

POSITIVE MASSNAHMEN

Colm O’Cinneide

Reader in Law (Wissenschaftlicher Referent)

University College London (UCL)

1. EINFÜHRUNG

Positive Maßnahmen sind ein Begriff, der im Kontext des Antidiskriminierungsrechts große Bedeutung besitzt. Er beinhaltet die Nutzung besonderer Maßnahmen, um Angehörigen benachteiligter Gruppen, darunter insbesondere Frauen, bei der Überwindung von Hindernissen und Diskriminierungen, mit denen sie in unserer heutigen Gesellschaft konfrontiert sind, zu helfen. Zu diesem Zweck können verschiedene Arten von Maßnahmen zur Anwendung kommen. Arbeitgeber können Frauen oder Angehörigen von benachteiligten ethnischen Minderheitengruppen bei der Bewerberauswahl in den Bereichen Beschäftigung und Beförderung bevorzugen. Staatliche Stellen oder Arbeitgeber können für Angehörige benachteiligter Gruppen besondere Schulungsmaßnahmen sowie Unterstützungs- und Beratungsleistungen anbieten. Regierungen können Gesetze erlassen, nach denen privatwirtschaftliche und staatliche Unternehmen eine gewisse Zahl von Frauen in ihrem Vorstand haben müssen.

Positive Maßnahmen, die in den Vereinigten Staaten zuweilen als „*affirmative action*“ bezeichnet werden, kommen in Europa, Nordamerika, Afrika und Indien verbreitet zur Anwendung, um unterschiedliche Gruppen zu begünstigen. Viele nationale Parlamente haben Gesetze erlassen, durch die die Anwendung positiver Maßnahmen vorgeschrieben wird. Positive Maßnahmen zugunsten von Frauen sind in der EU weit verbreitet. Dasselbe gilt für „*affirmative action*“ zur Unterstützung von Afroamerikanern und anderen benachteiligten Minderheiten in den Vereinigten Staaten. Generell gibt es in zahlreichen Ländern positive Maßnahmen für Menschen mit Behinderung, darunter besondere Beschäftigungsverhältnisse. Die Rechtsvorschriften der Europäischen Union (EU) gestatten die Nutzung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung der Benachteiligungen, mit denen Angehörige unterrepräsentierter Gruppen konfrontiert sind. Internationale Menschenrechtsvorschriften ermöglichen unter bestimmten Umständen die Anwendung positiver Maßnahmen oder schreiben diese sogar vor. Somit ist die Legitimität der Anwendung positiver Maßnahmen heutzutage allgemein anerkannt.

Die Anwendung positiver Maßnahmen kann jedoch zuweilen zu Kontroversen führen. Bisweilen nutzen Angehörige der Mehrheitsbevölkerung rechtliche oder politische Methoden, um gegen die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Unterstützung benachteiligter Gruppen vorzugehen. Oftmals geht diese Anfechtung von Einzelpersonen aus, die argumentieren, dass sie selbst durch die Einführung besonderer Maßnahmen zur Unterstützung benachteiligter Gruppen zu Unrecht diskriminiert werden. Als besonders kontrovers haben sich Maßnahmen erwiesen, durch die benachteiligte Gruppen im Beschäftigungsbereich begünstigt werden. Infolgedessen hat sich in verschiedenen Staaten eine Vielzahl rechtlicher Kontrollen herausgebildet, mit denen geklärt werden soll, wann positive Maßnahmen zur Anwendung kommen können. In diesem Papier wird Folgendes erörtert: a) warum positive Maßnahmen ein wichtiger Aspekt des Antidiskriminierungsrechts und der Antidiskriminierungspolitik geworden

sind; b) welche Art von Maßnahmen im Rahmen von Initiativen für positive Maßnahmen zur Anwendung kommen; und c) welche rechtlichen Kontrollen es in diesem komplexen Rechtsgebiet gibt. Um Schlüsselargumente zu erörtern, wird dabei insbesondere das Recht der Europäischen Union, des Vereinigten Königreichs und der Vereinigten Staaten zur Sprache kommen, wobei Fragen der Geschlechtergleichstellung besondere Beachtung finden werden.

2. DIE GRENZEN DES HERKÖMMLICHEN ANTIDISKRIMINIERUNGSRECHTS

Um zu verstehen, warum die Anwendung positiver Maßnahmen erforderlich sein kann, ist es hilfreich, die Art der Benachteiligungen zu verstehen, von denen Frauen und Angehörige anderer, im Beschäftigungsbereich und in anderen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens unterrepräsentierter Gruppen betroffen sind. Zuweilen kann es zu unmittelbarer Diskriminierung kommen, wenn Frauen oder Angehörige einer anderen benachteiligten Gruppe wegen ihres Geschlechts, ihrer ethnischen Gruppe oder ihres sozialen Status nicht eingestellt, befördert oder für eine Zulage ausgewählt werden. Es kann auch mittelbare Diskriminierung vorliegen, wenn die Anwendung von dem Anschein nach neutralen und fairen Kriterien für die Unterscheidung zwischen Personen möglicherweise unverhältnismäßig negative und nicht zu rechtfertigende Auswirkungen auf Angehörige einer benachteiligten Gruppe hat. Beide Formen von Diskriminierung können äußerst nachteilige Konsequenzen für Angehörige benachteiligter Gruppen haben, die dadurch oftmals mit sozialer Ausgrenzung und der Verweigerung der Gleichbehandlung konfrontiert werden.

Infolgedessen werden diese beiden Formen der Diskriminierung durch das Antidiskriminierungsrecht in der Regel untersagt. Wer unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung erlitten hat, wird darin bestärkt, gerichtlich gegen diese Art der Behandlung vorzugehen, und die Täter werden in zivilrechtlichen Verfahren zur Leistung von Schadenersatz und anderen Formen der Wiedergutmachung verurteilt. Durch das Verbot solcher Formen der Diskriminierung ist das Antidiskriminierungsrecht in vielen Ländern, insbesondere in Europa und Nordamerika, sehr erfolgreich. Es hat das Verhalten zahlreicher Arbeitgeber und staatlicher Stellen verändert, die gesellschaftliche Einstellung zu benachteiligten Gruppen gewandelt und viele Formen von Diskriminierung verhindert.¹

Es ist jedoch auch wichtig zu verstehen, dass die Nutzung des Antidiskriminierungsrechts zur Beseitigung der Benachteiligung von Frauen und anderen unterrepräsentierten Gruppen einen gesellschaftlichen Wandel nur in begrenztem Umfang herbeiführen kann. Diskriminierende Einstellungen sind oftmals tief in der Gesellschaft verankert. Das Antidiskriminierungsrecht untersagt zwar die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, wenn es jedoch keine eindeutigen Belege für das Vorliegen einer Diskriminierung gibt, oder wenn Betroffene nicht bereit sind, gegen die erlittene negative Behandlung vorzugehen, kann es Diskriminierung nicht unterbinden. Auch wenn eine betroffene Person Beschwerde wegen einer Diskriminierung erheben will, können der

¹ Eine Analyse der Wirksamkeit des Antidiskriminierungsrechts im UK ist zu finden bei B. HEPPLER, M. COUSSEY and T. CHOUDHURY, *Equality: A New Framework: Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation* (Oxford: Hart Publishing, 2000), Randnr. 1.33.

finanzielle Druck und der gesellschaftliche Anpassungsdruck so stark sein, dass sie sich letztendlich gegen das weitere Vorgehen in dieser Sache entscheidet.²

Wenn es in bestimmten Wirtschaftszweigen oder Bereichen des gesellschaftlichen Lebens an Betroffenen fehlt, die bereit sind, Klage zu erheben, wird das Antidiskriminierungsrecht in diesen Bereichen möglicherweise nur sehr geringe Auswirkungen haben. Beispielsweise gab es in der immens großen Finanzdienstleistungsbranche in London eine Zeit lang Probleme mit Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Mitarbeiterinnen führender Investmentbanken klagten vielfach über sexistische Einstellungen und Ressentiments gegen schwangere Arbeitnehmerinnen, die der Arbeit fernblieben.³ Bis vor Kurzem wurden jedoch in der Finanzdienstleistungsbranche der Stadt London im Zusammenhang mit Gleichstellungsfragen nur sehr wenige Klagen wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erhoben. Dies beginnt sich jetzt zu ändern, wobei einigen Investmentbankerinnen sehr hohe Entschädigungen (darunter Summen von mehr als einer Million Pfund Sterling) wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zugesprochen werden. Jedoch scheinen sich Diskriminierungsoffer infolge des gesellschaftlichen Druckes nach wie vor nur langsam aus der Deckung zu wagen und Beschwerde zu erheben.

Zudem kann es für Betroffene, die Beschwerde wegen Diskriminierung erheben, nach den geltenden Antidiskriminierungsvorschriften sehr schwierig sein, ihr Vorbringen eindeutig zu begründen. Dies gilt insbesondere im Bereich der mittelbaren Diskriminierung, in dem die Rechtsvorschriften komplex sind und die Tatsachen sich möglicherweise nur schwer nachweisen lassen. Dies kann Betroffene davon abhalten, das Antidiskriminierungsrecht zu nutzen.⁴ Selbst wenn eine Klage Erfolg hat, beschränken sich die Rechtsbehelfe, die ein Betroffener erwirken kann, möglicherweise auf die Abstellung des unmittelbaren Unrechts: Oftmals erfordern die Antidiskriminierungsvorschriften keine weitergehenden Änderungen bezogen auf die Funktionsweise einer Organisation, die mehr Menschen zugute kämen, als nur dem einzelnen Opfer, das Diskriminierungsklage erhoben hat. Dies kann die Wirkung dieser Vorschriften erheblich einschränken.⁵

Es kann jedoch auch Probleme grundlegenderer Art geben. Die Ansichten und Erwartungen von Arbeitgebern, staatlichen Stellen und anderen Organisationen werden oftmals durch dominierende gesellschaftliche Annahmen und Stereotypen geprägt. Arbeitgeber haben möglicherweise eine klare Vorstellung davon, wie ein „normaler“ Mitarbeiter auszusehen und sich zu verhalten hat: Dies kann dazu führen, dass Bewerber aus dominanten gesellschaftlichen Gruppen bei der Auswahl gegenüber weniger nahe liegenden Bewerbern, die aber möglicherweise genauso qualifiziert sind, bevorzugt werden. Organisationen suchen möglicherweise potenzielle Mitarbeiter mit ähnlichem Hintergrund wie die hochrangigen Führungskräfte der Organisation: Auf diese Weise wird die Dominanz bestimmter gesellschaftlicher Gruppen „repliziert“, während andere Gruppen außen vor bleiben. Ein Mann aus einer dominanten ethnischen Gruppe, der

² Siehe S. FREDMAN, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), S. 165. Siehe auch S. FREDMAN und E. SZYSZCZAK, 'Interaction of Race and Gender', in B. HEPPLER und E. SZYSZCZAK, *Discrimination: The Limits of the Law* (London: Mansell, 1992), S. 214-26.

³ Siehe FAWCETT SOCIETY, *Sexism in the City* (London: Fawcett Society, 2007).

⁴ Siehe N. BAMFORTH, M. MALIK und C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context* (London: Sweet & Maxwell, 2008), Kap. 6 und 7.

⁵ Siehe S. FREDMAN, *Discrimination Law*, 170-73.

zudem einen traditionell erfolgreichen sozioökonomischen Hintergrund hat, wird oftmals Erfolg haben, während eine Frau oder eine Person aus einer eher benachteiligten Gruppe erfolglos bleiben wird: Dies stellt in den meisten menschlichen Gesellschaften ein Problem dar.

Benachteiligten Gruppen wird es möglicherweise auch an dem sozialen Kapital und dem Zugang zu einflussreichen Netzwerken fehlen, den Angehörige dominanter Gruppen haben können.⁶ Zum Beispiel haben Angehörige ethnischer Minderheiten, Menschen mit Behinderungen oder Menschen mit bestimmten sozioökonomischen Hintergründen aufgrund bildungspolitischer und kultureller Barrieren möglicherweise Schwierigkeiten beim Zugang zu führenden Universitäten, wodurch es für diese Gruppen wiederum sehr schwierig werden kann, Zugang zu guten Arbeitsplätzen zu finden oder einflussreiche Positionen zu erlangen. Annahmen, Erwartungen und Stereotypen in Bezug darauf, wie Frauen und Angehörige unterrepräsentierter Gruppen sich verhalten und handeln, können für sie zu schweren Benachteiligungen führen, und zwar oftmals so subtil, dass eine Klageerhebung gemäß dem Antidiskriminierungsrecht nicht möglich ist. In europäischen Staaten könnten Arbeitgeber beispielsweise annehmen, dass eine muslimische Frau mit traditionell religiösem Hintergrund bestimmte Arten von Arbeit nicht leisten oder in bestimmten Situationen nicht mit Männern zusammentreffen will, und daher beschließen, sie nicht einzustellen. Infolgedessen entginge ihr rein aufgrund von leichtfertigen Annahmen und Stereotypen die Chance, ihre Fähigkeiten unter Beweis zu stellen.

Es kann auch weitere Probleme geben. Benachteiligte Gruppen leiden oftmals darunter, dass sie durch die Zentralregierung und lokale Behörden vernachlässigt werden, was oftmals darauf zurückzuführen ist, dass diese kein Verständnis für ihre besonderen Erfordernisse haben und ihre besonderen Umstände nicht berücksichtigen. Diese Vernachlässigung resultiert häufig aus der begrenzten Teilhabe von Angehörigen dieser benachteiligten Gruppen an Entscheidungsprozessen.⁷ Dieses Problem kann sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor auftreten und ihre Chancen auf Teilhabe in unbilliger Weise einschränken. Beispielsweise hat die Tatsache, dass es in den meisten öffentlichen und privaten Organisationen keine führenden Entscheidungsträger mit Behinderungen gibt, dazu geführt, dass Menschen mit Behinderungen in den meisten Gesellschaften für lange Zeit ignoriert wurden. Wenn sich sehr wenige Frauen und Angehörige benachteiligter Gruppen in bestimmten Bereichen gesellschaftlicher Tätigkeit einbringen, kann dies zudem dazu führen, dass diese Bereiche auf potenzielle Neulinge mit ungewöhnlichem oder neuem Hintergrund sehr abweisend wirken. Die Erfahrung in Nordamerika und Europa zeigt, dass der Zugang zu Beschäftigungsfeldern oder Bereichen gesellschaftlicher Tätigkeit, die vollständig durch Männer oder Angehörige dominanter Gruppen beherrscht werden, für Minderheiten oder Frauen äußerst schwierig ist. Die Scherze, Gewohnheiten, Praktiken und Verhaltensweisen derjenigen, die bereits in der betreffenden Organisation etabliert oder in der betreffenden Tätigkeit involviert sind, kann Neulinge bewusst oder unbewusst ausschließen.

⁶ Zur Idee des „sozialen Kapitals“ siehe P. BOURDIEU, ‘The Forms of Capital’, in A. HALSEY, H. LAUDER, P. BROWN & A. STUART WELLS (Hrsg.) *Education: Culture, Economy and Society* (Oxford: Oxford University Press, 1997), 46-58.

⁷ Siehe S. FREDMAN, *Discrimination Law*, 22-23.

Möglicherweise fehlt es auch an „Rollenvorbildern“, das heißt, erfolgreichen Menschen aus benachteiligten Gruppen, die an bestimmten Tätigkeiten oder in bestimmten Organisationen mitwirken oder in leitender Position beschäftigt sind. Gibt es solche „Rollenvorbilder“, kann dies Angehörige benachteiligter Gruppen darin bestärken, sich in der betreffenden Organisation oder Tätigkeit einzubringen. Britische und amerikanische Universitäten haben oftmals spezielle Poliken, durch die Angehörige benachteiligter Gruppen darin bestärkt und dabei unterstützt werden sollen, sich als Studierende einzuschreiben – in der Hoffnung, dass dies auch andere Angehörige solcher Gruppen bestärken wird, ein Studium aufzunehmen. Gibt es jedoch keine solchen „Rollenvorbilder“, kann dies Angehörige benachteiligter Gruppen massiv von dem Versuch abhalten, Zugang zu derartigen, oftmals als feindlich oder fremd empfundenen Umfeldern zu erlangen.

Alle diese Faktoren erklären den potenziellen Fortbestand von Diskriminierung und Benachteiligung in Gesellschaften mit strengen Antidiskriminierungsgesetzen. Insgesamt werden sie vielfach als „strukturelle“ Formen von Ungleichheit bezeichnet, weil sie eher die zugrunde liegenden gesellschaftlichen Strukturen als einzelne diskriminierende Handlungen betreffen. Alternativ wird zuweilen auch der Begriff „institutionelle Diskriminierung“ verwendet, da viele dieser Faktoren mit der Arbeits- und Funktionsweise von Institutionen und dem Einfluss der Kultur öffentlicher und privater Institutionen im Zusammenhang stehen.

Durch die Existenz dieser strukturellen oder institutionellen Faktoren lässt sich erklären, warum das „normale“ Antidiskriminierungsrecht Diskriminierung und Benachteiligung nicht immer erfolgreich abstellen kann. Wie bereits erörtert wurde, konnte das Antidiskriminierungsrecht in Europa und Nordamerika in den vergangenen vierzig Jahren große Erfolge verzeichnen, insbesondere im Kontext der Geschlechtergleichstellung. Der Hauptschwerpunkt dieses Rechts liegt jedoch auf der Gewährleistung der Gleichbehandlung von Einzelpersonen. Strukturelle Formen der Ungleichheit lassen sich häufig nicht mit dem Antidiskriminierungsrecht bekämpfen.⁸

Dies erklärt auch, warum vielfach besondere Maßnahmen nötig sind, um die Gleichstellung zu fördern und die Benachteiligungen, mit denen manche gesellschaftlichen Gruppen konfrontiert sind, abzubauen. Frauen, Menschen mit Behinderungen, ethnische Minderheiten und andere benachteiligte Gruppen stoßen auf zahlreiche Hindernisse: Diesen Gruppen unter bestimmten Umständen eine Vorrangbehandlung zu gewähren, kann ihnen bei der Überwindung dieser Hindernisse helfen. Zudem leiden benachteiligte Gruppen oftmals unter einer langen Geschichte von Diskriminierung und sozialer Ausgrenzung. Dies kann bedeuten, dass es ihnen an Bildung, Beschäftigung und staatlicher Unterstützung fehlt, was sie in Armut oder schlechten sozioökonomischen Bedingungen hält und ihre Benachteiligung sogar noch verstärken kann. Dieser Kreislauf kann sehr schwer zu durchbrechen sein. Die Sozialpolitik in Europa strebt mehr und mehr nach Möglichkeiten zur Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung.⁹ Als Teil dieser politischen Entwicklung ist deutlich geworden, dass besondere Maßnahmen ergriffen werden müssen, um die Teilhabe sozial ausgegrenzter Gruppen an behördlichen Entscheidungsprozessen sowie im Bildungs- und Beschäftigungsbereich und anderen wichtigen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens

⁸ Ibid. 7–11. Siehe auch J. SQUIRES, *Gender in Political Theory* (Cambridge: Polity Press, 1999).

⁹ Siehe H. COLLINS, ‘Discrimination, Equality and Social Inclusion’, 66(1) *Modern Law Review* 16-43.

zu gewährleisten – nur dann lassen sich Fortschritte erzielen. Ohne diese Teilhabe wird die soziale Ausgrenzung ein anhaltendes Problem bleiben. Es müssen aktive Schritte zur Förderung der Gleichstellung unternommen werden.

3. WAS SIND POSITIVE MASSNAHMEN?

Der Begriff „positive Maßnahmen“ kann ein breites Spektrum von Politiken und Initiativen beschreiben. Bisweilen wird unter positiven Maßnahmen eine Vorrangbehandlung von Minderheiten, Frauen und anderen benachteiligten Gruppen verstanden. Die vorrangige Berücksichtigung von Bewerbern aus benachteiligten Gruppen kann ein wichtiger Bestandteil einer Politik für positive Maßnahmen sein. Strategien für positive Maßnahmen können jedoch vielerlei Formen annehmen, die nicht immer den Aspekt der Vorrangbehandlung beinhalten müssen.¹⁰ Eine ausgefeilte Strategie für positive Maßnahmen wird wahrscheinlich versuchen, mehrere verschiedene Formen positiver Maßnahmen zu nutzen. Im Rahmen verschiedener Strategien können verschiedene Formen positiver Maßnahmen zu unterschiedlichen Zeitpunkten zur Anwendung kommen, in Abhängigkeit von der Art der jeweils vorliegenden Benachteiligung und dem relevanten sozioökonomischen und politischen Kontext.

Eine weit gefasste Definition des Begriffs der positiven Maßnahmen könnte daher alle Maßnahmen umfassen, die mithilfe positiver Schritte die Veränderung bestehender gesellschaftlicher Praktiken anstreben, um Muster der Ausgrenzung und Benachteiligung bestimmter Gruppen aufzulösen.¹¹ Innerhalb dieser weit gefassten Definition hat Christopher McCrudden fünf grundlegende Kategorien positiver Maßnahmen ermittelt.¹²

Kategorie 1: Beseitigung verbotener Diskriminierung

Die erste Kategorie besteht aus positiven Maßnahmen zur Beseitigung von Diskriminierung, in die Organisationen eingebunden sind, die aktive Schritte zur Ermittlung und Beendigung von Diskriminierung verursachenden Politiken unternehmen. In der Praxis wird bei dieser Art von positiven Maßnahmen oftmals regelmäßig überprüft, wie eine Organisation ihre Mitarbeiter auswählt, Beförderungen vornimmt und Geschäfte tätigt. Das Ziel dieser Maßnahmen besteht darin, aktuellen oder möglichen künftigen Diskriminierungen einen Riegel vorzuschieben. Die Organisation kann dabei ihre Beschäftigungspolitik, die Anhörung ihrer Mitarbeiter oder die Versorgung der Öffentlichkeit mit Gütern und Dienstleistungen ändern. Diese Maßnahmen tragen vielfach dazu bei, unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung ein Ende zu setzen. Zur Beseitigung der komplexeren Probleme der strukturellen oder institutionellen Diskriminierung sind sie jedoch möglicherweise weniger geeignet.

¹⁰ C. MCCRUDDEN, 'Rethinking Positive Action' (1986) 15 *Industrial Law Journal* 219-243.

¹¹ Diese weit gefasste Definition entstammt C. BELL, A. HEGARTY AND S. LIVINGSTONE, 'The Enduring Controversy: Developments on Affirmative Action Law in North America' (1996) *International Journal of Discrimination and the Law* 233, S. 234.

¹² C. MCCRUDDEN, 'Rethinking Positive Action' (1986) 15 *Industrial Law Journal* 219-243.

Kategorie 2: Gezielte Eingliederungsmaßnahmen

Die zweite Kategorie umfasst die Anwendung von Maßnahmen und Praktiken, die benachteiligte Gruppen nicht aufgrund ihres Geschlechts, ihrer ethnischen Herkunft oder eines anderen spezifischen Unterscheidungsmerkmals bevorzugt behandeln, sondern die stattdessen allgemeine Kriterien als Grundlage für die Gewährung besonderer Unterstützung verwenden. Beispielsweise können Behörden besondere Maßnahmen anbieten, um Arbeitslosen bei der Rückkehr auf den Arbeitsmarkt zu helfen, oder sie können Schulen in einem Bezirk mit vielen armen Familien besondere Unterstützung gewähren. Diese Maßnahmen können jedoch mittelbar benachteiligten Gruppen zugute kommen: Zum Beispiel werden Maßnahmen in den USA, die Schulen mit einem hohen Anteil an Zuwandererkindern oder armen Kindern besondere Unterstützung gewähren, vor allem der afroamerikanischen und hispanischen Minderheitengruppe nützen.

Solche Maßnahmen werden häufig von Regierungen angewandt, wenn sie nicht den Eindruck erwecken wollen, dass sie bestimmten gesellschaftlichen Gruppen eine Sonderbehandlung gewähren. Ihr Nachteil besteht jedoch darin, dass sie aufgrund ihrer allgemeinen Art nicht denjenigen Gruppen zugute kommen, die besonderer Unterstützung am stärksten bedürfen. Im UK haben beispielsweise verschiedene ethnische Gruppen unterschiedliche soziale Probleme: Die britische pakistanische Gemeinde (Menschen, die ursprünglich aus Pakistan kommen und überwiegend dem Islam angehören) hat besondere Probleme, die aus gegen Muslime gerichteten Vorurteilen und der geringen Frauenerwerbstätigkeit resultieren, die Angehörige der britischen indischen Gemeinde (die in der Regel aus reicheren Verhältnissen stammen und unterschiedlichen Religionen angehören) nicht haben.¹³ Auf ärmere Gemeinschaften zielende allgemeine Maßnahmen, oder Maßnahmen an Schulen in bestimmten Gegenden, sind möglicherweise nicht auf die spezifischen Probleme ausgerichtet, mit denen die pakistanische Gemeinde in Großbritannien konfrontiert ist, was insbesondere für die Frauen dieser Gemeinde gilt.

Kategorie 3: Aktive Sensibilisierung/„Outreach“

Zur dritten Kategorie gehört der Einsatz von aktiven Sensibilisierungsprogrammen. Dabei handelt es sich um von öffentlichen oder privaten Stellen durchgeführte Strategien, mit denen das Ziel verfolgt wird, für mehr Bewerbungen aus benachteiligten Gruppen in den Bereichen Beschäftigung, Beförderung, sowie Berufs- oder Allgemeinbildung zu sorgen. Diese Maßnahmen könnten gezielte Anzeigenwerbung, den Aufbau von besonderen Beziehungen zu Gemeindegruppen, Schulen und ethnischen Minderheitenorganisationen sowie die sorgsame Eigenpräsentation der in dieser Weise für benachteiligte Gruppen tätigen Stelle umfassen, damit sichergestellt wird, dass diese als für Vielfalt und für Bewerbungen von Angehörigen benachteiligter Gruppen offen wahrgenommen wird. Öffentliche Stellen können diese Art von aktiven Sensibilisierungsprogrammen auch initiieren, um dafür Sorge zu tragen, dass die von ihnen angebotenen Leistungen in den Bereichen Gesundheit, Verkehr, Wohlfahrt und Bildung von benachteiligten Gruppen, insbesondere Frauen, genutzt werden. Andere

¹³ Siehe die statistischen Angaben zu der relativen Benachteiligung von Minderheitengruppen im UK in *Fairness and Freedom: The Final Report of the Equalities Review Panel* (London: Cabinet Office, 2007).

Formen dieser sogenannten „Outreach“-Programme könnten beinhalten, dass in bestimmten Phasen des Einstellungsverfahrens Stellen für Angehörige benachteiligter Gruppen „vorbehalten“ oder reserviert werden (beispielsweise, indem sichergestellt wird, dass bei jeder freien Stelle oder Beförderungsmöglichkeit eine Frau zum Bewerbungsgespräch eingeladen wird), oder indem für Angehörige benachteiligter Gruppen besondere Schulungsmaßnahmen angeboten werden. Der Vorteil solcher „Outreach“-Programme und Entwicklungsmodelle besteht darin, dass sie die Nachteile und Hindernisse ausgleichen können, mit denen Angehörige benachteiligter Gruppen konfrontiert sind. Ihre Schwäche liegt darin, dass solche Maßnahmen die Teilhabe benachteiligter Gruppen zwar fördern, diese aber nicht gewährleisten oder endgültige Ergebnisse garantieren können.

Kategorie 4: Vorrangbehandlung

Viertens ist die Vorrangbehandlung von Angehörigen benachteiligter Gruppen im Bereich Beschäftigung (und zuweilen Bildung) eine wichtige Kategorie positiver Maßnahmen. Für die Vorrangbehandlung von Angehörigen benachteiligter Gruppen in Bezug auf Einstellung, Beförderung und Auswahl für die obere Führungsebene kann es eine Vielzahl von Möglichkeiten geben. In manchen Ländern ist es möglich, Ämter oder Funktionen für Frauen, Menschen mit Behinderungen oder Angehörige einer bestimmten Minderheitengruppe zu reservieren. Alternativ können das Geschlecht, der ethnische Hintergrund, die Behinderung oder ein anderes persönliches Merkmal, das eine Person zu einem Angehörigen einer benachteiligten Gruppe macht, einen Faktor darstellen, der in Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen berücksichtigt werden kann. Beispielsweise kann ein Unternehmen entscheiden, dass es nicht genug Frauen in höheren Führungspositionen hat. Infolgedessen kann es beschließen, dass in Bewerbungsgesprächen das Geschlecht einer Person berücksichtigt werden kann, und wenn zwei oder mehr Bewerber für die betreffende Stelle mehr oder weniger gleich qualifiziert sind, kann eine Bewerberin den Vorzug erhalten. Dies wird als Tie-Break-Präferenz (geschlechtsbedingte Vergünstigung bei gleicher Qualifikation) bezeichnet. Die Vorrangbehandlung kann auch die Berücksichtigung der Zugehörigkeit eines Bewerbers zu einer benachteiligten Gruppe als „Pluspunkt“ beinhalten, was bedeutet, dass diese Zugehörigkeit – neben den anderen anwendbaren Faktoren – als positiver Faktor zugunsten eines Bewerbers wirkt.

Der erhebliche Vorteil, den die Vorrangbehandlung gegenüber anderen Arten von positiven Maßnahmen hat, liegt darin, dass sie in der Regel ein erfolgreiches Ergebnis garantiert. Oftmals wird die Vorrangbehandlung eingeführt, wenn andere Formen positiver Maßnahmen fehlgeschlagen sind, weil sie wirksam ist. In Norwegen hatten beispielsweise jahrelange positive Maßnahmen unter Verwendung anderer Strategien zu einem beträchtlichen Maß an Geschlechtergleichstellung in allen Bereichen der Gesellschaft geführt. Allerdings waren Frauen in der höchsten Ebene in den Vorständen privater Unternehmen und öffentlicher Einrichtungen nach wie vor stark unterrepräsentiert. Daher erließ das norwegische Parlament im Jahr 2003 ein Gesetz, demzufolge Unternehmen dafür Sorge zu tragen hatten, dass ihre Vorstände innerhalb von zwei Jahren zu 40 % mit weiblichen Vorstandsmitgliedern besetzt waren, anderenfalls sollten sie gesetzlich zur Umsetzung dieser Quote verpflichtet oder

rechtlichen Sanktionen unterworfen werden. Nachdem diese Zielvorgabe von vielen privaten Unternehmen nicht erreicht wurde, machte das Parlament seine Drohung im Jahr 2006 wahr und schrieb vor, dass alle Unternehmensvorstände diese Quote bis zum Jahr 2008 erreichen mussten – anderenfalls drohten Geldstrafen oder die Auflösung des Unternehmens.¹⁴

Ähnliche Maßnahmen wurden später in mehreren EU-Staaten eingeführt, darunter Frankreich, Spanien und Italien, und auch Deutschland bewegt sich in diese Richtung.¹⁵ In Frankreich erhöhte sich seit dem Erlass des Quotengesetzes im Jahr 2011 der Anteil von Frauen in Vorständen französischer Unternehmen sprunghaft von 12 Prozent auf 22 Prozent. Kürzlich gab die Europäische Zentralbank bekannt, dass 28 Prozent ihrer höheren Führungspositionen bis zum Jahr 2019 durch Frauen besetzt sein sollen.

Die Europäische Kommission legte am 14. November 2012 einen Richtlinien-vorschlag vor, der besagt, dass bis zum Jahr 2020 EU-weit jedes Geschlecht einen Anteil von mindestens 40 % der nicht geschäftsführenden Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitglieder von Unternehmen einer bestimmten Größe stellen soll: Erreicht ein Unternehmen diesen Schwellenwert nicht, wird es im Auswahlprozess klare und geschlechtsneutrale Auswahlkriterien anzuwenden und bei der Entscheidung zwischen Kandidaten mit gleicher Qualifikation den Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts bevorzugt auszuwählen haben (entsprechend den geltenden Vorgaben des EU-Rechts in diesem Kontext: siehe unten). Am 20. November 2013 stimmte das Europäische Parlament mit großer Mehrheit in erster Lesung für die vorgeschlagene Richtlinie. Allerdings wird die Richtlinie derzeit im Rat der EU blockiert.¹⁶

Kategorie 5: Neudefinition von „Leistung“

Die von McCrudden ermittelte fünfte Kategorie positiver Maßnahmen umfasst Versuche, den „Begriff Leistung neu zu definieren“, das heißt, die von Arbeitgebern für die Besetzung von Stellen (oder von Bildungseinrichtungen für die Auswahl von Studierenden) verwendeten Kriterien zu prüfen und derart neu zu definieren, dass eine stärkere Beteiligung benachteiligter Gruppen gewährleistet wird. Die Art und Weise, in der die gewünschten Qualifikationen für eine Stelle durch einen Arbeitgeber festgelegt werden, wird oftmals zahlreiche potenzielle Bewerber aus unterrepräsentierten Gruppen ausschließen. Beispielsweise kann ein Arbeitgeber beschließen, dass ein Posten sehr lange und unregelmäßige Arbeitszeiten erforderlich macht, und beurteilt die Bewerber anhand der Vorgabe, dass sie diese Arbeitszeiten müssen leisten können. Dadurch kann

¹⁴ Weitere Informationen finden Sie in dem umfassenden Überblick über die verfügbare Rechtsgrundlage (in englischer Sprache) auf der Website des norwegischen Kinder- und Gleichstellungsministeriums, <http://www.regjeringen.no/en/dep/bld/Topics/Equality/rules-on-gender-representation-on-compan.html?id=416864> (letzter Zugriff am 12. Mai 2008).

¹⁵ Die jüngst zwischen der CDU/CSU und der SPD in Deutschland geschlossene Koalitionsvereinbarung enthielt eine Vereinbarung, der zufolge alle DAX-Unternehmen mindestens 30 Prozent ihrer Aufsichtsratsposten bis zum Jahr 2016 mit Frauen besetzen müssen.

¹⁶ Näheres dazu unter http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/news/121114_de.htm; der Text des Legislativvorschlags der Kommission ist zu finden unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:de:PDF>; und Informationen zum politischen Hintergrund finden Sie unter http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/documents/140303_factsheet_wob_de.pdf

es geschehen, dass vielfach Bewerberinnen, die Kinderbetreuungspflichten haben, sowie andere Bewerber, die ältere Familienangehörige betreuen, benachteiligt werden. Allerdings ist diese Anforderung möglicherweise faktisch nicht zwingend geboten: Vielleicht könnte das Arbeitspensum dieser Stelle in irgendeiner Weise umstrukturiert oder angepasst werden? Das derzeitige Verständnis des Begriffs „Leistung“ kaschiert möglicherweise stereotype Annahmen und lässt andere Möglichkeiten zur Erfüllung einer Aufgabe unberücksichtigt.

Daher mag bei zahlreichen Arbeitsplätzen ein begriffliches Umdenken hinsichtlich der benötigten Qualitäten erforderlich werden, und unser Verständnis des Begriffs „Leistung“ wird so neu definiert werden müssen, dass die Bereiche Beschäftigung und Bildung für Angehörige benachteiligter Gruppen geöffnet werden. In den USA hat der Supreme Court, wie nachstehend weiter ausgeführt wird, anerkannt, dass eine von Vielfalt geprägte Studentenschaft die Bildungserfahrung der Studierenden verbessern kann.¹⁷ Infolgedessen können Universitäten bei Zulassungsentscheidungen jetzt den ethnischen und sozioökonomischen Hintergrund eines Studierenden berücksichtigen und die Zugehörigkeit zu einer unterrepräsentierten Gruppe als positiven Faktor werten – auf der Grundlage, dass die Zulassung einer größeren Zahl von Angehörigen unterrepräsentierter Gruppen in die Studentenschaft deren Vielfalt steigern und damit den allgemeinen Bildungsstandard anheben wird.

Es kann auch sein, dass sich Entscheidungsprozesse verbessern werden, wenn Angehörige benachteiligter Gruppen einen gewissen Prozentsatz der hochrangigen Persönlichkeiten in der Regierung und in gewählten Gremien stellen. Daher behalten insbesondere zahlreiche europäische Staaten Sitze in ihren Volksvertretungen Angehörigen bestimmter ethnischer Gruppen vor, oder schreiben den politischen Parteien vor, eine bestimmte Zahl weiblicher Kandidaten auszuwählen.¹⁸

4. WIE UND WANN POSITIVE MASSNAHMEN ZUR ANWENDUNG KOMMEN

Strategien für positive Maßnahmen können demzufolge vielerlei Form annehmen, wobei sie oftmals Elemente mehrerer oder sogar aller dieser verschiedenen Kategorien kombinieren. Viele dieser Formen von positiven Maßnahmen werden von verschiedenen Ländern zu unterschiedlichen Zeiten angewandt. Die Anwendung solcher besonderer Maßnahmen geht oftmals der Einführung eines Antidiskriminierungsrechts voraus. Beispielsweise führten aufgrund der sehr großen Zahl schwer verwundeter Überlebender der beiden Weltkriege zahlreiche europäische und nordamerikanische Staaten nach dem Ersten und Zweiten Weltkrieg Beschäftigungsquoten für Menschen mit Behinderungen ein und behielten diesen Menschen bestimmte Stellen vor.¹⁹

Andere Formen positiver Maßnahmen wurden anfänglich in den USA Ende der 1960er und Anfang der 1970er Jahre eingeführt, um die weit verbreitete Segregation der afroamerikanischen Gemeinde zu beseitigen. Viele dieser als „*affirmative action*“

¹⁷ Siehe *Grutter gegen Bollinger* 539 US (2003).

¹⁸ Siehe C. O’CINNEIDE und M. RUSSELL, ‘Positive Action to Promote Women in Politics: Some European Comparisons’ (2003) 53 *International Comparative Law Quarterly* 587-614.

¹⁹ Siehe L. WADDINGTON, ‘Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe From Quotas to Anti-Discrimination Laws’ (1996) 18 *Comparative Labour Law Review* 62

bezeichneten Maßnahmen wurden ursprünglich per Gerichtsbeschluss erlassen, um unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung zu überwinden.²⁰ Die Anwendung positiver Maßnahmen in den USA weitete sich jedoch über ihre Nutzung als Rechtsmittel in Diskriminierungsfällen hinaus aus. Heutzutage kommt eine große Bandbreite positiver Maßnahmen zur Anwendung, die einen entscheidenden Teil der seit den 1960er Jahren zu verzeichnenden Bewegung zur Überwindung der Rassendiskriminierung und zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von Afroamerikanern und anderen benachteiligten Gruppen bildet.

Innerhalb der EU gibt es eine große Vielfalt von Konzepten für die Anwendung positiver Maßnahmen. Unterschiede bestehen dabei nicht nur zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten, sondern auch innerhalb der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Art und Weise, wie positive Maßnahmen zur Überwindung verschiedener Arten von Benachteiligungen eingesetzt werden.²¹ Erkennbar sind dabei gewisse allgemeine, gesamteuropäische Tendenzen. Generell gilt, dass das EU-Recht die Anwendung bestimmter positiver Maßnahmen nicht vorschreibt, sondern sie gestattet. Somit wird die Entscheidung, welche Form die positiven Maßnahmen in den einzelnen Staaten annehmen, von den Mitgliedstaaten selbst getroffen, nicht von der EU.

Nationales Recht gestattet in der Regel zugunsten von Menschen mit Behinderungen weiter reichende positive Maßnahmen als für jede andere Form von Benachteiligung: Dies spiegelt die flächendeckende Nutzung von Beschäftigungsquoten in der Nachkriegszeit wider.²² Die Anwendung „harter“ Formen positiver Maßnahmen, einschließlich der Vorrangbehandlung, ist relativ weit verbreitet, wenn es um die Gewährleistung einer stärkeren Gleichstellung der Geschlechter geht. Beispielsweise haben viele deutsche Bundesländer „Tie-Break“-Vorgaben eingeführt, die dafür sorgen, dass Frauen Vorrang erhalten, wenn mehr als ein Bewerber die Einstellungskriterien für Stellen im öffentlichen Dienst erfüllen kann. Diese Maßnahmen sind zum großen Teil auf den Einfluss eines wichtigen Sachverständigenberichts zurückzuführen, der sich dafür aussprach, dass der öffentliche Dienst in Deutschland ein „Modell“ für die Gleichstellung im Beschäftigungsbereich werden sollte.²³

²⁰ Nach US-Recht können Gerichte Anerkenntnisurteile („*consent decrees*“) erlassen, wenn sich Unternehmen, in denen es zu Diskriminierungen kommt, verpflichten, positive Maßnahmen zu ergreifen, um Abhilfe für durch ihre diskriminierenden Methoden entstandene Schäden zu schaffen. Das US-Justizministerium kann nach dem *Violent Crime Control and Law Enforcement Act 1994* „*consent decrees*“ mit kommunalen Polizeibehörden eingehen, die „Verhaltensmuster oder -weisen“ an den Tag gelegt haben sollen, die gegen die ihren Mitarbeitern durch bundesstaatliche und lokale Gesetze gewährten Bürgerrechte verstoßen. Siehe 42 USC 14141 (Su IV 1998).

²¹ Siehe die Erörterung der Unterschiede zwischen Mitgliedstaaten in Bezug auf positive Maßnahmen aufgrund der ethnischen Herkunft in D. CARUSO, ‘Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives’ (2003) 44 *Harvard International Law Journal* 331-386.

²² Eine Darstellung der Nutzung von Quoten für Menschen mit Behinderungen und der mit derartigen Maßnahmen verbundenen Probleme ist zu finden bei L. WADDINGTON, ‘Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Laws’, 18 *Comparative Labour Law Review* (1996) 62.

²³ N. COLNERIC, ‘Making Equality Law More Effective: Lessons From the German Experience’ (1996) 3 *Cardozo Women’s Law Journal* 229-250. Siehe auch D. SCHIEK, ‘Sex Equality after *Kalanke* and *Marschall*’ (1998) 4(2) *European Law Journal* 148-166.

In Frankreich kann eine nicht gleichberechtigte Vertretung von Frauen auf den Kandidatenlisten politischer Parteien zum Verlust staatlicher Mittel führen. In anderen europäischen Staaten wurde eine Vielzahl von Maßnahmen erlassen, um politischen Parteien positive Maßnahmen bei der Auswahl weiblicher Kandidaten zu gestatten oder vorzuschreiben.²⁴ Wie weiter oben dargelegt, wurden jüngst auch Quoten für Unternehmensvorstände eingeführt.

Dagegen sind positive Maßnahmen außerhalb des Kontexts von Geschlecht und Behinderung in der gesamten EU weniger verbreitet. Im UK unterliegen Behörden „positiven Gleichstellungspflichten“, was bedeutet, dass sie die Auswirkungen ihrer Strategien auf benachteiligte Gruppen überwachen und Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen für die Gleichbehandlung ergreifen müssen.²⁵ Auch die Verbreitung anderer Formen positiver Maßnahmen zum Abbau der Benachteiligung von Minderheitengruppen im privaten und öffentlichen Sektor nimmt immer mehr zu. In Nordirland, einem Teil des UK, der von schwerer interreligiöser und ethnischer Gewalt zwischen protestantischen und katholischen Minderheiten geprägt ist, wurden allen privaten und öffentlichen Einrichtungen, die mehr als eine bestimmte Zahl von Mitarbeitern beschäftigen, „Pflichten für faire Beschäftigung“ (*fair employment duties*) auferlegt. Diese „*fair employment duties*“ hatten erhebliche Auswirkungen hinsichtlich der Verbesserung der Lage der historisch benachteiligten katholischen Minderheit.²⁶

In manchen Staaten können private Arbeitgeber zur Einführung positiver Maßnahmen verpflichtet werden, wenn sie an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen wollen. In den USA führte Präsident Kennedy im Jahr 1961 diese Form von positiven Maßnahmen ein, indem er Auftragnehmer von Bundesbehörden verpflichtete, nicht nur von rechtswidriger Diskriminierung abzusehen, sondern auch die Zahl der Angehörigen rassistischer Minderheiten in ihrer Belegschaft zu erhöhen. Diese später durch den Executive Order 11246 erweiterten Vertragspflichten (*contract compliance requirements*) werden durch das *US Office of Federal Contract Compliance Programs* durchgesetzt und gelten für etwa 300 000 privatwirtschaftliche Auftragnehmer, die etwa 40 % US-Erwerbsbevölkerung beschäftigen.²⁷

Zur Anwendung kommt diese Art positiver Maßnahmen (in diversen Formen) auch in Kanada,²⁸ Australien²⁹ und Südafrika, wo positive Maßnahmen nach dem

²⁴ Siehe C. O’CINNEIDE und M. RUSSELL, ‘Positive Action to Promote Women in Politics: Some European Comparisons’ (2003) 53 *International Comparative Law Quarterly* 587-614.

²⁵ Siehe C. O’CINNEIDE, ‘Positive Action and the Limits of the Law’ (2006) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 351-365.

²⁶ Siehe C. MCCRUDDEN, R. FORD und A. HEATH, ‘Legal Regulation of Affirmative Action in Northern Ireland: An Empirical Assessment’ (2004) 24 (3) *Oxford Journal of Legal Studies* 363-415. Beachten Sie auch, dass das nordirische Polizeigesetz aus dem Jahr 2000 vorschreibt, dass 50 % der bei der nordirischen Polizei als Polizeianwärter oder Unterstützungspersonal eingestellten Personen römisch-katholisch sein müssen. Mit diesen Maßnahmen soll die historisch bedingte Unterrepräsentation römisch-katholischer Mitarbeiter bei der nordirischen Polizei überwunden werden.

²⁷ Weiterführende Informationen bei B. Hepple, M. Coussey und T. Choudhury, *Equality: A New Framework Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation* (Oxford: Hart Publishing 2000) 65.

²⁸ Employment Equity Act 1995

²⁹ Equal Opportunity for Women in the Workplace Act 1999, zur Änderung und Konsolidierung des Affirmative Action (Equal Employment Opportunity for Women) Act 1986

Rassismus, der in dem früheren Apartheidsregime herrschte, weit verbreitet sind.³⁰ In der EU haben jüngst erfolgte Änderungen der Vorschriften, die den Abschluss von Liefer- und Dienstleistungsverträgen zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen regeln, bewirkt, dass Behörden überall in Europa verstärkt ähnliche Vertragspflichten anwenden können.³¹

Eine weitere wichtige Form positiver Maßnahmen sollte ebenfalls Erwähnung finden. In der EU wurden von der öffentlichen Hand diverse „Mainstreaming“-Politiken oder „Diversity“-Strategien implementiert. Was „Mainstreaming“ bedeutet, kann durchaus unklar sein, da es für den Begriff eine Vielzahl unterschiedlicher Auslegungen gibt.³² Vom Europarat wurde er jedoch definiert als die Einbeziehung der Gleichstellungsperspektive in alle Maßnahmen im öffentlichen Bereich auf allen Ebenen und in allen Phasen der politischen Gestaltung.³³ McCrudden hat zwei Hauptkomponenten eines wirksamen Mainstreamings identifiziert: die „Folgenabschätzung“, in deren Rahmen die Auswirkungen öffentlicher Maßnahmen auf benachteiligte Gruppen geprüft werden, und die „Beteiligung“, durch die die Einbindung dieser Gruppen in Entscheidungsprozesse gefördert wird.³⁴ Das Mainstreaming als Strategie wurde in den letzten Jahren durch die UN, die EU, das Commonwealth-Sekretariat, die ILO und die OECD unterstützt.³⁵ Fast alle EU-Staaten, ebenso wie die Organe der EU, haben – unterschiedlich wirksame und ambitionierte – Gender-Mainstreaming-Programme eingeführt.³⁶ Es gab auch begrenzte Versuche in Bezug auf das Mainstreaming von Behinderungsfragen in das EU-Recht und die EU-Politik,³⁷ zu einem umfassenden Programm zum Mainstreaming von Gleichstellungsfragen kam es jedoch nicht.³⁸ Mainstreaming hat als Strategie für positive Maßnahmen eindeutig großes

³⁰ Employment Equity Act 1998

³¹ Siehe Colm O’Cinneide, *Taking Equal Opportunities Seriously* (London: Equality and Diversity Forum, 2003), Part VIII.

³² Siehe T. Rees, *Mainstreaming Equality in the European Union* (London: Routledge, 1998).

³³ Siehe *Gender Mainstreaming: Conceptual Framework, Methodology and Presentation of Good Practices*, Final Report of Activities of the Group of Specialists on Mainstreaming (EG-S-MS (98), (Straßburg: Europarat, Mai 1998).

³⁴ C. McCrudden, „Mainstreaming Equality in the Governance of Northern Ireland“ (1999) 22 (4) *Fordham International Law Journal* 22.

³⁵ Vierte UN-Weltfrauenkonferenz (1995) *Globale Aktionsplattform - Peking*. New York; United Nations Publishing. Siehe auch S. Razavi und C. Miller, „Gender Mainstreaming: A Study of Efforts by the UNDP, the World Bank and the ILO to Institutionalise Gender Issues“, Occasional Paper No. 4, Vierte UN-Weltfrauenkonferenz, 1995. Ein sehr umfassender Überblick über Mainstreaming-Initiativen und bewährte Verfahren ist zu finden in F. Mackay und K. Bilton, *Learning From Experience: Lessons in Mainstreaming Equal Opportunities* (Edinburgh: Scottish Executive Social Research, 2003), abrufbar unter www.institute-of-governance.org/index.html (letzter Zugriff am 15. Oktober 2003).

³⁶ Siehe Final Report of Activities of the Group of Specialists on Mainstreaming, *Gender Mainstreaming: Conceptual Framework, Methodology and Presentation of Good Practices*, EG-S-MS (98), (Straßburg: Europarat, Mai 1998); F. Mackay und K. Bilton, *Learning From Experience: Lessons in Mainstreaming Equal Opportunities* (Edinburgh: Scottish Executive Social Research, 2003).

³⁷ Shaw, ‘Mainstreaming Equality and Diversity’, 264.

³⁸ Siehe J. Shaw, *Mainstreaming Equality in European Union Law and Policy-Making* (Brüssel: European Network Against Racism, 2004). Shaw regt an, dass Artikel III-118 des Verfassungsvertrags die Tür für die Entwicklung eines umfassenden Mainstreaming-Programms öffnen könnte, insbesondere in Verbindung mit den Gleichstellungsbestimmungen der Charta der Grundrechte und anderen Bestimmungen des Verfassungsvertrags. Siehe auch M. Bell, ‘Equality and European Union Constitution’, 33 *Industrial Law Journal* (2004) 242-260.

Potenzial. Ein erhebliches Problem von Mainstreaming-Maßnahmen liegt jedoch darin, dass wirksames Mainstreaming oftmals nur möglich ist, wenn alle nötigen Zutaten – politischer Wille, organisatorische Kapazitäten, Führungsstärke und fachkundige Beratung – vorhanden sind.³⁹ Dies spiegelt eine wiederkehrende Erfahrung im Bereich des Diskriminierungsrechts wider: Gleichstellungsinitiativen haben oftmals geringe Wirkung, wenn ein klarer rechtlicher Rahmen für ihre Anwendung und ein hohes Maß an politischer Unterstützung fehlen.⁴⁰

Generell können positive Maßnahmen unterschiedliche Form annehmen. Zuweilen werden sie per Gesetz vorgeschrieben. In anderen Fällen können sie von öffentlichen oder privaten Stellen freiwillig eingeführt werden, sofern das nationale Recht dies zulässt. Es gibt keine Standardformel für automatischen Erfolg.⁴¹ Verschiedene Maßnahmen haben in verschiedenen Kontexten äußerst unterschiedliche Wirkung.⁴² Damit eine positive Maßnahme wirksam ist, sollte sie für das spezielle Umfeld, in dem sie zur Anwendung kommen wird, konzipiert worden sein und sich auf klare Rechtfertigungsgründe, Ziele und Vorgaben stützen.⁴³

5. KRITIK AN POSITIVEN MASSNAHMEN

Die Erfahrungen aus Kanada, den Niederlanden, den USA, Australien, dem UK und anderen Staaten zeigen, dass für den Erfolg von Strategien für positive Maßnahmen oftmals maßgeblich ist, inwieweit die Allgemeinbevölkerung die Rechtfertigungsgründe und den Zweck solcher Maßnahmen versteht.⁴⁴ Positive Maßnahmen werden häufig attackiert, missverstanden oder über die Gerichte oder den politischen Prozess angefochten. Manche Menschen betrachten positive Maßnahmen zuweilen als unbillige „Sonderbehandlung“ für bestimmte Gruppen oder als ungerechtfertigte Manipulation der normalen gesellschaftlichen Regeln. Mitunter werden positive Maßnahmen als „umgekehrte Diskriminierung“ bezichtigt, weil durch die Sonderbehandlung mancher Gruppen andere Gruppen eine Ungleichbehandlung erfahren und ihrerseits benachteiligt werden.⁴⁵ Wenn diese Kritik an positiven Maßnahmen allgemeine Anerkennung erfährt,

³⁹ Es wurde beispielsweise kritisiert, dass Gleichstellungserwägungen bei der Entwicklung der Europäischen Beschäftigungsstrategie eine bemerkenswert geringe Rolle gespielt haben. Siehe J. Rubery, 'Gender Mainstreaming and Gender Equality in the EU: The Impact of the EU Employment Strategy', 33 *Industrial Relations Journal* (2002) 500; J. Rubery *et al.*, 'Gender Equality Still on the European Agenda – But For How Long?', 34 *Industrial Relations Journal* (2003) 477-97; J. Rubery *et al.*, 'The Ups and Downs of European Gender Equality Policy', 35 *Industrial Relations Journal* (2004) 603.

⁴⁰ Eine umfassende Erörterung dieser Beschränkungen im nordirischen Kontext ist zu finden in C. McCrudden, "Equality" in C.J. Harvey (Hrsg.), *Human Rights, Equality and Democratic Renewal in Northern Ireland* (Oxford: Hart, 2001).

⁴¹ Siehe G. Stephanopoulos *et al.*, *Affirmative Action Review Report to the President* (Washington DC: White House 1995), Parts 3 and 4.

⁴² J. Wrench und T. Modood, 'The Effectiveness of Employment Equality Policies in Relation to Immigrants and Ethnic Minorities in the UK', Report commissioned by the International Labour Office, International Migration Papers 38 (Genf: ILO, 2000).

⁴³ Siehe J. E. Kellough, *Federal Equal Opportunity Policy and Numerical Goals and Timetables* (New York: Praeger, 1989). Siehe auch J. S. Leonard, 'What Promises are Worth: The Impact of Affirmative Action Goals' (1985) 20 (1) *Journal of Human Resources* 3-20.

⁴⁴ Siehe die oben zitierten Abhandlungen in Agocs *et al.*

⁴⁵ M. Frase-Blunt, 'Thwarting the Diversity Backlash Develop an Inclusive Plan that Highlights the Bottom-line Effect and Benefits to all Employees (2003) 48 (6) *HR Magazine* 137-138 141-144.

gestatten Gerichte, Gesetzgeber und politische Entscheidungsträger die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Unterstützung benachteiligter Gruppen oftmals nur noch widerstrebend.

Für zahlreiche Formen positiver Maßnahmen ist keine besondere Rechtfertigung erforderlich. Dies gilt insbesondere für Strategien, die auf die Ausmerzung verbotener Diskriminierung oder die Eliminierung von Strategien und Verfahren abstellen, die eine unbillige Benachteiligung bestimmter Gruppen bewirken. Andere Formen positiver Maßnahmen können jedoch zu gewissen konzeptionellen Schwierigkeiten führen, da sie eine Vorrangbehandlung für bestimmte benachteiligte Gruppen beinhalten.

Ferner können positive Maßnahmen einen Faktor wie die ethnische Gruppe, das Geschlecht oder die Religion einer Person nutzen, um die Gruppen festzulegen, die besondere Unterstützung erhalten sollen. Dabei soll durch das Antidiskriminierungsrecht doch gerade die Anwendung dieser Faktoren für die Unterscheidung zwischen Menschen ausgeschaltet werden. Infolgedessen werden positive Maßnahmen bisweilen dafür kritisiert, dass sie Mittel der Kategorisierung von Menschen verwenden, die das Antidiskriminierungsrecht generell zu beseitigen versucht. Gegner positiver Maßnahmen argumentieren, dass die Nutzung besonderer Maßnahmen zur Unterstützung benachteiligter Gruppen für den Fortbestand sozialer Unterschiede zwischen Gruppen sorgt und zu gesellschaftlichen Brüchen entlang religiöser, ethnischer, rassischer und sozialer Linien beiträgt. Manche Kritiker argumentieren auch, dass positive Maßnahmen eine ungesunde Form des „Social Engineering“ sind, mit der Regierungen versuchen, die Gesellschaft mithilfe künstlicher und kontraproduktiver Politiken zu verändern.⁴⁶

Unterstützer positiver Maßnahmen argumentieren dagegen, dass besondere Maßnahmen nötig sind, um die strukturelle Diskriminierung benachteiligter Gruppen zu beheben. Argumentiert wird ferner, dass die Nutzung positiver Maßnahmen durch das Ziel gerechtfertigt wird, für alle Menschen in der Gesellschaft die tatsächliche und substanzielle Gleichstellung zu erreichen: Die Sonderbehandlung benachteiligter Gruppen gleiche die Ungleichbehandlung, der sie nach wie vor ausgesetzt sind, aus und trage zu ihrer Beseitigung bei.⁴⁷ Unterstützer positiver Maßnahmen machen ferner geltend, dass positive Maßnahmen – bei richtiger Anwendung – die Qualität der beruflichen Leistung oder von Arbeitnehmern in keinster Weise aushöhlen müssten.⁴⁸

Ein großer Teil dieser Debatte konzentriert sich auf die Frage der Legitimität der Nutzung „fragwürdiger“ Merkmale wie Ethnizität und Geschlecht für die Entscheidung darüber, wem positive Maßnahmen zugute kommen sollen. Auf den ersten Blick sollte der Standardansatz des Antidiskriminierungsrechts darin bestehen, dass mit der Gleichstellung das Recht verknüpft ist, dass den Einzelnen betreffende Entscheidungen ohne Bezugnahme auf bestimmte persönliche Merkmale wie Rasse, Geschlecht usw. getroffen werden. Dies wird als „Antiklassifizierungsansatz“ bezeichnet, der davon

⁴⁶ Siehe M. Abram, 'Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers' (1986) *Harvard Law Review* 1312-26

⁴⁷ Siehe z. B. R. Dworkin *A Matter of Principle* (Cambridge MA Harvard University Press 1985); G. Ezorsky, *Racism and Justice The Case for Affirmative Action* (Ithaca NY Cornell University Press 1991)

⁴⁸ H J Holzer und D Neumark 'What Does Affirmative Action Do?' (2000) 53 *Industrial and Labour Relations Review* 240-66

ausgeht, dass das Ziel des Antidiskriminierungsrechts die Unterbindung der Verwendung bestimmter Formen fragwürdiger Unterscheidungen sein sollte.⁴⁹

Unterstützer positiver Maßnahmen entgegnen auf diese Argumente jedoch, dass die Nutzung positiver Maßnahmen gerechtfertigt ist, wenn die mangelnde Teilhabe benachteiligter Gruppen an wichtigen Bereichen gesellschaftlicher Aktivitäten zur sozialen Ausgrenzung dieser Gruppen beitragen kann.⁵⁰ Dies wird zuweilen als „Antisubordinationsansatz“ bezeichnet, weil er die Nutzung positiver Maßnahmen befürwortet, wenn diese erforderlich sind, um die Subordination benachteiligter Gruppen innerhalb der Gesellschaft abzustellen. Positive Maßnahmen werden gelegentlich auch damit gerechtfertigt, dass sie für eine größere „Vielfalt“ der Gesellschaft sorgen oder „Ungerechtigkeiten der Vergangenheit“ ausgleichen. Speziell diese beiden Begründungen für positive Maßnahmen können als etwas fragwürdig bezeichnet werden. Auf „Ungerechtigkeiten der Vergangenheit“ basierende Argumente gehen möglicherweise ins Leere, wenn zwischen der Diskriminierung in der Vergangenheit und den heutigen Personen oder Gruppen, die den Anspruch geltend machen, keine Verbindung besteht.⁵¹ Generell ist vielleicht das Argument, dass positive Maßnahmen ein wirksames Mittel gegen die Benachteiligung bestimmter Gruppen sein können, das stärkste Argument, das für diese Maßnahmen spricht.⁵²

Die führende US-amerikanische Wissenschaftlerin, Elizabeth Anderson, kritisiert das Argument, dass Staaten von der Nutzung „fragwürdiger“ Merkmale absehen und strikt dem Antiklassifizierungsgrundsatz folgen müssen. Sie gelangt zu dem Schluss, dass „Schnittwunden oftmals durch eine Operation behandelt werden müssen“.⁵³ In ähnlicher Weise argumentiert ein anderer führender US-amerikanischer Wissenschaftler, Professor Owen Fiss, dass als „*affirmative action*“ bezeichnete Maßnahmen – mit denen das, was er als „kastenartige“ Muster von Benachteiligung und Subordination beschreibt, abgebaut werden soll – nicht als besondere Rechtfertigung erfordernde, diskriminierende Maßnahmen behandelt werden sollten, sondern vielmehr als besondere Unterstützungs- und Abhilfemaßnahmen.⁵⁴

Die in diesem Bereich führende britische Wissenschaftlerin, Professor Sandra Fredman, argumentiert in ähnlicher Weise, dass die Anwendung positiver Maßnahmen legitim ist und überhaupt keine Diskriminierung darstellt. Sie führt aus, dass derartige positive Maßnahmen erforderlich sein können, um strukturelle Formen der mittelbaren Diskriminierung abzubauen, und daher als *Mittel zur Beseitigung* von Diskriminierung zu verstehen sind. Sie stellt diesen Ansatz der „substanziellen Gleichstellung“ Ansätzen gegenüber, die die „formale Gleichstellung“ – das heißt, die Gleichheit der Behandlung und die Ablehnung von auf fragwürdigen Gründen basierenden Unterscheidungen – in den Mittelpunkt stellen. Ihren Ausführungen zufolge bedeutet eine zu starke Konzentration auf die Gewährleistung der „formalen Gleichstellung“ für alle, dass es bei

⁴⁹ J. Balkin und R. Siegel, ‘The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?’ (2004) 58 *U. Miami L. Rev.* 9.

⁵⁰ Siehe R. Fiss, *The Constitutional Logic of Affirmative Action* (Durham NC Duke University Press 1992)

⁵¹ ANFÜHRUNG VON US-MATERIAL – QUERVERWEISE

⁵² Siehe Elizabeth Anderson, ‘Integration, Affirmative Action and Strict Scrutiny’, 77 *N.Y.U. L. Rev.* (2002), 1195.

⁵³ Elizabeth S. Anderson, ‘Integration, Affirmative Action and Strict Scrutiny’ (2002) *NYUL Rev.* 1195, 1270.

⁵⁴ Owen M. Fiss, ‘Groups and the Equal Protection Clause’ (1976) 5 *Phil & Pub Aff.* 107, 126.

der Bekämpfung der Diskriminierung nur allzu oft darum gehen wird, formale Gleichbehandlungsgarantien zu prüfen, statt benachteiligte Gruppen zu unterstützen und zu stärken.⁵⁵

Alle diese Argumente zugunsten positiver Maßnahmen basieren auf der zentralen Vorstellung, dass positive Maßnahmen eine sinnvolle Methode darstellen, um die umfassende Gleichstellung benachteiligter Gruppen – de facto und in der Praxis – zu fördern.⁵⁶ Selbst starke Befürworter positiver Maßnahmen akzeptieren jedoch oftmals, dass die Anwendung positiver Maßnahmen objektiv gerechtfertigt sein sollte und die Maßnahmen nur für den zur Erreichung ihrer Ziele unbedingt erforderlichen Zeitraum beibehalten werden sollten. Hierfür kann es wichtige instrumentelle Gründe geben. Auch positiven Maßnahmen, mit denen eine Benachteiligung abgestellt werden soll, kann es an einer belastbaren rationalen Grundlage fehlen, oder sie können derart manipuliert werden, dass besondere Interessen oder Gruppen unterstützt bzw. andere Personen, die nicht der betreffenden benachteiligten Gruppe angehören, ihrerseits übermäßig benachteiligt werden. Es kann ein Interesse daran bestehen, keine unnötigen Spannungen zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen zu erzeugen. Alle diese Gründe zeigen, warum die Auswirkungen positiver Maßnahmen untersucht und gewisse rechtliche Kontrollen ihrer Nutzung beibehalten werden müssen.⁵⁷

6. EU-RECHT UND POSITIVE MASSNAHMEN

Die EU-Gleichbehandlungsrichtlinien gestatten gemäß der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) unter bestimmten Umständen die Anwendung positiver Maßnahmen.⁵⁸ Die Rechtssache *Kalanke*, die erste Entscheidung des EuGH zu Vorrangbehandlungen als Form positiver Maßnahmen, bezog sich auf eine Regelung des Landes Bremen, die Frauen bei der Übertragung eines Dienstpostens in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation automatisch den Vorrang vor einem männlichen Mitbewerber einräumt. Diese Regelung wurde von einem männlichen Mitbewerber vor dem Gerichtshof mit der Begründung angefochten, dass sie mit dem Verbot einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach EU-Recht unvereinbar

⁵⁵ Siehe O Fiss 'Groups and the Equal Protection Clause' in Cohen M T Nagel and T Scanlon (Hrsg.) *Equality and Preferential Treatment* (Princeton NJ Princeton University Press 1977) 85

⁵⁶ Untersuchungen in verschiedenen Kontexten im öffentlichen und privaten Sektor zeigen, dass die Konzentration auf die Einhaltung von Antidiskriminierungsnormen nur zu begrenzten Ergebnissen führt: Ohne den Einsatz positiver Maßnahmen ist es äußerst schwierig, Muster von Ungleichheit und Ausgrenzung zu durchbrechen. Siehe H. C. Jain, P. J. Sloane und F. M. Horwitz, *Employment Equity and Affirmative Action: An International Comparison* (London: M.E. Sharpe, 2003); Federal Glass Ceiling Commission, *Good for Business: Making Full Use of the Nation's Human Capital* (Washington D.C.: Printing Office, 1995).

⁵⁷ S. Fredman, 'European Community Discrimination Law: A Critique' (1992) 21(2) *I.L.J* 119, S. 130

⁵⁸ Mark Bell hat argumentiert, dass sich innerhalb des Gleichstellungsrechts und der Gleichstellungspolitik der EU ein „Patchwork von Modellen“ entwickelt hat, das aus drei Schwerpunktbereichen besteht: aus dem Standardansatz der Antidiskriminierung, aus einer neueren Ausrichtung auf substanzielle Gleichstellung sowie aus Bestrebungen in Bezug auf das Management der Vielfalt. Siehe M. Bell, 'The Right to Equality and Non-Discrimination', in T. Hervey und J. Kenner (Hrsg.) *Economic and Social Rights under the EC Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective* (Oxford: Hart Publishing, 2003), 91. Siehe auch G. More, 'Equal Treatment of the Sexes in European Community Law: What Does 'Equal' Mean?', 1 *Feminist Legal Studies* (1993), 45.

sei.⁵⁹ Artikel 2 Absatz 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie aus dem Jahr 1976 besagte: „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 (...) beeinträchtigen, entgegen.“⁶⁰ Der EuGH war jedoch der Meinung, dass diese Art von Vorrangbehandlung für weibliche Bewerber ein Abweichen von dem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts darstelle. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass die Art und Weise, in der die Regelung Frauen unter bestimmten Umständen automatisch den Vorrang gegenüber Männern einräumte, eine unmittelbare Diskriminierung von Männern aufgrund des Geschlechts darstelle. Trotz der Tatsache, dass die Regelung eine Benachteiligung von Frauen infolge ihrer Diskriminierung in der Vergangenheit beseitigen sollte, entschied der EuGH, dass die Regelung nicht in den Geltungsbereich zulässiger positiver Maßnahmen falle.

Dieses Urteil des EuGH wurde durch NRO, Wissenschaftler und manche Politiker stark kritisiert.⁶¹ In späteren Entscheidungen zeigte der EuGH jedoch größere Bereitschaft, die Anwendung positiver Maßnahmen zu akzeptieren.⁶² In der Rechtssache *Marschall*⁶³ vertrat der EuGH die Auffassung, dass die in dieser Rechtssache in Rede stehende positive Maßnahme mit dem Grundsatz der Geschlechtergleichstellung vereinbar sei. In dieser Rechtssache ging es um eine andere Regelung einer deutschen Landesregierung, die eine Vorrangbehandlung weiblicher Bewerber bei der Übertragung eines Dienstpostens vorsah, allerdings nur dann, wenn die betroffenen männlichen und weiblichen Bewerber individuell beurteilt und als gleich qualifiziert eingestuft wurden. Nach Auffassung des EuGH bedeutete das Erfordernis einer individuellen Beurteilung jedes Bewerbers, dass Frauen kein automatischer Vorrang vor Männern eingeräumt wurde, da ein Mann jederzeit die Möglichkeit hatte nachzuweisen, dass er der bessere Bewerber sei und die Beförderung verdiene. Daher entschied der Gerichtshof, dass die Regelung nicht gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichstellung verstieß.

Dieser permissivere Ansatz kam auch in der Rechtssache *Badeck* zum Tragen. Hier schrieb ein weiteres deutsches Landesgesetz diese Vorrangbehandlung für Frauen in der Anfangsphase des Einstellungsverfahrens vor der tatsächlichen Einstellungsentscheidung vor: Beispielsweise wurden für Bewerberinnen Plätze bei den

⁵⁹ Rechtssache C-450/93 *Kalanke gegen Freie Hansestadt Bremen* [1995] Slg. I-3051.

⁶⁰ Unterstützt wurde dies durch die Empfehlung 84/635/EWG, die die Mitgliedstaaten darin bestärkte, eine Politik positiver Maßnahmen anzunehmen, um ein besseres Gleichgewicht der Geschlechter im Beschäftigungsbereich zu fördern. Die Entscheidung in der Rechtssache *Grimaldi gegen Fonds de Maladies Professionnelles* [1989] Slg. 4407 bestätigte die Empfehlung als Leitfaden für die Auslegung von Art. 2 Abs. 4.

⁶¹ Die Kommission schlug eine Änderung der Gleichbehandlungsrichtlinie vor, die auf folgenden Parametern basieren sollte: „Derartige Maßnahmen können auch Vorzugsregelungen bezüglich des Zugangs zur Beschäftigung oder zum beruflichen Aufstieg zugunsten eines Mitglieds des unterrepräsentierten Geschlechts beinhalten, vorausgesetzt, dass sie die Bewertung der besonderen Umstände eines Einzelfalls nicht ausschließen.“ Diese Änderung wurde später abgelehnt. Siehe KOM(96)88 endg. und (97/C 30/19) ABl. C 30/57 vom 30. Januar 1997.

⁶² Rechtssache 450/93 *Kalanke gegen Bremen* [1995] Slg. I-3051. Eine exzellente Analyse dieses allmählichen Einstellungswandels ist zu finden in C. Tobler, ‘Positive Action under the Revised Second Equal Treatment Directive’, in AFFA und EWLA (Hrsg.) *L'égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle; Le point sur les développements actuels en Europe* (Paris: Dalloz, 2003) 59-92.

⁶³ Rechtssache C-409/95, *Helmut Marschall gegen Land Nordrhein Westfalen* [1987] Slg. I - 6363

abschließenden Vorstellungsgesprächen reserviert. Der EuGH entschied jedoch, dass diese Vorgaben keine automatische Vorrangbehandlung von Frauen gegenüber Männern darstellten, sodass diese Form einer positiven Maßnahme akzeptabel war.⁶⁴

Nach den Entscheidungen in den Rechtssachen *Marschall* und *Badeck* scheint der EuGH festgestellt zu haben, dass positive Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen der Vergangenheit zulässig sind, wenn sie zur Unterscheidung zwischen Bewerbern mit mehr oder weniger gleicher Qualifikation eingesetzt werden, sofern in jedem Fall eine Möglichkeit zur individuellen Leistungsbeurteilung gegeben und die betreffende Maßnahme verhältnismäßig ist.⁶⁵ Die Bestimmungen der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse,⁶⁶ der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie⁶⁷ und der überarbeiteten Gleichstellungsrichtlinien,⁶⁸ die alle seit dem Jahr 2000 verabschiedet wurden, gewähren den Mitgliedstaaten heute großen Spielraum hinsichtlich der Anwendung positiver Maßnahmen. Artikel 157 Absatz 4 AEUV, durch den Vertrag von Amsterdam ursprünglich eingeführt als Artikel 141 Absatz 4 EGV,⁶⁹ sieht die Anwendung positiver Maßnahmen ausdrücklich vor. Auch Artikel 23 der EU-Charta der Grundrechte erkennt die Legitimität positiver Maßnahmen an.⁷⁰ Diese Bestimmungen besagen, dass positive Maßnahmen zulässig sind, wenn sie zum Ausgleich spezifischer Benachteiligungen dienen, mit denen bestimmte Gruppen konfrontiert sind.

Der Übergang zu einer allgemeineren Anerkennung des Ansatzes der substanziellen Gleichstellung wird in den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen

⁶⁴ Rechtssache C - 158/97, *Badeck gegen Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen* [1999] Slg. I-1875.

⁶⁵ Siehe *Badeck* [2000] Slg. I-1875.

⁶⁶ Siehe Artikel 5 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft: „Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen.“

⁶⁷ Siehe Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf: „Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen wegen eines in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgrunds verhindert oder ausgeglichen werden.“

⁶⁸ Siehe Artikel 3 der Richtlinie 2006/54/EG vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen: „Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags beibehalten oder beschließen.“ Siehe auch Artikel 6 der Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

⁶⁹ Siehe Artikel 157 Absatz 4 EG-Vertrag: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“

⁷⁰ Siehe Artikel 23 Absatz 2 der Charta: „Der Grundsatz der Gleichheit steht der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen.“

*Schnorbus*⁷¹ und *Briheche* ersichtlich.⁷² In diesen Rechtssachen räumte der Gerichtshof ein, dass die Staaten bei der Entscheidung über den Einsatz besonderer Maßnahmen zur Beseitigung struktureller Benachteiligungen von Männern und Frauen großen Ermessensspielraum erhalten sollten, dass solche Ausgleichsmaßnahmen aber dennoch die allgemeinen Anforderungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung erfüllen müssen. In der Rechtssache *Lommers* entschied der EuGH, dass eine Kinderbetreuungsregelung, die Frauen Vorrang einräumte, mit dem Grundsatz der Geschlechtergleichstellung vereinbar war, da die fragliche Kinderbetreuungsregelung der Unterrepräsentation von Frauen entgegenwirken sollte.⁷³ In den Rechtssachen *Abrahamsson*⁷⁴ und *EFTA-Überwachungsbehörde gegen Norwegen*⁷⁵ bestätigte der EuGH, dass die automatische Vorranggewährung für Frauen nach wie vor einen Verstoß gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichstellung darstellt.

Diese Rechtsprechung wirft somit weiterhin gewisse Schwierigkeiten auf. Der EuGH hat noch nicht klargestellt, was genau eine automatische Vorranggewährung für Frauen darstellt. Dies bedeutet, dass die Haltung des Gerichtshofs zu positiven Maßnahmen uneindeutig und unbestimmt bleibt. Diese mangelnde Klarheit mag zuweilen die Anwendung bestimmter Formen positiver Maßnahmen in den Mitgliedstaaten verhindern, da die Regierungen möglicherweise davor zurückschrecken, eine negative Entscheidung des EuGH zu riskieren.

Manche Sachverständige haben angeregt, dass der EuGH den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Anwendung positiver Maßnahmen sogar noch mehr Ermessensspielraum geben sollte.⁷⁶ Andere Kommentatoren haben dagegen die Befürchtung geäußert, dass die Mitgliedstaaten möglicherweise versuchen werden, bestehende Maßnahmen, die durch den „Schutz“ von Frauen und anderen benachteiligten Gruppen faktisch die Geschlechterstereotypisierung lebendig erhalten, als Form von „positiven Maßnahmen“ einzustufen. In der jüngst ergangenen wichtigen Entscheidung in der Rechtssache C-104/09 *Pedro Manuel Roca Álvarez gegen Sesa Start España ETT SA*⁷⁷ vertrat der EuGH die Auffassung, dass nicht jede Maßnahme, die der Tatsache Rechnung tragen soll, dass Frauen die Hauptlast der Kinderbetreuung tragen, als positive Maßnahme eingestuft werden kann. Angreifbar können insbesondere positive Maßnahmen sein, die nur einen Teil der benachteiligten Gruppe unterstützen. Die Argumentation des Gerichtshofs ist wichtig und rechtfertigt es, dieses Urteil detailliert zu zitieren:

34. Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207 soll eine materielle und nicht nur formale Gleichheit herbeiführen, indem er in der sozialen Wirklichkeit auftretende faktische Ungleichheiten verringert und so im Einklang mit Art. 157 Abs. 4 AEUV Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn der betreffenden Personen verhindert oder ausgleicht (vgl. in diesem Sinne Urteile Kalanke, Randnr. 19,

⁷¹ Rechtssache 79/99 *Julia Schnorbus gegen Land Hessen* [2000] Slg. I-10997.

⁷² Rechtssache 319/03 *Briheche gegen Ministre de l'Intérieur*, Urteil vom 30. September 2004, [2004] Slg. I-8807.

⁷³ Rechtssache C-476/99, *Lommers* [2002] Slg. I-2891.

⁷⁴ Rechtssache C-407/98, *Abrahamsson und Andersson gegen Fogelqvist* [2000] Slg. I-5539

⁷⁵ Rechtssache E-1/02, 24. Januar 2003. Siehe die Erörterung dieser Rechtssache durch C. TOBLER, 41 *Common Market Law Review* (2004) 245-260.

⁷⁶ D. CARUSO, 'Limits of the Classic Method';

⁷⁷ [2011] 1 CMLR 28.

vom 6. Juli 2000, Abrahamsson und Anderson, C-407/98, Slg. 2000, I-5539, Randnr. 48, und vom 30. September 2004, Briheche, C-319/03, Slg. 2004, I-8807, Randnr. 25).

35. Der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Urlaub stellt sich, wie in Randnr. 21 dieses Urteils ausgeführt, als eine Erlaubnis dar, der täglichen Arbeit fern zu bleiben oder die Arbeitszeit zu verkürzen. Es ist klar, dass eine derartige Maßnahme eine Begünstigung von Frauen bewirken kann, indem sie es ihnen ermöglicht, ihren Arbeitsplatz beizubehalten und sich zugleich ihrem Kind zu widmen. Diese Wirkung wird dadurch verstärkt, dass der Vater des Kindes, falls er selbst abhängig beschäftigt ist, die Möglichkeit hat, den Urlaub anstelle der Mutter in Anspruch zu nehmen, die dank der ihrem Kind gewährten Pflege und Aufmerksamkeit keine nachteiligen Folgen für ihr Beschäftigungsverhältnis zu befürchten hätte.

36. Die Auffassung, dass Inhaber des Anspruchs auf den in Rede stehenden Urlaub allein die abhängig beschäftigte Mutter sei, während der Vater, der dieselbe Voraussetzung erfülle, diesen Anspruch lediglich wahrnehmen könne, ohne selbst Anspruchsinhaber zu sein, führt jedoch, wie die spanische Regierung vorträgt, eher zu einer Verfestigung der herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau, indem den Männern weiterhin eine im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer Elternschaft subsidiäre Rolle gegenüber den Frauen zugewiesen wird (vgl. in diesem Sinne Urteil Lommers, Randnr. 41).

37. Wie die Generalanwältin in Nr. 47 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, könnte der Umstand, dass abhängig beschäftigten Vätern der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Urlaub allein deshalb verweigert wird, weil die Mutter des Kindes nicht abhängig beschäftigt ist, zur Folge haben, dass eine Frau wie die Mutter des Kindes von Herrn Roca Álvarez, die selbständig tätig ist, gezwungen wäre, ihre berufliche Tätigkeit einzuschränken und die sich aus der Geburt ihres Kindes ergebende Belastung allein zu tragen, ohne dass der Vater des Kindes sie entlasten könnte.

38. Demzufolge ist eine Maßnahme wie die im Ausgangsverfahren fragliche weder als eine Maßnahme zur Beseitigung oder Verringerung etwaiger für Frauen in der sozialen Wirklichkeit bestehender faktischer Ungleichheiten im Sinne von Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207 noch als eine Maßnahme anzusehen, die eine materielle und nicht nur formale Gleichheit herbeiführen soll, indem sie in der sozialen Wirklichkeit auftretende faktische Ungleichheiten verringert und so im Einklang mit Art. 157 Abs. 4 AEUV Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn der betreffenden Personen verhindert oder ausgleicht.

Generell zeigt die Erfahrung der EU mit positiven Maßnahmen, dass diese ein unentbehrliches politisches Instrument für die Beseitigung von Problemen im Zusammenhang mit Benachteiligungen sind. Allerdings sind Rechtsvorschriften und konsequente Entscheidungen des Gerichtshofs erforderlich, um klarzustellen, wann

insbesondere eine Vorrangbehandlung zur Anwendung kommen kann. Außerdem scheint es besser zu sein, öffentlichen und privaten Stellen Flexibilität und einen Ermessensspielraum in Bezug auf die Anwendung positiver Maßnahmen einzuräumen. Versuche, die Anwendung solcher Maßnahmen zu regulieren, können zu Unsicherheiten und mangelnder Klarheit führen. Es kann jedoch sinnvoll sein, gewisse rechtliche Kontrollen aufrechtzuerhalten und insbesondere vorzuschreiben, dass positive Maßnahmen nachgewiesenermaßen objektiv gerechtfertigt sein müssen und nicht missbraucht oder manipuliert werden dürfen.

7. INTERNATIONALE MENSCHENRECHTSVORSCHRIFTEN

Internationale Menschenrechtsstandards scheinen die Anwendung positiver Maßnahmen, deren Einführung bisweilen erforderlich sein mag, damit das Recht auf Gleichstellung für alle Menschen greifen kann, zu gestatten. Artikel 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) besagt, dass „[a]lle Menschen (...) vor dem Gesetz gleich [sind]“ und dass die Vertragsstaaten „allen Menschen gegen jede Diskriminierung (...) gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten haben“. In seinem allgemeinen Kommentar Nr. 18 zum IPBPR führte der für die Auslegung des Paktes zuständige UN-Menschenrechtsausschuss (*Human Rights Committee*, HRC) aus, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung Diskriminierung darstellt, wenn die Kriterien für diese unterschiedliche Behandlung angemessen und objektiv sind und ihr Ziel die Erreichung eines nach dem Pakt legitimen Ziels ist.⁷⁸ In Randnummer 10 des Allgemeinen Kommentars erkannte der HRC ausdrücklich die Notwendigkeit positiver Maßnahmen an:

„Der Gleichbehandlungsgrundsatz macht es bisweilen erforderlich, dass die Vertragsparteien positive Maßnahmen ergreifen, um Bedingungen zu lindern oder zu beseitigen, die zu nach dem Pakt verbotenen Diskriminierungen führen oder beitragen. Beispielsweise sollte in einem Staat, in dem die allgemeinen Bedingungen eines bestimmten Teils der Bevölkerung die Wahrnehmung der Menschenrechte durch diesen Teil der Bevölkerung verhindern oder beeinträchtigen, der Staat spezifische Maßnahmen ergreifen, um diese Bedingungen abzustellen. Derartige Maßnahmen können in konkreten Bereichen die vorübergehende Gewährung einer gewissen Vorrangbehandlung für den betroffenen Teil der Bevölkerung im Vergleich zum Rest der Bevölkerung umfassen. Solange derartige Maßnahmen erforderlich sind, um tatsächliche Diskriminierung zu beheben, handelt es sich um einen Fall von nach dem Pakt gerechtfertigter Differenzierung.“

Dieser Allgemeine Kommentar stellt somit klar, dass positive Maßnahmen voll und ganz mit dem Recht auf Gleichbehandlung vereinbar sind und unter gewissen Umständen tatsächlich erforderlich sein können, um diesem Recht Wirkung zu verleihen.⁷⁹ Diese

⁷⁸ Allgemeiner Kommentar Nr. 18, Randnr. 13 zu Art. 28 (1994).

⁷⁹ Im Allgemeinen Kommentar Nr. 23 erkannte der HRC (in Randnr. 6.2) an, dass „positive Maßnahmen von Staaten auch nötig sein können, um die Identität einer Minderheit und die Rechte ihrer Angehörigen, ihre Kultur und Sprache zu praktizieren und zu pflegen sowie ihre Religion in Gemeinschaft mit anderen Angehörigen der Gruppe auszuüben, zu schützen.“

Logik wird auch in Artikel 4 Absatz 1 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) übernommen, der Folgendes besagt:

„Zeitweilige Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Übereinkommens, dürfen aber keinesfalls die Beibehaltung ungleicher oder gesonderter Maßstäbe zur Folge haben; diese Maßnahmen sind aufzuheben, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind.“

Dieser Artikel besagt ferner, dass „Sondermaßnahmen (...) zum Schutz der Mutterschaft (...) nicht als Diskriminierung [gelten]“. Artikel 2 Buchstabe e und Artikel 3 des CEDAW gehen noch weiter und erlegen den Vertragsstaaten umfassende positive Verpflichtungen in Bezug auf aktive Schritte zur Gewährleistung der Gleichstellung der beiden Geschlechter auf. Artikel 5 Buchstabe a des CEDAW macht mit seiner Verpflichtung der Vertragsstaaten, „einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen“, die Reichweite dieser Anforderung deutlich. Artikel 7 des CEDAW besagt, dass solche „zeitweiligen Sondermaßnahmen“ zur Gewährleistung einer ausgewogenen politischen Vertretung eingesetzt werden können.

Andere internationale Instrumente vertreten einen ähnlichen Standpunkt, darunter das UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und das UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Das ILO-Übereinkommen über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (Nr. 111) besagt, dass Sondermaßnahmen für Personen, die besonders hilfsbedürftig sind, nicht als Diskriminierung gelten. In einer Reihe politischer Dokumente der Vereinten Nationen wird eine ähnliche Auffassung vertreten, beispielsweise in der Erklärung der Vierten Weltfrauenkonferenz von Peking und der Erklärung von Kopenhagen aus dem Jahr 1995.

Als weiteres Beispiel ist zu nennen, dass die Europäische Menschenrechtskonvention nach Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die Legitimität positiver Maßnahmen anerkennt, sofern diese objektiv gerechtfertigt werden können. In der Rechtssache *Belgischer Sprachenfall* führte der EGMR aus, dass positive Maßnahmen nicht mit Artikel 14 unvereinbar sind, und stellte fest, dass bestimmte rechtliche Ungleichheiten nur darauf abzielen, tatsächliche Ungleichheiten zu korrigieren.⁸⁰ In *Thlimmenos gegen Griechenland* vertrat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Auffassung, dass es zu Diskriminierung kommen kann, wenn es Staaten „ohne objektive und angemessene Rechtfertigung versäumen, Menschen mit signifikant unterschiedlichen Situationen unterschiedlich zu behandeln“.⁸¹

⁸⁰ *Belgischer Sprachenfall* [1967] 1 EHRR 241.

⁸¹ Nr. 34369/97, 06.04.2000. Siehe auch das Urteil des EGMR in der Rechtssache *Nachova gegen Bulgarien*, Nrn. 43577/98 und 43579/98, 28.02.2004.

Somit besteht allgemeiner Konsens darüber, dass die internationalen Menschenrechtsvorschriften die Anwendung zeitweiliger und verhältnismäßiger positiver Maßnahmen gestatten und Staaten sogar in gewissem Umfang verpflichtet können, positive Maßnahmen anzuwenden.

8. FAZIT

Positive Maßnahmen sind ein sehr wichtiges Instrument im Kampf gegen Diskriminierung und Benachteiligung. Sie beinhalten die Anwendung von Sondermaßnahmen zur Unterstützung benachteiligter Gruppen bei der Überwindung der strukturellen Formen von Diskriminierung, durch die ihre Chancen auf Teilhabe in der Gesellschaft eingeschränkt werden. Unter verschiedenen Umständen können verschiedene Formen von positiven Maßnahmen zur Anwendung kommen – eine Standardformel gibt es nicht. Rechtliche Kontrollen sind wichtig, um die Anwendung positiver Maßnahmen zu regulieren und öffentliche und private Stellen in der Nutzung von Sondermaßnahmen zur Unterstützung benachteiligter Gruppen zu bestärken. Erfahrungen aus der EU, dem UK und den USA zeigen jedoch, dass zu restriktive rechtliche Kontrollen der Anwendung positiver Maßnahmen deren Wirksamkeit beeinträchtigen können. Positive Maßnahmen sollten nicht als Abweichen vom Grundsatz der Gleichbehandlung betrachtet werden. Vielmehr können sie, wenn sie nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angewandt werden, elementare Bedeutung für die Gewährleistung der substanziellen Gleichbehandlung Benachteiligter haben.