unterrepräsentierten Geschlecht angehören, was selbst dann gilt, wenn die Qualifikation des so ausgewählten Bewerbers unter der eines Bewerbers des anderen Geschlechts liegt. Darüber hinaus sind Bewerbungen nicht Gegenstand einer objektiven Beurteilung, bei der die spezifische persönliche Situation aller Bewerber berücksichtigt wird. Daraus folgt, dass ein derartiges Auswahlverfahren nach Art. 2(4) nicht zulässig ist.

Abs. 54 – Unter diesen Umständen muss geklärt werden, ob eine Gesetzgebung, wie sie im Hauptverfahren zur Rede steht, nach Art. 141(4) EG gerechtfertigt ist.

Abs. 55 ... Es lässt sich aus [Art. 141(4)] nicht folgern, dass er ein Auswahlverfahren der zur Rede stehenden Art zulässt ... das in jeder Hinsicht in keinem Verhältnis zu dem angestrebten Ziel zu stehen scheint.

Ein niederländisches Ministerium behielt eine begrenzte Anzahl bezuschusster Kindergartenplätze seinen weiblichen Bediensteten vor, während die männlichen Bediensteten nur in einem jeweils von der Verwaltung zu beurteilenden Notfall darauf zugreifen konnten – all dies, um gegen die deutliche Unterrepräsentation der Frauen vorzugehen.

Der EuGH war der Ansicht, dass Art. 2(1) und (4) ein solches Modell nicht ausschließt, soweit männliche Beschäftigte mit weiblichen Mitarbeiterinnen gleichgestellt werden (die nach dem Modell in der Familie für die Kinderbetreuung zuständig sein sollen) und die gleichen Möglichkeiten haben, eine Kinderbetreuung in Anspruch zu nehmen.

iii. Briheche, Rs. C-391/03 [2004] Slg. I-8807 (zweite Kammer)

Verfahren zwischen Serge Briheche und dem französischen Innenminister, dem Erziehungsminister und dem Justizminister im Hinblick auf deren Ablehnung seines Antrags, mehrere Prüfungen („concours“) für die Einstellung von Verwaltungsassistenten oder -

sekretären wahrnehmen zu können, weil er, wie es hieß, nach französischem Recht nicht die Altersvoraussetzungen für die Teilnahme an diesen Auswahlprüfungen erfüllte. Mit dem Gesetz 2001-397 war bei bestimmten Gruppen von Frauen die Altersgrenze für den Zugang zu bestimmten öffentlichen Beschäftigungen aufgehoben worden, damit sie auch für Mütter mit 3 oder mehr Kindern, wenn sie arbeiten mussten, nicht neu verheiratete Witwen, nicht wiederverheiratete geschiedene Frauen, gesetzlich getrennte Frauen und unverheiratete Frauen mit mindestens einem von ihnen zu versorgenden Kind gelten konnte.

Briheche, ein 48 Jahre alter Witwer mit einem zu versorgenden Kind, der nicht wieder geheiratet hatte, bewarb sich bei verschiedenen Auswahlverfahren der französischen öffentlichen Verwaltung, darunter auch 2002 bei einem „Concours“ des Innenministeriums für die Einstellung von Verwaltungsfachkräften bei der Zentralregierung. Sein Antrag auf eine Prüfung zu einem späteren Zeitpunkt wurde durch Beschluss vom 28. Januar 2002 mit der Begründung abgelehnt, er erfülle nicht die Altersvoraussetzungen nach Art. 4 Abs. 1 des Erlasses, um zu der Prüfung zugelassen zu werden. Er legte gegen diesen Beschluss Einspruch ein und erklärte, nach dem Inkrafttreten des Gesetzes 2001-397 könne die Altersgrenze von 45 Jahren ihm gegenüber nicht mehr geltend gemacht werden.

Abs. 22 – Wie der Gerichtshof bereits erklärt hat, ist Artikel 2(4) eigens und ausschließlich dazu gedacht, Maßnahmen zuzulassen, die dem Anschein nach zwar diskriminierend wirken mögen, in Wirklichkeit aber dazu bestimmt sind, tatsächliche Formen der Ungleichheit zu beseitigen oder abzubauen, die es in der gesellschaftlichen Realität geben mag (Rs. C-409/95 Marshall – Abs. 26).

Abs. 23 – Eine Maßnahme, die der Frauenförderung im öffentlichen Bereich den Vorrang einräumen soll, muss als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar betrachtet werden, soweit sie nicht automatisch und bedingungslos bei gleicher Qualifikation von Frauen und Männern den Frauen den Vorrang gibt und die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Bewertung sind, die der jeweiligen persönlichen Situation sämtlicher Bewerber Rechnung trägt (Badeck, Abs. 23).

Abs. 24 – Diese Voraussetzungen werden durch den Umstand geleitet, dass bei der Festlegung jeder Abweichung von den Rechten des Einzelnen, wie der in der Richtlinie verankerten Gleichbehandlung von Männern und Frauen, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebührend zu berücksichtigen ist, was voraussetzt, dass Ausnahmeregelungen in den Grenzen des Angemessenen und Notwendigen bleiben müssen, damit das angestrebte Ziel erreicht wird und der Grundsatz der Gleichbehandlung nach Möglichkeit mit den Erfordernissen des verfolgten Ziels vereinbart wird.

Abs. 25 – Art. 2(4) der Richtlinie lässt somit einzelstaatliche Maßnahmen zu, die sich auf den Zugang zur Beschäftigung beziehen und Frauen gezielt bevorzugen, um ihre Fähigkeit zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt zu konkurrieren und auf der gleichen Grundlage wie Männer

eine Berufslaufbahn einzuschlagen. Das Ziel dieser Bestimmung ist eine materiell-rechtliche, nicht rein formelle Gleichheit durch Abbau der in der Gesellschaft unter Umständen *de facto* entstehenden Ungleichheit, um so gemäß Artikel 141(4) EG Benachteiligungen der Betroffenen in ihrem beruflichen Werdegang vorzubeugen oder diese auszugleichen (Kalanke, Abs. 19 und Abrahamsson, Abs. 48).

Abs. 26 – Die französische Regierung behauptet, die entsprechende einzelstaatliche Bestimmung ... sei in der Absicht beschlossen worden, die Zahl tatsächlicher Fälle der Ungleichheit zwischen Männern und Frauen abzubauen, insbesondere angesichts der Tatsache, dass Frauen den größten Teil der Hausarbeit erledigen, vor allem wenn Kinder in der Familie sind, und in der Absicht, die Integration der Frauen in das Berufsleben zu erleichtern.

Abs. 27 – Wie die Kommission zurecht deutlich gemacht hat, gewährt eine solche Bestimmung automatisch und bedingungslos bestimmten Kategorien von Frauen, darunter Witwen, die nicht wieder geheiratet haben und arbeiten müssen, bei Bewerbungen den Vorrang und gewährt ihnen den Vorteil der Befreiung von der Altersgrenze beim Zugang zu Stellen im öffentlichen Sektor, während in der gleichen Lage befindliche Witwer, die nicht wieder geheiratet haben, ausgeschlossen bleiben.

Abs. 28 – Daraus ergibt sich, dass eine solche Bestimmung, wonach eine Altersgrenze für den Zugang zu Stellen im öffentlichen Sektor für bestimmte Kategorien von Frauen nicht gilt, während sie Männer in der gleichen Situation wie diese Frauen trifft, nach Artikel 2(4) der Richtlinie nicht zulässig ist.

Abs. 29 – Es muss dennoch geklärt werden, ob die Bestimmung nach Art. 141(4) EG zulässig ist.

Abs. 30 – ... Dieser Artikel erlaubt es dem Mitgliedstaat, Maßnahmen beizubehalten oder zu beschließen, die spezifische Vorteile vorsehen, um ... Benachteiligungen in der Berufslaufbahn vorzubeugen oder diese auszugleichen, damit im praktischen Berufsleben eine uneingeschränkte Gleichstellung gewährleistet wird.

Abs. 31 – Unabhängig davon, ob nach Art. 28(4) der Richtlinie nicht zulässige positive Maßnahmen möglicherweise gemäß Art. 141(4) erlaubt sein könnten, genügt die Feststellung, dass die letztgenannte Bestimmung es den Mitgliedstaaten nicht gestatten darf, im Hauptverfahren Bedingungen für den Zugang zu Stellen im öffentlichen Sektor der beschriebenen Art zu beschließen, die sich in jedem Fall gegenüber dem verfolgten Ziel als unverhältnismäßig erweisen.

Schlussfolgerungen

1. Positive Maßnahmen zugunsten von Frauen mit dem Ziel gleicher „Chancen“ können keine Gleichheit der „Ergebnisse“ anstreben. Darin wird ein Gegensatz zu dem Gleichbehandlungsgrundsatz gesehen, wonach jeder Mensch einen Anspruch darauf hat, nicht aufgrund seines Geschlechts benachteiligt zu werden.
2. Der EuGH hat Einstellung und Beförderung als Ergebnisse eingestuft und damit die Möglichkeit ausgeschlossen, dem unterrepräsentierten Geschlecht bei Einstellungen und Beförderungen den Vorzug zu geben, wo dieser Vorzug automatisch und absolut gewährt wird, sodass der abgelehnte Bewerber des anderen Geschlechts keine Argumente vortragen darf, die den Ausschlag für sie oder ihn selbst geben könnten.
3. Berufsausbildung und Bewerbungsgespräche werden als Chancen betrachtet, weshalb eine Vorzugsbehandlung des unterrepräsentierten Geschlechts in solchen Situationen weniger streng bewertet wird.
4. Grundsätzliches Vorgehen:
 - a. Positive Maßnahmen lassen sich nur rechtfertigen, wenn eine bestehende Ungleichheit nachgewiesen wird, ein Geschlecht also unterrepräsentiert ist.
 - b. Die positive Maßnahme muss auf die Behebung dieser bestimmten bestehenden Ungleichheit ausgerichtet sein und auf die zum Entstehen dieser Ungleichheit führenden Bedingungen abzielen, wie z.B. in Kommission gegen Frankreich, Briheche.
 - c. Keinem Geschlecht darf ein automatischer und absoluter Vorzug bei Einstellungen und Beförderungen eingeräumt werden. Abrahamsson, Marshall.
 - d. Dem unterrepräsentierten Geschlecht darf bei Einstellungen und Beförderungen dann der Vorzug gegeben werden, wenn eine „salvatorische“ Klausel besteht, also die Möglichkeit vorhanden ist, Einzelargumente vorzubringen, die im Hinblick auf eine Entscheidung zugunsten einer Person des überrepräsentierten Geschlechts den Ausschlag geben mögen.
 - e. Eine automatische Bevorzugung mag bei der Vergabe von Schulungsplätzen und Bewerbungsgesprächen erfolgen, wo dem unterrepräsentierten Geschlecht bei gleicher Qualifikation nicht vollständig die Möglichkeit genommen ist, eine Schulung zu erhalten oder zu einem Bewerbungsgespräch gebeten zu werden.