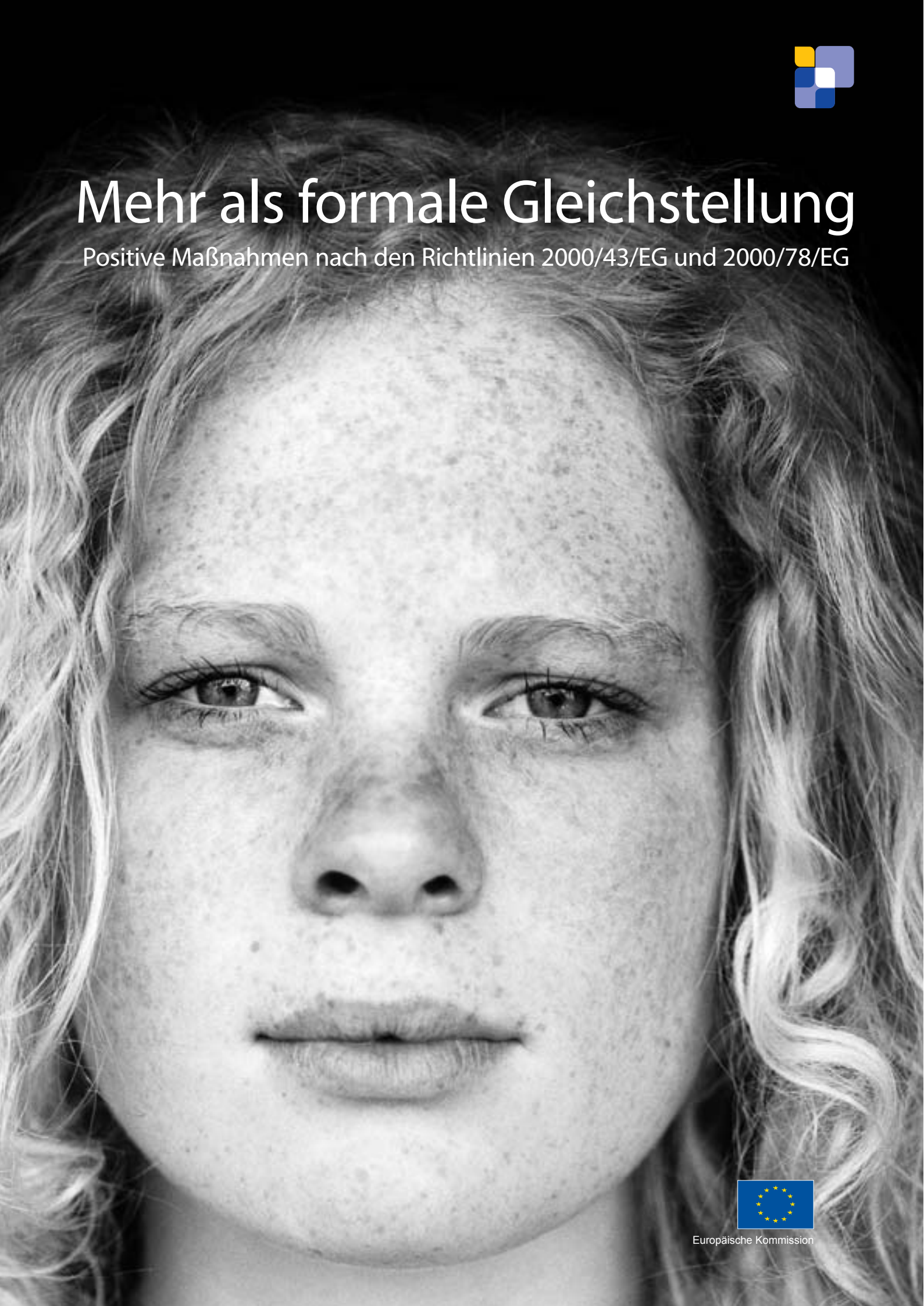




Mehr als formale Gleichstellung

Positive Maßnahmen nach den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG



Europäische Kommission

Mehr als formale Gleichstellung

Positive Maßnahmen nach den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG

Prof. Dr. Marc De Vos
Universität Gent
Mitglied der Anwaltskammer Brüssel

Europäische Kommission

Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit
Referat G.2

Manuskript abgeschlossen im Juni 2007

Dieser Bericht wurde für die Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit der Europäischen Kommission zu eigenen Zwecken erstellt und von ihr finanziert. Er gibt nicht unbedingt die offizielle Haltung der Europäischen Kommission wieder.

Der Text dieses Berichts wurde verfasst von Prof. Dr. Marc De Vos im Auftrag des **Europäischen Netzwerks von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung** (aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft, Alter, Behinderung, Religion oder Weltanschauung und sexueller Orientierung) unter der Leitung der:

human european consultancy
Hooghiemstraplein 155
3514 AZ Utrecht
Niederlande
Tel (31-30) 634 14 22
Fax (31-30) 635 21 39
office@humanconsultancy.com
www.humanconsultancy.com

The Migration Policy Group
Rue Belliard 205, Box 1
B-1040 Brüssel
Belgien
Tel (32-2) 230 59 30
Fax (32-2) 280 09 25
info@migpolgroup.com
www.migpolgroup.com

Diese Publikation wurde von der Europäischen Kommission im Rahmen des Aktionsprogramms der Europäischen Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001-2006) in Auftrag gegeben. Dieses Programm wurde eingeführt zur wirksamen Umsetzung der neuen EU-Gesetzgebung im Bereich der Antidiskriminierung. Insbesondere richtet sich das Sechsjahresprogramm an alle Akteure in der EU-25, der EFTA und den EU-Kandidatenländern, die an der Entwicklung sachdienlicher und wirksamer Rechtsvorschriften und Politikmaßnahmen zur Diskriminierungsbekämpfung mitwirken können.

Das Aktionsprogramm hat drei Hauptziele, die wie folgt lauten:

1. Förderung eines besseren Verständnisses der Diskriminierungsproblematik
2. Entwicklung der Fähigkeit, wirksam gegen Diskriminierungen vorzugehen
3. Förderung der grundlegenden Werte für die Bekämpfung von Diskriminierungen

Für weitere Informationen siehe:

http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/legln_de.htm

© Fotos und Gestaltung: Ruben Timman / www.nowords.nl

***Europe Direct soll Ihnen helfen, Antworten
auf Ihre Fragen zur Europäischen Union zu finden***

Gebührenfreie Telefonnummer (*):

00 800 6 7 8 9 10 11

(*) Einige Mobilfunkanbieter gewähren keinen Zugang zu 00 800-Nummern oder berechnen eine Gebühr.

Zahlreiche weitere Informationen zur Europäischen Union sind verfügbar über Internet, Server Europa (<http://europa.eu>).

Bibliografische Daten befinden sich am Ende der Veröffentlichung.

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2008

ISBN 978-92-79-06378-7

© Europäische Gemeinschaften, 2007

Nachdruck mit Quellenangabe gestattet.

Printed in Belgium

GEDRUCKT AUF CHLORFREI GEBLEICHTEM PAPIER

Inhaltsverzeichnis

Kurzfassung	5
Kapitel I Einführung und Struktur	7
Kapitel II Positive Maßnahmen, Gleichstellung und Diskriminierung in den EG-Rechtsvorschriften	9
2.1 Zur Gleichstellung	10
2.2 Zu positiven Maßnahmen	11
2.3 Positive Diskriminierung und begründbare Diskriminierung	12
2.4 Positive Maßnahmen und indirekte Diskriminierung	14
Kapitel III Positive Maßnahmen und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	17
3.1 Artikel 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie	18
3.2 Positive Maßnahmen und positive Diskriminierung	18
3.3 Fakultativer Charakter, objektiver Inhalt und Zweck	18
3.4 Der Weg zum Verhältnismäßigkeitstest	19
3.5 Artikel 141(4) EGV	22
3.5.1 Beobachtungen zum Text	22
3.5.2 EuGH – Urteile	23
3.6 Der gemeinschaftliche Besitzstand vor den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG	24
Kapitel IV Positive Maßnahmen und die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG	27
4.1 Allgemeine Analyse	28
4.2 Das Verhältnis zum gemeinschaftlichen Besitzstand im Gender-Bereich	29
4.3 Vorschriften für Menschen mit Behinderung	32
4.4 Positive Maßnahmen und „angemessene Vorkehrungen“	33
4.5 Positive Maßnahmen und „echte berufliche Anforderungen“	34
Kapitel V Praxis der Mitgliedstaaten im Bereich der positiven Maßnahmen	37
5.1 Selektive Übersicht über verfassungsrechtliche und gesetzliche Vorschriften	38
5.2 Beispiele für allgemeine positive Maßnahmen aus allen Mitgliedstaaten	41
5.2.1 Rasse und ethnische Herkunft einschließlich Roma und anderer nationaler Minderheiten	41
5.2.2 Behinderung	43
5.3 Religionsspezifische positive Maßnahmen in Nordirland	46
5.4 Quoten für Menschen mit Behinderung	47
Kapitel VI Internationale Menschenrechtsstandards	51
6.1 Menschenrechte, Gemeinschaftsrecht und die 2000er Richtlinien	52
6.2 Positive Maßnahmen in Europäischen Menschenrechtsvorschriften	52
6.2.1 Europäische Menschenrechtskonvention	52
6.2.2 Protokoll Nr. 12	53
6.2.3 Europäische Sozialcharta	54
6.2.4 Schlussfolgerungen	56
6.3 Positive Maßnahmen oder „zeitweilige Sondermaßnahmen“ in internationalen Menschenrechtsvorschriften	56
6.3.1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)	57
6.3.2 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR)	57
6.3.3 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)	58
6.3.4 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD)	59
6.3.5 Sonstige internationale Abkommen	60
6.3.6 Schlussfolgerungen	60
Kapitel VII Vergleichende Rechtsstandards	63
7.1 Vereinigte Staaten von Amerika	64
7.1.1 Zugang zu Hochschulen	64
7.1.2 Beschäftigung im Privatsektor	65
7.1.3 Regierungsprogramme	66
7.2 Kanada	66
7.2.1 Gesetzgebung	66
7.2.2 Rechtsprechung	67
Kapitel VIII Allgemeine Schlussfolgerungen	69
Bibliografie	73

Helen | 1989

Kurzfassung

Diese Studie konzentriert sich auf positive Maßnahmen im Rahmen der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Sie möchte die Verbindung zu den allgemeinen Gleichstellungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft und zum Besitzstand bei den positiven Maßnahmen im Gender-Bereich herstellen, indem sie auch die internationalen Menschenrechte und rechtsvergleichende Aspekte einbindet. Es werden etliche relevante Schlussfolgerungen gezogen.

Terminologische Verwirrung. Wie viele verschiedene Maßnahmen tatsächlich möglich sind, kommt in der einheitlichen Bezeichnung „positive Maßnahmen“ nicht richtig zum Ausdruck. Es besteht ein wenig hilfreicher Trend dazu, dass unter „positive Maßnahmen“ nur umstrittene oder sogar diskriminierende Vorgehensweisen verstanden werden. Für *echte und wirksame positive Maßnahmen, die mit formaler Gleichstellung und Nichtdiskriminierung nicht kollidieren*, besteht viel Raum. Insofern müssten positive Maßnahmen eigentlich nicht zwangsläufig zu einem polarisierenden und politischen Thema werden, das sie geworden sind. Dieser Bericht befasst sich insbesondere mit der Spitze des Eisbergs: mit der Frage nach den Grenzen zwischen formaler Gleichstellung, Nichtdiskriminierung und positiven Maßnahmen.

Entwicklung hin zu einer gemeinsamen Rechtsanwendungsnorm. Gemäß den EG-Rechtsvorschriften bilden positive Maßnahmen, die einer Diskriminierung gleichkommen, immer noch eine Ausnahme zum Grundsatz der formalen Gleichstellung. Trotz der geringfügigen Unterschiede in der Formulierung der jeweiligen Quellen erfolgt die Abgrenzung dieser Ausnahme zunehmend durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit ist „positive Diskriminierung“ möglicherweise dann zulässig, wenn sie einem rechtmäßigen Ziel dient und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist, wobei der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden muss. Dieser Verhältnismäßigkeitstest ist Teil des gemeinschaftlichen Besitzstands im Gender-Bereich und wurde in den Richtlinien aus dem Jahr 2000 beibehalten. Allerdings könnte der Geltungsbereich dieser Richtlinien die Grenzen von positiven Maßnahmen möglicherweise in unterschiedliche Richtungen verschieben, da die Begriffe „Rechtmäßigkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“ als Maßstäbe weit auszulegen sind.

Rechtsvorschriften gegen die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung sind eine Klasse für sich. Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG lässt *Sonderbestimmungen* für Behinderte zu, was auch formale Quoten umfassen kann. *Angemessene Vorkehrungen* für Menschen mit Behinderungen zu treffen, bedeutet, dass individualisierte positive Maßnahmen im Bereich Beschäftigung zu treffen sind, und unterscheidet sich dadurch vom ansonsten fakultativen und kollektiven Charakter der positiven Maßnahmen in den EG-Rechtsvorschriften. Zwar sehen viele Mitgliedstaaten Quotensysteme für Behinderte vor, doch wird deren praktische Auswirkung aufgrund ihrer internen Flexibilität insbesondere im Privatsektor häufig eingeschränkt.

Menschenrechte bieten mehr politische Orientierung als rechtliche Perspektiven. Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Protokoll Nr. 12 und die Europäische Sozialcharta erfordern nicht, sondern tolerieren bedingt vielmehr positive Maßnahmen bei der materiellen Anwendung von Nichtdiskriminierungsklauseln, in denen positive Maßnahmen nicht ausdrücklich erwähnt werden. Insofern ist ihr Bezugsrahmen dem der Europäischen Gemeinschaft erstaunlich ähnlich. Der Schwerpunkt der Sozialcharta auf der wirksamen Nichtdiskriminierung ergibt sich vor allem aus einem ebenfalls in den EG-Rechtsvorschriften enthaltenen Verbot der indirekten Diskriminierung. In unterschiedlicher Ausprägung sehen *internationale Menschenrechtsnormen* jedoch positive Maßnahmen in der Form von „zeitweiligen Sondermaßnahmen“ als Bestandteil des Konzepts der „tatsächlichen Gleichstellung“ vor. Daraus können sich implizit und bisweilen sogar explizit obligatorische positive Maßnahmen ergeben, die über die fakultative Norm der Gemeinschaft hinausgehen.

Unterschiedliche Gesetze für positive Maßnahmen. Der einzelstaatliche Rechtsrahmen für positive Maßnahmen kombiniert sowohl Elemente internationaler und europäischer Menschenrechtsvorschriften als auch Elemente des Rechts der Europäischen Gemeinschaft und des innerstaatlichen Rechts, häufig des Verfassungsrechts des jeweiligen Mitgliedstaats. Verstärkt wird diese juristische Komplexität noch durch die Vielfalt von Maßnahmen, die als „positive Maßnahmen“ bezeichnet werden können. Die Realität der Gleichstellung in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist ein Gemisch aus all diesen Bestandteilen und hat daher jeweils unterschiedliche Bedeutungen.

Abramo | 1985

Kapitel I. Einführung und Struktur¹

1. „Positive Maßnahmen“ sind insbesondere im Gender-Bereich seit Jahrzehnten ein problematisches Thema. In Politik und Gesellschaft hat sie Befürworter und Gegner stark polarisiert, die jeweils beide für sich beanspruchen, für eine tatsächlich gleichberechtigte Gesellschaft einzutreten. Aus juristischer Sicht war die Erfahrung der Europäischen Gemeinschaft mit positiven Maßnahmen mitunter unbeständig und immer kontrovers, insbesondere aufgrund der wenig konstanten Sichtweise des Europäischen Gerichtshofs.

Die starke Präsenz von Gleichstellungsbestimmungen durch die Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG und die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG fällt zeitlich zusammen mit einer demografischen Entwicklung in der EU hin zu multikulturellen bzw. multiethnischen Gesellschaften. Diese doppelte Entwicklung hat die Debatte beschleunigt und den Bedarf an einem klaren gesetzlichen Rahmen über positive Maßnahmen deutlich gemacht.

2. Primär beabsichtigt diese thematische Studie, die Interaktion zwischen dem Nichtdiskriminierungsgesetz der Gemeinschaft und der Zulässigkeit positiver Maßnahmen gemäß den Richtlinien aus dem Jahr 2000 zu erforschen. Daher beginnt sie mit einer Einführung in die Begriffe positive Maßnahmen, Gleichstellung und Diskriminierung in den EG-Rechtsvorschriften (Abschnitt II). Die Rolle von positiven Maßnahmen im Gender-Bereich wird dann analysiert mit dem Ziel, einen klaren Überblick über den gemeinschaftlichen Besitzstand vor der Verabschiedung der 2000er Richtlinien (Abschnitt III) zu geben. Dies dient als ein Sprungbrett für eine ausführliche Analyse der 2000er Richtlinien selbst (Abschnitt IV). Die oberste Schicht des EG-Rechts wird ergänzt durch einen selektiven Überblick über die Erfahrung der Mitgliedstaaten mit positiven Maßnahmen (Abschnitt V), dem dann die internationale Dimension der positiven Maßnahmen in Menschenrechtsinstrumenten folgt (Abschnitt VI). Ein vergleichender Blick über den Atlantik zu den amerikanischen und kanadischen Erfahrungen mit positiven Maßnahmen schließt die Studie ab (Abschnitt VII).

¹ Mein Dank gilt Sébastien Thomas (Europa-Kolleg und Partner bei Ashurst, Brüssel) und Filip Van Overmeiren (Universität Gent) für ihre vorbereitende Forschungsarbeit, Geert Goedertier und Yves Haeck für ihre Anmerkungen zum Kapitel über Menschenrechte sowie Christopher McCrudden (Universität Oxford), Lisa Waddington (Universität Maastricht), Álvaro Oliveira und Fiona Kinsman (Europäische Kommission) für ihre konstruktiven Anmerkungen beim Abschluss dieser Studie. Meinungen und Fehler habe ausschließlich ich selbst zu verantworten.

Lydia | 1987

Kapitel II

Positive Maßnahmen, Gleichstellung und Diskriminierung in den EG-Rechtsvorschriften

2.1 Zur Gleichstellung

3. Die Geschichte des Gleichstellungs- und des Nichtdiskriminierungsrechts der Europäischen Gemeinschaft ist in erster Linie die einer schrittweisen organischen Entwicklung durch eine immer umfangreicher werdende Rechtsprechung sowie abgeleitetes Recht ohne einen übergeordneten konzeptionellen Rahmen. Mehrere Jahrzehnte lang haben verschiedene Autoren versucht, dieses theoretische Vakuum zu füllen und ein geeignetes Gleichstellungsmodell zu entwickeln, und haben dabei internationale oder historische Beispiele zurate gezogen oder auf alternative Disziplinen wie z. B. Ethik, Philosophie und Soziologie zurückgegriffen. Keiner dieser ehrgeizigen Versuche hat je umfassend Erfolg gehabt. In der Tat ist ein solches Unterfangen auch unmöglich aufgrund der unübersichtlichen Vielfalt und der Dynamik des Themas sowie der andauernden gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Debatte über die Frage, worin „Gerechtigkeit“ und „Gleichstellung“ bestehen.

Stark vereinfacht gesprochen lassen sich zwei große Gleichstellungsmodelle und ihr gesetzlicher Schutz erkennen: Einerseits gibt es einen „formalen“, „liberalen“ oder „symmetrischen“ Ansatz, der auf „individueller Gerechtigkeit“ und auf dem Prinzip der eigenen Leistungen beruht. Der Schwerpunkt dieses Modells liegt auf der Gleichstellung von Personen, auf formaler Neutralität und Verfahrensgerechtigkeit. Andererseits gibt es den „substanziellen“, „asymmetrischen“ oder „Gruppengerechtigkeits“-Ansatz. Dieses Modell konzentriert sich in unterschiedlichem Ausmaß auf Gruppenmerkmale und Vor- oder Nachteile, auf die Auswirkung auf Gruppen, tatsächliche Ergebnisse, materielle Gleichstellung und das gewünschte Ergebnis. Irgendwo in der Mitte zwischen diesen beiden Extremen liegt die „Chancengleichheit“, die die beiden Elemente miteinander kombiniert ².

4. Die Rechtsvorschriften zu Gleichstellung und Nichtdiskriminierung der Europäischen Gemeinschaft können nicht eindeutig dem einen oder dem anderen Lager zugeordnet werden. Zum Teil liegt dies an der unterschiedlichen Rolle, den die Gleichstellung auf den verschiedenen Gebieten des EG-Rechts spielt (de Burca, 13 *et seq.*; McCrudden 2003, 3-6). Trotz dieser Unterschiede hat der Europäische Gerichtshof (nachfolgend: EuGH) in den letzten 40 Jahren Diskriminierung immer folgendermaßen definiert: „(...) wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird“ ³. Diese Definition gilt aus Ausdruck eines formalen, verfahrensrechtlichen Gleichstellungsbegriffs, der den wirtschaftlichen Kernprinzipien der Europäischen Union entspricht (Barnard, 333; de Burca, 24-29). Der erste Grundsatz der Definition fördert tatsächlich die formale Gleichbehandlung in vergleichbaren Situationen, unabhängig vom erzielten Ergebnis. So gesehen liegt der Schwerpunkt des Gleichstellungsrechts der EG primär auf der *formalen Gleichstellung* (Tobler, 26-28; Wentholt, 53-55). Der zweite Grundsatz der genannten Definition hinterfragt formal gleiche Regeln für unterschiedliche Gruppen und knüpft daher an einen substanzielleren Ansatz an, der auch Auswirkungen von Regeln für eine benachteiligte Gruppe berücksichtigt.

Die formale Gleichstellung hat insgesamt drei Hauptschwächen: Sie erfordert zum Beweis von Diskriminierung den Vergleich mit einer Referenzperson, sie ist vor allem passiv und statisch und garantiert kein bestimmtes Ergebnis, und sie missachtet die inhärenten kollektiven Dimensionen der Ungleichheit wie etwa die Mitgliedschaft in einer Gruppe, historisch gewachsene Ungleichheiten oder gesellschaftliche Realitäten (vgl. Barnard, 334-335; Wentholt, 56-58). Die wirkliche Gleichstellung richtet sich gegen einige dieser Schwächen: Sie erfordert keine Referenzperson,

² Für einen allgemeinen Überblick und eine allgemeine Diskussion siehe u. a., Barret G., „Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law“, in P. Eeckhout and T. Tridimas (Hg.), *Yearbook of European Law* 2003, Oxford University Press, Oxford, 2004, 117-153; Bell M. und Waddington L., „Reflecting on inequalities in European equality law“, (2003) 28 ELR 349-369; Fredman S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 1-26; Fullinwider R., *The Reverse Discrimination Controversy*, Rowan and Littlefield, 1980.

³ Siehe z. B. Italienische Republik vs. Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, C 13/63, [1963] Slg. 165; Racke vs. Hauptzollamt Mainz, C 283/83, [1984] Slg. 3791; Finanzamt Köln-Alstadt vs. Roland Schumacker, C-279/93, [1995] Slg. I-225, 259; A vs. Kommission, Rechtssache T-10/93, [1994] Slg. II-179; Milk Marque und National Farmers' Union, C-137/00, [2003] Slg. I-7975; Spanien vs. Kommission, C-304/01, [2004] Slg. I-7655.

sie konzentriert sich auf die Auswirkung und bezieht die Gruppendimensionen mit ein. Ein rein materieller Ansatz geht jedoch das Risiko ein, dass Qualität gegen Quantität eingetauscht, Trennungslinien verstärkt oder einzelne Ungleichheiten durch die Hintertür wieder einführt werden. Dass das Gemeinschaftsrecht die Unzulänglichkeiten der formalen Gleichstellung angehen konnte, ohne diese und die Individualgerechtigkeit, für die sie steht, aufzugeben, spricht für die intellektuelle Kreativität des EuGH und für die Flexibilität der EG:

- Mit dem Verbot der potenziellen Diskriminierung ist die Referenzperson noch lange nicht verschwunden.
- Mit dem Verbot von indirekter Diskriminierung und mit einer Strategie, die allgemein als „positive Maßnahmen“ bekannt war, sind die Auswirkungen und kollektiven Dimensionen mit ins Spiel gekommen.

Positive Maßnahmen werden daher mit einem substanzielleren, ergebnisbasierten Gleichstellungsbegriff in Verbindung gebracht. Da die Rechtsvorschriften der EG gleichzeitig auch die formale Gleichstellung in ihrer Hauptdefinition von Diskriminierung integrieren, ist die daraus resultierende Kombination in der Tat ein Balanceakt. Mit dieser Mischung aus Form und Substanz ist der Gleichstellungsbegriff der EG genau in der Mitte bei „Chancengleichheit“ anzusiedeln, in einer Grauzone mit nur wenig begrifflicher Strahlungskraft, in der positive Maßnahmen als ein Beitrag zur wirksamen *Chancengleichheit für Einzelne und Gruppen gleichermaßen* betrachtet wird (Barnard, 338; Strauss, 51-64; Tobler, 31-34).

Zwar ist die Unterscheidung zwischen formaler und wirklicher Gleichstellung für den Zweck dieser Studie inhaltlich wichtig und soll im Folgenden auch beibehalten werden, doch ist sie daher vor allem ein wissenschaftliches Konstrukt, das sich auf einen Teil des Gemeinschaftsrechts stützt, der sich der Schwarz-Weiß-Malerei widersetzt. Das Gemeinschaftsrecht kombiniert sowohl formale als auch substanzielle Elemente miteinander und bringt sie in ein Gleichgewicht. Dieser Bericht zieht *die juristische Linie*, die zwischen formaler Gleichstellung und Individualgerechtigkeit einerseits und wirklicher Gleichstellung und Gruppengerechtigkeit andererseits durch positive Maßnahmen ausgleicht.

2.2 Zu positiven Maßnahmen

5. Für diese Studie sind positive Maßnahmen somit *ein Prozess zur Einführung eines dynamischen, ergebnisorientierten Ansatzes, der Gruppendimensionen mit einbezieht in ein gleichermaßen statisches und individuelles Modell der formalen Gleichstellung*.

Zwar haben positive Maßnahmen alle einen gemeinsamen Nenner, aber sie sind bestrebt, die Repräsentation einer Gruppe in einem bestimmten Umfeld zu ändern, und können auf unzählige verschiedene Arten durchgeführt werden. Aufbauend auf die Klassifizierung bei McCrudden (1986, 223-225) lassen sich mehrere Kategorien zunehmender Intensität bestimmen:

- Das bewusste Untersuchen, Aufzeigen und Beseitigen jeglicher *diskriminierender oder verzerrender Praktiken*. Dies könnte als „positive Fairness“ bezeichnet werden und kann zum systematischen *Mainstreaming* führen.
- *Eine dem Anschein nach neutrale Zielgruppenpolitik*, die versucht, den Anteil der Mitglieder der unterrepräsentierten Gruppe zu erhöhen, etwa durch die Verwendung von Kriterien, die nicht offenkundig diskriminieren, z. B. mit Schwerpunkt auf einem geografischen Gebiet oder auf Arbeitslosen.
- *Beratungsangebote*, die die Mitgliedschaft in einer Gruppe nutzen und versuchen, die Eingliederung der unterrepräsentierten Gruppe durch gezielte Unterstützung (Information, Bildung und Ausbildung, Werbung, Gründung von Lobbygruppen usw.) oder durch gezielte *Sensibilisierung* zu beschleunigen. Dies könnte als „positive Mobilisierung“ bezeichnet werden.

- Eine dem Anschein nach neutrale Zielgruppenpolitik, die versucht, den Anteil der Mitglieder der unterrepräsentierten Gruppe zu erhöhen, etwa durch weiche Ziele, die nicht auf eine tatsächlich bevorzugte Behandlung zurückgreifen.
- Programme für angemessene Vorkehrungen zum Abbau von Schranken durch ein Angebot von persönlichen Vorkehrungsmaßnahmen für Mitglieder bestimmter Gruppen, was daher sowohl Gruppenüberlegungen als auch persönliche Leistungen miteinander kombiniert.
- Tatsächliche bevorzugte Behandlung durch umgekehrte Diskriminierung: das Begünstigen der Mitglieder der unterrepräsentierten Gruppe gegenüber Mitgliedern der vorherrschenden Gruppe.
- Neudefinition von „Leistung“, wenn die Zugehörigkeit zu einer Gruppe zu einer entscheidenden Qualifikation für einen Arbeitsplatz gemacht wird. Dies ist in der Tat ein eher theoretischer Vorschlag ⁴.

Unabhängig von ihrem Inhalt können der *Autor* oder der *Ursprung* positiver Maßnahmen unterschiedlich sein. Positive Maßnahmen können vom Staat oder von einer Regierungsbehörde organisiert oder unterstützt werden, sie können freiwillig von öffentlichen oder privaten Entscheidungsträgern wie etwa Unternehmen beschlossen oder von Gerichten in bestimmten Bereichen als Abhilfemaßnahmen auferlegt werden. Und auch wenn positive Maßnahmen unendliche viele verschiedene Zwecke verfolgen können, ist es wichtig, zwischen *rückwärts gewandten positiven Maßnahmen*, die versuchen, bereits verübte Diskriminierung auszugleichen, und den proaktiven, *vorausschauenden positiven Maßnahmen*, die auf eine Umverteilungsgerechtigkeit abzielen, zu unterscheiden.

6. Die oben genannte Typologie sollte in keiner Weise formalistisch interpretiert werden. Entscheidend ist, dass die unermessliche Vielfalt von „Positive-Maßnahmen“-Prozessen wertgeschätzt wird. Diese Vielfalt führt zu zwei Schlussfolgerungen, die für diesen Bericht wichtig sind.

Zunächst einmal kann festgehalten werden, dass eine *terminologische Verwirrung* herrscht. Die Vielfalt möglicher Maßnahmen kommt in der einheitlichen Bezeichnung „positive Maßnahmen“ nicht richtig zum Ausdruck. Es besteht ein wenig hilfreicher Trend dazu, dass unter „positive Maßnahmen“ nur umstrittene oder sogar diskriminierende Prozesse verstanden werden. Auch sollte man nicht einfach europäische „positive Maßnahmen“ mit der amerikanischen und kanadischen „affirmative action“ oder mit dem Menschenrechtsbegriff der „zeitweiligen Sondermaßnahmen“ gleich setzen. Diese Begriffe sind sicher weitgehend ähnlich und daher potenziell nützlich, doch haben sie alle jeweils ihren eigenen gesetzlichen und gesellschaftlichen Hintergrund.

Die zweite Schlussfolgerung ist, dass für *echte und wirksame positive Maßnahmen, die mit formaler Gleichstellung und Nichtdiskriminierung nicht kollidieren*, viel Raum besteht. Insofern müssten positive Maßnahmen eigentlich nicht zwangsläufig zu einem polarisierenden und politischen Thema werden, das sie geworden sind. Dieser Bericht befasst sich mit der Spitze des Eisbergs: mit der Frage nach den Grenzen zwischen formaler Gleichstellung, Nichtdiskriminierung und positiven Maßnahmen.

2.3 Positive Diskriminierung und begründbare Diskriminierung

7. Gemäß dem formalen Gleichstellungsansatz der EG liegt Diskriminierung vor bei einer Ungleichbehandlung in einer vergleichbaren Situation, die kausal mit einem verbotenen Diskriminierungsgrund verbunden ist. Positive Maßnahmen, die eine solche Ungleichbehandlung begründen, sind daher eine Diskriminierung und werden zu *positiver Diskriminierung*. Positive Diskriminierung wird deshalb manchmal auch als „gutartige“ oder „umgekehrte“

⁴ Dies läuft hinaus auf eine tatsächliche Vorzugsbehandlung, es sei denn, die Zugehörigkeit zu einer Gruppe ist eine wesentliche berufliche Anforderung. In diesem Fall ist eine absichtliche Einführung dieser Regel im Sinne der Gleichstellung nur theoretisch.

Diskriminierung bezeichnet, weil sie durch ihren positiven Schwerpunkt auf der wirklichen Gleichstellung gut gemacht wird oder weil sie versucht, eine historisch gewachsene Situation umzukehren.

Ein „negatives“ Motiv oder eine negative Absicht sind jedoch in einem formalen Gleichstellungsbegriff, der Neutralität fördert und daher Diskriminierung durch *objektive Vergleiche* und einen *objektiven Kausalzusammenhang* zwischen der strittigen Behandlung und dem geschützten Merkmal definiert, keine Voraussetzung für die Diskriminierung (Bayart, 281-284; Ellis 2005, 103). Ganz egal, wie „positiv“ oder „gutartig“ sie ist, Diskriminierung bleibt daher nach dem EG-Recht grundsätzlich Diskriminierung. Die Frage, die sich dann stellt, ist die, inwiefern das Gemeinschaftsrecht bereit ist, „positive“ Diskriminierung in Form von *Ausnahmen* zuzulassen.

Als Diskriminierung, die einer Begründung bedarf, hat die positive Diskriminierung eine Stellung, die anderen Formen von Diskriminierung, die gemäß EG-Recht anhand von Ausnahmen potenziell begründbar sind, ähnlich ist. Dies gilt besonders für die Begründung von Ungleichbehandlung aufgrund des Alters in Artikel 6 der Rahmenrichtlinie 2000/43/EG. Die Auslegung dieses Artikels kann, wie kürzlich im Fall *Mangold* die Grenzen der positiven Diskriminierung beleuchten, sie kann als solche diese Grenzen jedoch nicht festlegen. Positive Maßnahmen sind eine Kategorie für sich mit einem spezifischen Hintergrund und einer spezifischen Textgrundlage, die eine unabhängige genaue Analyse erfordert. Die Ergebnisse dieser Prüfung können den Auswirkungen einer anderen begründbaren Diskriminierung ähnlich sein oder auch nicht, aber sie werden immer die Auswirkungen von positiven Maßnahmen bleiben.

Ebenso würden die Grenzen von positiven Maßnahmen an sich nicht von der Möglichkeit eines allgemeinen und offenen Grundsatzes der Nichtdiskriminierung verwischt werden, was einige Kommentatoren in der Argumentation des EuGH im *Mangold*-Urteil zu erkennen glauben⁵. Die Anerkennung eines solch allgemeinen und offenen Grundsatzes wäre sicher eine ergänzende Möglichkeit für begründbare Diskriminierung als Ausnahme zum Grundsatz der formalen Gleichstellung, die potenziell in Fällen von positiven Maßnahmen dienen könnte (vgl. Punkt 62). Die Grenzen von positiven Maßnahmen als spezifisches Konzept würden dennoch eine spezifische Analyse erfordern.

8. Natürlich kann von einer Ungleichbehandlung allein noch keine begründungspflichtige positive „Diskriminierung“ abgeleitet werden. Gemäß EG-Recht setzt jede Klage, die Diskriminierung von Ungleichbehandlung ableitet, voraus, dass das mutmaßliche Opfer in einer *ausreichend vergleichbaren* Situation wie der Begünstigte ist. Für eine Diskriminierungsklage ist nach dem formalen Gleichstellungsmodell der Gemeinschaft entweder eine reale oder eine potenzielle *Referenzperson* erforderlich (Fredman 2002, 95 und 109; Barnard, 334). Es kann daher keinen Konflikt mit dem Gleichstellungsrecht geben, wenn bei einer beklagten positiven Maßnahme tatsächlich die erforderliche Referenzperson fehlt.

Dieser selbstverständliche Grundsatz wurde im *Abdoulaye*-Fall deutlich. Der EuGH wurde gefragt, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts der Zahlung einer *pauschalen Beihilfe allein an die Arbeitnehmerinnen, die den Mutterschaftsurlaub antreten*, dem jetzigen Artikel 141 EGV entgegensteht. Das Gericht hat anerkannt, dass das Verbot der Lohndiskriminierung einer solchen Zahlung nicht entgegensteht, wenn sich Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen aufgrund der mit dem Mutterschaftsurlaub verbundenen konkreten beruflichen Nachteile, die mit der Zahlung ausgeglichen werden sollen, tatsächlich nicht in der gleichen Lage befinden. Wie immer ist es Sache des nationalen Gerichts festzustellen, ob dies der Fall ist⁶. Der Fall *Abdoulaye* macht deutlich, dass auch ein formaler Gleichstellungsansatz seine materiellen Vorzüge hat.

⁵ Rechtssache C-144/04, *Mangold* [2005] Slg. I-9981, 75. Für eine Analyse siehe u. a. E. Muir, „Enhancing the effects of Community law on national employment policies: the Mangold case“, (2006) 31 E.L.Rev. 879; D. Schiek, „The ECJ Decision in *Mangold*: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Legislation“, (2006) 35 ILJ 329.

⁶ Rechtssache C-218/98 *Abdoulaye* [1999] Slg. I-5723, 16-20.

2.4 Positive Maßnahmen und indirekte Diskriminierung

9. Indirekte Diskriminierung leitet die Diskriminierung einer Person aus der (tatsächlichen oder potenziellen) faktischen Auswirkung eines umstrittenen Kriteriums, einer umstrittenen Vorschrift oder eines umstrittenen Verfahrens auf die Gruppe ab, der die Person angehört⁷. In dieser Hinsicht liegt bei positiven Maßnahmen und beim Verbot der indirekten Diskriminierung der gemeinsame Schwerpunkt eher auf der Substanz als auf der Form und eher auf der Gruppe als auf dem Einzelnen (Fredman 2002, 115; Tobler 25). Neben dieser konzeptionellen Ähnlichkeit stehen die indirekte Diskriminierung und positive Maßnahmen vor allem in zweifacher Hinsicht miteinander in Beziehung.

10. *Erstens* bringt das gemeinschaftsrechtliche Verbot der indirekten Diskriminierung *keine* pauschale Verpflichtung zu positiven Maßnahmen zur Vermeidung von unverhältnismäßigen Auswirkungen von dem Anschein nach neutralen Kriterien, Vorschriften oder Verfahren mit sich. Dies wurde vom EuGH im *Bilka*-Urteil nachdrücklich betont. Der EuGH musste sich mit der Frage befassen, ob der damalige Artikel 119 EGV über die Lohndiskriminierung (jetzt Artikel 141) den Arbeitgeber *verpflichtet*, die Auswirkung der Wahrnehmung von familiären Verpflichtungen auf weibliche Arbeitskräfte zu berücksichtigen. Das Gericht lehnte damals obligatorische positive Maßnahmen rundweg ab:

„eine Verpflichtung der (...) Art geht über den Anwendungsbereich des Artikels 119 hinaus und findet beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auch keine andere Stütze im Gemeinschaftsrecht“⁸.

Diese kategorische Ablehnung des Gerichts ist verständlich. Es gehört zum Wesen der indirekten Diskriminierung, dass die Auswirkung als solche nur zu einer Diskriminierungsvermutung führt, der dann entgegengewirkt werden kann, wenn eine objektive Begründung angeboten wird, die die Verhältnismäßigkeitskriterien erfüllt. Jede Vermutung von obligatorischen, ergebnisorientierten positiven Maßnahmen durch das Verbot von indirekter Diskriminierung geht deshalb eindeutig über den Geltungsbereich dieses Verbots hinaus.

Solange jedoch das Gemeinschaftsrecht *nicht begründbare mittelbare Diskriminierung verbietet*, verlangt es tatsächlich, dass diese Art der Diskriminierung vermieden wird. Eine begrenzte Verpflichtung zu positiven Maßnahmen ist deshalb implizit in jedem Verbot der indirekten Diskriminierung enthalten. In jedem Fall ist es klar, dass die bloße Existenz des Verbots von indirekter Diskriminierung wahrscheinlich zu mehr Sensibilisierung und daher bei Akteuren, die ein natürliches Interesse daran haben, das Risiko von mittelbarer Diskriminierung durch Auswirkungen in ihrer Organisation zu vermeiden, zu proaktiven positiven Maßnahmen führen wird. Deshalb setzen Wirtschaftswissenschaftler das Verbot der mittelbaren Diskriminierung häufig mit stillen oder impliziten Quoten gleich (Fryer und Loury, 3-4).

11. *Zweitens* stellt eine positive Maßnahme, die für die nicht geförderte Gruppe eine für die mittelbare Diskriminierung charakteristische unverhältnismäßige Auswirkung mit sich bringt, vermutlich selbst einen Fall von mittelbarer Diskriminierung dar. Damit ist man im Bereich der umgekehrten *mittelbaren* positiven Diskriminierung, deren Rechtfertigung – wie in jedem Fall von mittelbarer Diskriminierung – von der traditionellen Prüfung auf ihr rechtmäßiges Ziel und ihre Verhältnismäßigkeit hin abhängig ist.

Genau dies kann aus dem Fall *Schnorbus* gelernt werden, bei dem der EuGH eine einzelstaatliche Vorschrift beurteilen musste, die Personen, die eine Wehr- oder Ersatzdienstpflicht erfüllt haben, Vorrang beim Zugang zum öffentlichen Dienst eingeräumt hat. Das Gericht stellte rasch fest, dass diese positive Maßnahme eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellte, da Frauen nach dem geltenden nationalen Recht nicht der

⁷ Diese Ableitung funktioniert als *Diskriminierungsvermutung*, die begründet werden kann.

⁸ Rechtssache C-170/84 *Bilka* [1986] Slg. 1607.

Wehrpflicht unterliegen. Außerdem untersuchte es diese bevorzugte Behandlung etwas genauer und akzeptierte diese, betonte dabei jedoch sowohl ihre begrenzte Dauer als auch den Zweck, die Auswirkungen der Verzögerung auszugleichen, die Bewerber, die eine Wehr- oder Ersatzdienstpflicht erfüllt haben, in ihrer Ausbildung hinnehmen müssen⁹.

Ähnlich dazu erkannte der EuGH in den Fällen *Badeck* und *Abrahamsson* an, dass positive Maßnahmen durch die Filterung von Auswahlkriterien so gestaltet werden können, dass sie zwar geschlechtsneutral formuliert sind, also auch Männern zugute kommen können, im Allgemeinen jedoch Frauen begünstigen. In der endgültigen Analyse wurde die strittige positive Maßnahme abgelehnt, weil ihre Kriterien nicht eindeutig dafür zugeschnitten waren, berufliche Schwierigkeiten der geförderten Gruppe zu verhindern oder auszugleichen (siehe Punkt 17)¹⁰.

Zwar waren die Ergebnisse dieser Fälle unterschiedlich, doch zeigen sie alle die Bereitschaft des EuGH, die Absicht von Programmen der Mitgliedstaaten für positive Aktionen als eine mögliche Begründung für ihre mittelbare Diskriminierung in Erwägung zu ziehen. Aus dieser Perspektive kann der „positive“ Charakter von Diskriminierung zwar nicht ausschließen, dass sie tatsächlich als Diskriminierung gilt, doch kann sie helfen, sie zu begründen. Es ist anzumerken, dass es sich in allen drei Fällen um mittelbare Diskriminierung durch staatliche Systeme handelt.

⁹ Rechtssache C-79/00, *Schnorbus* [2000] Slg. I-10997.

¹⁰ Rechtssache C-158/97, *Badeck* [1999] Slg. I-1875; Rechtssache C-407/98, *Abrahamsson* [2000] Slg. I-5539.

Peter | 1962

Kapitel III

Positive Maßnahmen und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

3.1 Artikel 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie

12. Die erste Bestimmung in der EU-Gesetzgebung im Bereich von geschlechterbezogenen positiven Maßnahmen war Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG, in der es im ursprünglichen Wortlaut hieß:

„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*.“ (Hervorhebung durch den Autor)

3.2 Positive Maßnahmen und positive Diskriminierung

13. Schon seit seinen frühesten Urteilen hat der EuGH anerkannt, dass Artikel 2(4) potenziell nicht nur für positive Maßnahmen, die nicht auf eine die formale Gleichstellung störende bevorzugte Behandlung hinauslaufen, (siehe Punkt 5), sondern auch für offensichtlich diskriminierende Maßnahmen die Grundlage sein könnte. Im Fall *Kommission vs. Frankreich* erklärte der EuGH:

„Die in Artikel 2 Absatz 4 vorgesehene *Ausnahme* dient einem *bestimmten und begrenzten Zweck*, nämlich der Zulassung von Maßnahmen, *die zwar nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend sind*, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit *bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen*.“¹¹

In seiner späteren Rechtsprechung stand für das Gericht positive Diskriminierung nach wie vor im Gegensatz zu formaler Gleichheit, wobei es die mögliche Zulässigkeit von positiver Diskriminierung als Teil eines teilweise „*eingeschränkten Begriffs*“ der formalen Gleichheit sah. Ziel des Artikels 2(4) ist:

„eine materielle und nicht nur formale Gleichstellung herbeiführen, indem [solche Kriterien] in der sozialen Wirklichkeit auftretende faktische Ungleichheiten verringern (...).“¹²

Der EuGH hält daher voll und ganz an der formalen Gleichstellung als dem Urprinzip des EG-Diskriminierungsgesetzes fest, wobei er die umgekehrte Diskriminierung nur als Ausnahme gemäß dem Gegenbegriff der wirklichen Gleichstellung zulässt (siehe Punkt 4 und 7). Die Geschichte der Rechtsprechung entspricht der allmählichen Entdeckung der Grenzen, an die diese Ausnahme stößt.

3.3 Fakultativer Charakter, objektiver Inhalt und Zweck

14. In Artikel 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie hieß es, „*diese Richtlinie steht nicht* den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen (...) *entgegen*.“ Dies war eindeutig keine *Auferlegung* von positiven Maßnahmen, wie der EuGH im Fall *Bilka* deutlich machte. Auf die Frage, ob Artikel 119 EGV über Lohndiskriminierung (jetzt Artikel 141) den Arbeitgeber dazu *verpflichtet*, die Auswirkung von familiären Verantwortlichkeiten auf weibliche Arbeitskräfte zu berücksichtigen, wies das Gericht jeglichen Gedanken von **obligatorischen positiven Maßnahmen** im gesamten Gemeinschaftsrecht rigoros ab und erklärte:

¹¹ Rechtssache C-312/86, *Kommission vs. Frankreich* [1988] Slg. 6315, Randnr. 15 (Hervorhebung durch den Autor).

¹² Rechtssache C-407/98, *Abrahamsson* [2000] Slg. I-5539, 48; Rechtssache C-319/03, *Briheche* [2004] Slg. I-8807, 25 (Hervorhebung durch den Autor).

„eine Verpflichtung der (...) Art geht über den Anwendungsbereich des Artikels 119 hinaus und findet beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auch keine andere Stütze im Gemeinschaftsrecht“¹³.
(Hervorhebung durch den Autor)

15. Der EuGH war auch sehr sorgfältig bei der Überprüfung des objektiven **Inhalts und Zwecks** von Maßnahmen, die nach Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie als positive Maßnahmen durchgehen sollten. Im Fall *Kommission vs. Frankreich* verbot der EuGH französische Rechtsvorschriften, nach denen die Beibehaltung von Sonderrechten für Frauen in Tarifverhandlung allgemein zulässig war. Das Gericht betonte, dass nach Artikel 2(4) nur Maßnahmen zulässig sind, „die in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen“¹⁴. Ein allgemeines Beibehalten von Sonderrechten für Frauen wie in den betreffenden französischen Rechtsvorschriften ist deshalb zu breit angelegt und prinzipiell zum Scheitern verurteilt.

Der Fall *Griesmar* hat es dem EuGH ermöglicht, den objektiven Inhalt von positiven Maßnahmen zu klären. Das Gericht war aufgefordert, über eine Verbesserung beim Dienstalder zu befinden, die weiblichen Beamten bei der Berechnung ihrer Pension für jedes Kind gewährt wurde. Männlichen Beamten wurde diese Verbesserung nicht gewährt. Es hatte den Anschein, dass das Gewähren dieser Verbesserung unabhängig war vom Mutterschaftsurlaub bzw. von den Nachteilen, die weiblichen Beamten während ihres Berufslebens daraus erwachsen, dass sie in der Zeit nach der Geburt eines Kindes nicht am Arbeitsplatz anwesend sind. Er handelte sich hierbei lediglich um einen üblichen finanziellen Vorteil für die Zeit des Ruhestands und diente *objektiv nicht dazu, den beruflichen Schwierigkeiten, auf die Frauen während ihres Berufslebens stoßen, Rechnung zu tragen*. Daher konnte die daraus resultierende Benachteiligung von männlichen Arbeitskräften in einer vergleichbaren Situation, die Erziehungspflichten übernommen haben, nicht als eine positive Maßnahme begründet werden¹⁵.

Der Bedarf an positiven Maßnahmen, mit denen den beruflichen Schwierigkeiten der geförderten Gruppe objektiv Rechnung getragen werden soll, wurde noch stärker betont im Fall *Abrahamsson*, bei dem das Gericht aufgefordert war, eine schwedische Regelung zu beurteilen, die darauf abzielte, Stellen an Hochschulen für weibliche Kandidaten zulasten von männlichen Kandidaten zu fördern. Der EuGH lehnte die Regelung u. a. deshalb ab, weil die bevorzugte Behandlung von weiblichen Bewerbern nicht „auf klaren und eindeutigen Kriterien beruht[e], die geeignet sind, Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn von Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zu verhindern oder auszugleichen“¹⁶.

Wenn eine Maßnahme als „positive Maßnahme“ für Frauen in Beschäftigung und Beruf zulässig sein soll, muss sie *wenigstens objektiv auf klaren und eindeutigen Kriterien basieren, spezifischen Ungleichheiten in der beruflichen Laufbahn Rechnung tragen und Frauen helfen, ihr Berufsleben unter gleichartigen Bedingungen mit Männern zu führen*. Welche Beschränkungen das Gericht für Maßnahmen auferlegt, die dieser objektiven Norm entsprechen, bleibt abzuwarten.

3.4 Der Weg zum Verhältnismäßigkeitstest

16. Die **materiellen Grenzen** der Bestimmungen zu positiven Maßnahmen der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie wurden in mehreren Fällen erläutert. Im Fall *Kommission vs. Frankreich* entschied sich der EuGH für einen sowohl umfassenden als auch einschränkenden Ansatz, und erklärte:

¹³ Rechtssache C-170/84, *Bilka* [1986] Slg. 1607.

¹⁴ Rechtssache C-312/86, *Kommission vs. Frankreich* [1988] Slg. 6315, Randnr. 15 (Hervorhebung durch den Autor).

¹⁵ Rechtssache C-366/99, *Schnorbus* [2001] Slg. I-9383.

¹⁶ Rechtssache C-407/98, *Abrahamsson* [2000] Slg. I-5539, 49-50.

„Die in Artikel 2 Absatz 4 vorgesehene *Ausnahme* dient einem *bestimmten und begrenzten Zweck*, nämlich der Zulassung von Maßnahmen, *die zwar nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend sind*, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit *bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen*.“¹⁷

Artikel 2(4) gilt als Ausnahme zum Nichtdiskriminierungsgrundsatz, der anscheinend eine bevorzugte Behandlung von Frauen bzw. Ungleichbehandlung erlaubt. Allerdings beschränkt sich diese liberale Lesart sofort auf Maßnahmen, die „*einem bestimmten und begrenzten Zweck*“ dienen, tatsächliche Ungleichheiten zu beseitigen oder zu verringern. Wie wir gesehen haben, entspricht eine allgemeine Beibehaltung von Sonderrechten für Frauen, die das französische Recht bei Tarifverhandlungen erlaubte, dieser Norm nicht.

17. Das Urteil *Kommission vs. Frankreich* verlangte eindeutig, dass positive Maßnahmen, die auf positive Diskriminierung hinauslaufen, *eng auf das zulässige Ziel, tatsächliche Ungleichbehandlung zu beseitigen oder zu verringern, zugeschnitten sein müssen*.

Dieser Begriff wurde im Fall *Kalanke* noch weiter verfolgt und entwickelt. Damals war das Gericht mit einem deutschen Quotensystem befasst, das, wenn die Bewerber für eine bestimmte Stelle in einer Behörde in der gleichen Situation und somit gleich qualifiziert waren, automatisch Frauen bevorzugte. Eine automatische Präferenz für Frauen ist von nachweisbarer Ungleichheit losgelöst. Dieser Punkt brachte Generalanwalt Tesauro dazu, das abzulehnen, was er als umgekehrte Diskriminierung bezeichnete, die eher dazu dient, Ergebnisse zu vergleichen als Hindernisse zu beseitigen. Das Gericht folgte diesem Vorschlag. Es hielt ausdrücklich Chancengleichheit für wichtiger als Ergebnisgleichheit und betonte die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung von Artikel 2(4) als eine Abweichung vom Neutralitätsgrundsatz bei der Nichtdiskriminierung¹⁸.

Der Fall *Kalanke* war ein Beispiel für einen formalen und individualistischen Ansatz in der Nichtdiskriminierung, bei dem der Raum für positive Diskriminierung kritisch eingeschränkt wird. Nach der Argumentation des Gerichts schien eine tatsächliche Ungleichbehandlung *in diesem speziellen Fall* notwendig, damit positive Diskriminierung zulässig werden kann. Dieser Ansatz schloss die Tür für gruppenspezifische positive Diskriminierung und führte in Fachkreisen und Lobbygruppen zu einem Umdenken. In den späteren Fällen *Marschall*¹⁹ und *Badeck*²⁰ wurde dieser Ansatz jedoch, wenn auch eingeschränkt, teilweise dann wieder aufgegeben. Das Gericht erlaubte jetzt eine einzelstaatliche Regelung, nach der in Branchen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, gleich gut qualifizierte weibliche Bewerber gegenüber männlichen Bewerbern bevorzugt werden:

„denn eine solche Regelung *kann dazu beitragen, ein Gegengewicht zu den nachteiligen Auswirkungen zu schaffen*, die sich für die weiblichen Bewerber aus den oben beschriebenen Einstellungen und Verhaltensmustern ergeben, und *damit in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten zu verringern*“. (Hervorhebung durch den Autor)

Das Gericht tauscht einen rein individualistischen Ansatz ein gegen einen ausgleichenden Gruppenansatz, der *ermöglicht, dass einzelne Entscheidungen über die Zulässigkeit von positiver Diskriminierung aufgrund der Gruppenungleichheit begründet werden können*. Formal unterscheidet es seine neue Linie von der des *Kalanke*-Urteils durch den Schwerpunkt auf dem vorliegenden konditionalen Charakter der positiven Diskriminierung:

„eine Maßnahme, nach der weibliche Bewerber in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, vorrangig befördert werden sollen, [ist] mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar,

¹⁷ Rechtssache C-312/86, *Kommission vs. Frankreich* [1988] Slg. 6315, Randnr. 15 (Hervorhebung durch den Autor).

¹⁸ Rechtssache C-450/93, *Kalanke* [1995] Slg. I-3051.

¹⁹ Rechtssache C-409/95, *Marschall* [1997] Slg. I-6363.

²⁰ Rechtssache C-158/97, *Badeck* [1999] Slg. I-1875.

wenn sie weiblichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber besitzen, keinen automatischen und unbedingten Vorrang einräumt und wenn die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird ²¹.

Die Notwendigkeit einer objektiven Bewertung zum Vergleich des beabsichtigten einzelnen Begünstigten mit dem Opfer einer kollektiven positiven Maßnahme wurde vom Gericht in dem bereits erwähnten Fall *Abrahamsson* weiter ausgedehnt. Damals musste der EuGH über eine schwedische Hochschulregelung befinden, die eine Bevorzugung eines Bewerbers des unterrepräsentierten Geschlechts ermöglichte, der zwar ausreichend qualifiziert war, dessen Qualifikationen jedoch nicht so gut waren wie die von anderen Bewerbern des anderen Geschlechts. Diese fehlende gleiche Qualifikation implizierte eine stärkere Abweichung vom Prinzip der individuellen Leistung. Das Gericht wollte dies nicht akzeptieren wegen der fehlenden objektiven Kriterien, mit denen berufliche Schwierigkeiten der geförderten Gruppe verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Außerdem umfasste diese Regelung keine objektive Bewertung, die den spezifischen persönlichen Situationen aller Bewerber Rechnung trug, wodurch sie bereits von vornherein nicht zulässig war ²².

18. Formal ließe sich *Abrahamsson* von *Marschall* und *Badeck* unterscheiden wegen seiner bevorzugten Behandlung ohne objektiv zugeschnittene Kriterien für weniger qualifizierte weibliche Bewerber, genau so wie *Marschall* und *Badeck* formal von *Kalanke* unterschieden werden können wegen ihrer Verwendung einer salvatorischen Klausel, mit der die positive Diskriminierung an Bedingungen geknüpft ist. Es ist jedoch klar, dass das Gericht früher oder später seine Abwägung jedes Einzelfalls zugunsten einer umfassenderen Prüfung aufgeben müsste. Es räumte bei der Entscheidung über die *Abrahamsson*-Regelung ein, dass diese „jedenfalls zu dem verfolgten Ziel außer Verhältnis steht“, und versuchte offensichtlich einen allgemeinen Verhältnismäßigkeitstest im Fall *Lommers*. Der EuGH kehrt zu seiner ursprünglich im Fall *Kommission vs. Frankreich* vertretenen Auffassung zurück, nach der positive Diskriminierung als eine Ausnahme zum Nichtdiskriminierungsgrundsatz gesehen wird, und erklärt:

„Zu beachten bleibt (...), dass nach ständiger Rechtsprechung bei der Festlegung der Reichweite von Ausnahmen von einem Individualrecht wie dem in der Richtlinie verankerten Recht von Männern und Frauen auf Gleichbehandlung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, wonach Ausnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist, und dass der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden muss.“ ²³

Unter Anwendung dieser traditionellen Verhältnismäßigkeitslogik auf den gegebenen Sachverhalt erklärte das Gericht die Regelung für rechtsgültig, die ein Ministerium eingeführt hat, um einer erheblichen Unterrepräsentation von Frauen bei seinen Beschäftigten entgegenzuwirken, und bei der in einem Kontext, der durch das erwiesenermaßen unzureichende Angebot an angemessenen und erschwinglichen Kinderbetreuungseinrichtungen gekennzeichnet ist, die begrenzte Zahl der seinem Personal von ihm zur Verfügung gestellten subventionierten Kindertagesstättenplätze den weiblichen Beamten vorbehalten wird, während die männlichen Beamten 1. nur in Notfällen und 2. unter der Bedingung, dass sie alleinerziehend sind, zu den gleichen Bedingungen wie weibliche Beamte Zugang zu diesen Plätzen haben.

19. Wichtig ist, dass hier zur Kenntnis genommen wird, dass die ausdrückliche Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitstests bei *Lommers* nicht die Uhr für vorherige Regelungen zurückdreht. Im Gegenteil sollten die in früheren Fällen wie *Marschall* und *Badeck* entwickelten Analysen als eine Erläuterung des *Verhältnismäßigkeitstests* gesehen werden. Das Gericht wies kürzlich in seinem *Briheche*-Urteil ohne zu zögern noch einmal darauf hin

²¹ Rechtssache C-158/97, *Badeck* [1999] Slg. I-1875, Randnr. 23 (Hervorhebung durch den Autor).

²² Rechtssache C-407/98, *Abrahamsson* [2000] Slg. I-5539.

²³ Rechtssache C-476/99, *Lommers* [2002] Slg. I-2891, Randnr. 39 (Hervorhebung durch den Autor).

und lehnt auch weiterhin positive Diskriminierung, die bestimmten Kategorien von Frauen automatisch und bedingungslos den Vorrang gibt, ab ²⁴.

3.5 Artikel 141(4) EGV

3.5.1 Beobachtungen zum Text

20. Der Vertrag von Amsterdam hat die Bekämpfung von geschlechtsspezifischer Diskriminierung und die Förderung der Gleichstellung sowohl zu einem zentralen Ziel der Gemeinschaft als auch zu einer Pflicht der Mitgliedstaaten gemacht. Dieser neue aktive Gleichstellungsansatz macht sich auch in dem abgeänderten Artikel 141 über die Lohndiskriminierung bemerkbar, bei dem es jetzt im vierten Absatz heißt:

„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.“ (Hervorhebungen durch den Autor)

Artikel 141(4) ist noch die einzige EGV-Bestimmung, die ausdrücklich auf positive Maßnahmen verweist, obwohl das Geschlecht jetzt nur einer von vielen verbotenen Diskriminierungsgründen ist. In vielfältiger Art und Weise ist Artikel 141(4) durch seinen deutlichen Wortlaut potenziell dem alten Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie voraus.

21. Der Verweis auf die *„effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung“* ist eher zurückzuführen auf ein Modell der wirklichen Gleichstellung als auf ein formales Gleichstellungsmodell. Der im ursprünglichen Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie und in den Erkenntnissen bei *Kalanke* und *Marschall* ganz zentrale Begriff „Chancengleichheit“ wird nicht verwendet. Zumindest wird Chancengleichheit als notwendig zum Erreichen der „vollen Gleichstellung“ anerkannt. Unklar ist jedoch, ob positive Maßnahmen noch als eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz oder als unabhängiges Element auf dem Weg zur Verwirklichung der echten Chancengleichheit behandelt werden sollten (Barnard, 425). Die Formulierung „hindert die Mitgliedstaaten nicht daran“ lässt eher Ersteres vermuten.

Das Zulassen von *„spezifischen Vergünstigungen“* scheint neue, direkte Wege für positive Maßnahmen aufzuzeigen. Andererseits wurde dieser Ausdruck vom EuGH bereits in seinen grundlegenden Urteilen zum ursprünglichen Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie verwendet (Ellis 2005, 310). Durch das Zulassen von positiven Maßnahmen, die *„verhindern oder ausgleichen“*, kombiniert der EGV schließlich einen ausgleichenden mit einem proaktiven Ansatz, der über die in der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie gemachte Betonung der bloßen „Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten“ hinausgeht.

Während der Wortlaut von Artikel 141(4) EGV die Reichweite von positiven Maßnahmen im Vergleich zur ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie zu erweitern schien, muss jetzt abgewartet werden, wie der EuGH mit dem neuen Rahmen umgeht. Daher sollte der Ansatz des Gerichts logischerweise auch für die konsolidierte Gleichbehandlungsrichtlinie gelten, deren Bestimmung über positive Maßnahmen absichtlich geändert worden ist, um die Übereinstimmung mit dem EGV sicherzustellen ²⁵.

²⁴ Rechtssache C-319/03, *Briheche* [2004] Slg. I-8807, Randnr. 24 f.

²⁵ Artikel 3. Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

3.5.2 EuGH – Urteile

22. Bis heute hat sich der EuGH nur mit Fällen befassen müssen, die ursprünglich gemäß Artikel 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie entstanden sind. Folglich hat sich das Gericht mit der neuen Formulierung von Artikel 141(4) EGV nur indirekt und als *obiter dictum* befasst. Dadurch hat das Gericht keine klare und eindeutige Position bezogen.

Das Gericht ließ sich jedoch auch von Generalanwälten dazu anregen, Artikel 141(4) EGV zu verwenden, um die Reichweite zulässiger positiver Maßnahmen auszudehnen. Sowohl Generalanwalt Saggio im Fall *Badeck* als auch Generalanwalt Poiares Maduro im Fall *Briheche* waren der Ansicht, dass der neue Artikel 141(4) EGV mehr Ermessensspielraum zum Ergreifen von positiven Maßnahmen implizieren sollte, entweder unabhängig oder durch eine harmonisierte Lesart des Artikels 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie. Es ist sehr aufschlussreich, dass es der EuGH bis jetzt abgelehnt hat, durch Artikel 141(4) eine andere Art der genauen Prüfung einzuführen und Artikel 141(4), wenn auch oberflächlich, lediglich in eine natürliche und harmonische Entwicklung seiner Prüfung durch die ursprüngliche Gleichbehandlungsrichtlinie integriert hat.

23. Im bereits erwähnten Fall *Abrahamsson* übertrumpfte der EuGH seine Ablehnung der gemäß Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie strittigen Regelung noch mit der folgenden Anmerkung:

„[Zum anderen] gestattet Artikel 141 Absatz 4 EG den Mitgliedstaaten zwar, zur Verhinderung oder zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen, um die volle Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben zu gewährleisten, doch lässt diese Bestimmung keine Auswahlmethode zu, die jedenfalls *zu dem verfolgten Ziel außer Verhältnis* steht.“

Wie wir gesehen haben, wurde dieser Verhältnismäßigkeitstest später bei *Lommers* *ausschließlich für den Zweck des Artikels 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie bestätigt und weiterentwickelt*. Sowohl Artikel 2(4) als auch Artikel 141(4) werden deshalb durch das Prisma der Verhältnismäßigkeit betrachtet. Es gibt keinen Hinweis auf eine Vergrößerung der rechtmäßigen Reichweite für positive Maßnahmen (Waddington und Bell, 601). Das Gericht scheint beide Vorschriften für positive Maßnahmen unter dem gleichen Ansatz zusammenzufassen, ohne irgendeinen größeren Unterschied im materiellen Geltungsbereich anzuerkennen.

Diese Linie wurde bei *Briheche* fortgesetzt. In diesem Fall ging das Gericht nicht so weit, eine separate Spur des Artikels 141(4) zu verfolgen, sondern erklärte, dass es keine Maßnahmen zulassen könne, die in jedem Fall „zu dem verfolgten Ziel außer Verhältnis“ stehen. Im selben Fall wiederholt das Gericht seine traditionelle Ansicht zu positiven Maßnahmen als *begrenzte Ausnahmeregelung zur formalen Gleichstellung*²⁶. Dies ist wiederum bemerkenswert, da von einigen behauptet wurde, Artikel 141(4) EGV sei gleichbedeutend mit der Einführung eines materiellen Gleichstellungsbegriffs in den EG-Rechtsvorschriften. Offensichtlich ist das Gericht nach wie vor überzeugt und bestätigt stattdessen die Einheitlichkeit, auf die der abweichende Artikel 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie abzielt:

„(...) *im Einklang mit Artikel 141 Absatz 4 EG* Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn der betreffenden Personen verhindert oder ausgleicht“²⁷.

24. In Kürze: Zwar erkennt die derzeitige Rechtsprechung des EuGH die getrennte Koexistenz von Artikel 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie und von Artikel 141 (4) EGV sicherlich an, doch weist sie bis jetzt

²⁶ Rechtssache C-319/03, *Briheche* [2004] Slg. I-8807, Randnr. 25 und 31.

²⁷ Rechtssache C-319/03, *Briheche* [2004] Slg. I-8807, Randnr. 25.

nicht darauf hin, dass verschiedene Artikel auch unterschiedliche Maße der Prüfung implizieren, geschweige denn, dass eine Entscheidung getroffen worden wäre. Vielmehr deuten alle Hinweise auf einen einheitlichen „Verhältnismäßigkeitsansatz“ hin, der nicht spürbar von den früheren Fällen abweicht. Wenn überhaupt, dann hat die Auswirkung des Artikels 141(4) darin bestanden, das notwendige Ziel zulässiger positiver Maßnahmen insofern zu klären, als diese Maßnahmen „jedenfalls dazu beitragen müssen, den Frauen zu helfen, ihr Berufsleben gleichberechtigt im Verhältnis zu den Männern zu führen“²⁸.

3.6 Der gemeinschaftliche Besitzstand vor den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG

25. Angesichts der bereits ersichtlich gewordenen großen Vielfalt von positiven Maßnahmen muss betont werden, dass die bestehende Rechtsprechung nur einen kleinen Bruchteil des gesamten Spektrums behandelt. Das ist natürlich nicht verwunderlich, da nur die positiven Maßnahmen, die irgendwelche Formen von tatsächlicher Diskriminierung mit sich bringen, auch potenziell problematisch sind.

Zweitens ist es auch aufschlussreich für die Realität der positiven Maßnahmen in der EG, dass das Gericht bis jetzt noch keine Gelegenheit dazu gehabt hat, eine Lehrmeinung zu positiven Maßnahmen im Privatsektor zu entwickeln. Mit Ausnahme eines unbedeutenden Falls betrafen alle Fälle öffentliche Arbeitgeber²⁹, die in nahezu allen Fällen positive Maßnahmen ergriffen hatten, die in einzelstaatliche Rechtsvorschriften eingebettet waren. Nur bei *Lommers* befasste sich der EuGH mit einem Fall von positiven Maßnahmen, der innerhalb des öffentlichen Sektors entstanden ist.

26. Mit diesen Vorbehalten im Sinn kann der gemeinschaftliche Besitzstand der Rechtsprechung im Zusammenhang mit positiven Maßnahmen wie folgt zusammengefasst werden:

In erster Linie hält der EuGH an seinem restriktiven Ansatz fest, bei dem gruppenspezifische positive Maßnahmen und insbesondere die positive Diskriminierung als *Ausnahme* gelten, *die eng auf ihre Begründung zugeschnitten sein soll* (*Kommission vs. Frankreich, Abrahamsson, Briheche*).

Zweitens hat der EuGH, obwohl die gesamte derzeitige Rechtsprechung Tatbestände behandelt, die unter der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie entstanden sind, mehrmals offenkundig gezögert, den positiven Maßnahmen nach Artikel 141(4) EGV einen größeren Geltungsbereich einzuräumen. Zwar erkennt der EuGH sicherlich den unterschiedlichen Wortlaut der beiden Vorschriften an, doch hat er bislang noch auf keinen integrierten Ansatz beim *Verhältnismäßigkeitstest* hingewiesen, *der keinen nennenswerten Unterschied zu enthalten scheint* (*Abrahamsson, Lommers, Briheche*).

Der Begriff „Verhältnismäßigkeit“ umfasst traditionell drei voneinander getrennte Tests: die Prüfung der *Rechtmäßigkeit*, der *Wirksamkeit* und der *Notwendigkeit*. Die bestehende Rechtsprechung konzentriert sich auf die Rechtmäßigkeit, berührt die beiden anderen Kriterien jedoch höchstens oberflächlich.

Die Rechtmäßigkeit ist dann zulässig, wenn Maßnahmen, aus denen einzelne Fälle von positiver Diskriminierung entstehen, darauf abzielen, ein *erwiesenes Ungleichgewicht* zwischen den beiden Geschlechtern zu beseitigen. Dem EuGH scheint der Ursprung des Ungleichgewichts nicht besonders wichtig zu sein, er lässt positive Maßnahmen, um „gegen die Benachteiligung der Frauen in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch *Einstellungen, Verhaltensmuster*

²⁸ Rechtssache C-366/99, *Griesmar* [2001] Slg. I-9383, Randnr. 64.

²⁹ Der unbedeutende Fall war hier die Rechtssache C-79/99, *Schnorbus* [2000] Slg. I-10997, der als Fall von mittelbarer Diskriminierung behandelt wurde.

und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird“, großzügig zu (*Kalanke, Marschall*). Positive Maßnahmen sollten deshalb nicht zwangsläufig versuchen, frühere Fälle von Diskriminierung als solche auszugleichen. Das erforderliche Ungleichgewicht muss nicht zwangsläufig den Begünstigten der positiven Maßnahmen nachteilig beeinflusst haben.

Die Frage, wie viel *Ungleichgewicht* erforderlich ist, damit positive Diskriminierung rechtmäßig ist, wurde dem EuGH nie offen gestellt. Das Gericht hat eine Vielzahl von Ungleichgewichtsfällen behandelt, ohne jemals ihre Auswirkungen direkt beurteilen zu müssen. Es wird jedoch deutlich, dass das Ziel von positiven Maßnahmen darin bestehen sollte, *die Ursachen der geringeren Chancen beim Zugang zu Beschäftigung und beruflicher Karriere zu beseitigen und zu korrigieren* und die Möglichkeiten des unterrepräsentierten Geschlechts zu verbessern, im Arbeitsmarkt konkurrieren und gleichberechtigt eine berufliche Laufbahn aufnehmen zu können (*Kommission vs. Frankreich, Griesmar, Lommers*). Außerdem sollten solche Maßnahmen zur positiven Diskriminierung *objektiv dem festgelegten Ziel dienen und von objektiven und transparenten Kriterien abhängen* (*Kommission vs. Frankreich, Abrahamsson, Griesmar*).

Daneben sollte jede positive Diskriminierung gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit innerhalb der Grenzen bleiben, die angebracht und notwendig sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen, wobei *der Gleichbehandlungsgrundsatz mit den Anforderungen des damit verfolgten Ziels so weit wie möglich in Einklang gebracht werden solle* (*Abrahamsson, Lommers, Briheche*). Die Betonung der „Angemessenheit“ und „Notwendigkeit“ wird wahrscheinlich zu entscheidenden Diskussionen über *Wirksamkeit sowie Kosten-Nutzen-Analyse* bei positiven Maßnahmen führen, die bislang den EuGH noch nicht erreicht haben.

Zusammengefasst scheint zwar die begriffliche Bedeutung der Prüfung des Gerichts klar zu sein, doch lässt der relativ geringe Umfang an EuGH-Entscheidungen noch viel Raum für eine konkrete Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitstests. Wir wissen jedoch, dass *die Verhältnismäßigkeit bei einem Auswahlverfahren nicht erfüllt ist, wenn die bevorzugte Behandlung automatisch und bedingungslos ist* und keine objektive Bewertung aller persönlichen Umstände aller Bewerber vorgesehen ist und Geschlechtsneutralität zulässt, wenn die Umstände so verlangen (*Kalanke, Marschall, Badeck, Briheche*). Strenge Auswahlquoten sind daher grundsätzlich verdächtig, und der EuGH hat bislang nur an Bedingungen geknüpfte weiche Quoten in ansonsten gleichen Situationen zugelassen.

Sanne | 1991

Kapitel IV

Positive Maßnahmen und die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG

4.1 Allgemeine Analyse

27. Sowohl die Antirassismusrichtlinie aus dem Jahr 2000 als auch die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG enthalten eine gesonderte allgemeine Bestimmung über positive Maßnahmen. In Artikel 5 der Antirassismusrichtlinie heißt es:

„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.“
(Hervorhebung durch den Autor)

Die Rahmenrichtlinie enthält eine identische Bestimmung in ihrem Artikel 7(1):

„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.“ (Hervorhebung durch den Autor)

Kein aufmerksamer Leser kommt umhin, von dieser offenkundigen Ähnlichkeit dieser Vorschriften mit Artikel 141(4) EGV beeindruckt zu sein, der zeitlich vor den 2000er Richtlinien liegt und in dem es heißt:

„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.“ (Hervorhebungen durch den Autor)

Ob diese offenkundige Ähnlichkeit der Texte auch tatsächlich ähnliche Auslegungen impliziert, wurde in der juristischen Fachliteratur bereits mehrfach diskutiert. Der Wert der 2000er Richtlinien hat viele Autoren dazu angeregt, ihre Texte mikroskopisch genau zu erforschen.

28. Beide Richtlinien erkennen „im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen“ positive Maßnahmen an. Dies deutet auf den Zweck von positiven Maßnahmen hin, macht sie jedoch nicht obligatorisch. Im Gegenteil legen beide Richtlinien fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedstaaten „nicht daran hindert“, positive Maßnahmen zu ergreifen, was ein eindeutiger Hinweis auf den fakultativen Charakter ist, den der EuGH selbst seit *Bilka* anerkannt hat (Fredman 2002, 167; Jones, 516). Die Vorschriften zu positiven Maßnahmen *an sich* machen daher positive Maßnahmen noch nicht obligatorisch. Jegliche Verpflichtung zu positiven Maßnahmen müsste aus anderen Quellen stammen ³⁰.

Außerdem erscheint es klar, dass die ausdrückliche Genehmigung von Maßnahmen, die Gruppennachteile „verhindern oder ausgleichen“ sollen, sowohl proaktive als auch korrigierende Maßnahmen zulässt, ohne dass ein direkter Nachteil für den einzelnen Begünstigten der positiven Maßnahme notwendig ist, solange diese Maßnahmen das Ziel verfolgen, wofür die positiven Maßnahmen anerkannt sind (McInerney, 320). In diesen beiden Dimensionen bestätigen die 2000er Richtlinien den gemeinschaftlichen Besitzstand bei positiven Maßnahmen im Gender-Bereich.

³⁰ Zum Beispiel die Vorschrift über die angemessenen Vorkehrungen für Behinderte, verbindliche internationale Menschenrechtsinstrumente, ein allgemeiner Gleichheitsgrundsatz außerhalb der 2000er Richtlinien und über diese hinausgehend, oder eine einzelstaatliche Gesetzesvorschrift.

29. Der erste wirkliche Stein des Anstoßes ist der ausdrückliche Verweis auf die *Mitgliedstaaten* als Quelle positiver Maßnahmen. Solange eine positive Maßnahme tatsächlich von der Nichtdiskriminierung abweicht und daher eine *spezifische Genehmigung* im Gemeinschaftsrecht braucht, stellt sich die Frage, ob der besagte Verweis die Mitgliedstaaten auf die Beibehaltung oder das Ergreifen von Maßnahmen beschränkt, die tatsächlich vom „Staat“ als solchem ausgehen (Bayart, 272-275). Im Gender-Bereich hat der EuGH positive Diskriminierung durch einen Mitgliedstaat sowohl als Regulierungsstelle als auch als Arbeitgeber zugelassen³¹. Allerdings tat er dies im Rahmen der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie, in deren Bestimmung über positive Maßnahmen es hieß, die Richtlinie „stehe nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen“ entgegen. Im Gegensatz zu den 2000er Richtlinien enthielt die ursprüngliche Gleichbehandlungsrichtlinie daher keinen Hinweis auf positive Maßnahmen und daher auch keine mögliche Einschränkung ihres potenziellen Autors bzw. ihrer Autoren.

Die Kommission scheint positiven Maßnahmen durch Tarifverhandlungen gegenüber nicht abgeneigt zu sein³², doch kann sich dies auch auf die Rolle von Tarifvereinbarungen als Alternative zu Rechtsvorschriften bei der Umsetzung von Richtlinien beziehen. Aus teleologischer Sicht gibt es nur wenig, was nahelegt, dass die Möglichkeit für „Mitgliedstaaten, spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen [...] verhindert oder ausgeglichen werden“, auf Maßnahmen aus dem Staat selbst beschränkt sein sollte. Durch das Organisieren von positiven Maßnahmen im Privatsektor würde ein Mitgliedstaat sicherlich Nachteile verhindern oder ausgleichen und so echte Gleichstellung fördern. Jedoch bleibt abzuwarten, ob solch eine pragmatische Lesart beim EuGH auch angenommen werden wird, angesichts seiner gängigen Ansicht über positive Maßnahmen als eine eng konstruierte Ausnahme zur formalen Gleichstellung.

4.2 Das Verhältnis zum gemeinschaftlichen Besitzstand im Gender-Bereich

30. Verglichen mit der grundlegenden Frage, ob die Vorschriften über positive Maßnahmen in den 2000er Richtlinien den gegenwärtigen Geltungsbereich für positive Maßnahmen im Gender-Bereich bestätigen oder stattdessen einen separaten Rahmen für positive Maßnahmen bilden, ist die Debatte darüber, ob umgekehrte Diskriminierung das Monopol des Staates ist, relativ unbedeutend.

In einer streng wörtlichen Analyse enthalten die jeweiligen Texte Argumente, die in verschiedene Richtungen gehen. In allen drei Vorschriften sind positive Maßnahmen „zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis“ zulässig. Für einige legt die Betonung der vollen Gleichstellung in der Praxis in den 2000er Richtlinien einen großen Geltungsbereich nahe, die sowohl verfahrensrechtliche als auch ergebnisorientierte Mittel umfassen kann (Schiek 2002, 299). Es sollte jedoch daran erinnert werden, dass die neuesten Urteile im Gender-Bereich positive Maßnahmen nach wie vor als eine eng konstruierte Ausnahme zu formaler Gleichstellung sehen, ungeachtet des identischen Hinweises in den Texten auf „volle Gleichstellung in der Praxis“ (siehe Absatz 22-24). In dieser Hinsicht definiert der Verweis auf die „volle Gleichstellung in der Praxis“ lediglich die Art der positiven Maßnahmen als gleichwertig wie die formale Gleichstellung als solche, ohne sie als eine separate Regel einzuführen.

Während Artikel 141(4) EGV „spezifische Vergünstigungen“ zulässt, erlauben sowohl die Antirassismus- als auch die Rahmenrichtlinie „spezifische Maßnahmen“. Der Begriff der direkten „Vergünstigungen“ mag zweckmäßiger erscheinen und mehr unmittelbare Ergebnisse als bloße „Maßnahmen“ herbeiführen, und lässt daher einen begrenzteren Geltungsbereich für positive Maßnahmen in den 2000er Richtlinien vermuten. Desgleichen erwähnen weder die Antirassismus- noch die Rahmenrichtlinie die *Ausübung einer beruflichen Tätigkeit* als zulässiges Ziel von

³¹ Rechtssache C-476/99, *Lommers* [2002] Slg. I-2891, 39.

³² KOM(1999) 565 endg., Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, 12; vgl. Die Haltung der Kommission bei Abdoulaye, C-218/98.

positiven Maßnahmen (Waddington und Bell, 602). Andererseits scheint Artikel 141(4) mit seinem Schwerpunkt auf der Verhinderung oder dem Ausgleich von „Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn“ restriktiver zu sein, da die 2000er Richtlinien das Verhindern oder den Ausgleich für alle „Benachteiligungen wegen eines“ geschützten Merkmals zulassen.

31. Eine reine Textanalyse legt deshalb gleichzeitig eine restriktivere und eine umfassendere Reichweite für positive Maßnahmen gemäß den 2000er Richtlinien im Vergleich mit Artikel 141(4) EGV nahe (Ellis 2005, 312-313). Die Textanalyse ist jedoch nur der Anfang. Es muss daran erinnert werden, dass es in Artikel 141(4) ausschließlich um *Lohndiskriminierung* in der Beschäftigung geht. Die Antirassismusrichtlinie geht über den Lohn und über Beschäftigung hinaus zu anderen Bereichen wie z. B. Sozialschutz, Bildung und die öffentliche Lieferung von Waren und Dienstleistungen. Die Rahmenrichtlinie umfasst das gesamte Feld von Beschäftigung und Beruf. Dieser größere materielle Geltungsbereich kann einiges zur Erklärung der Unterschiede im Text bei den Vorschriften zu positiven Maßnahmen beitragen, wie z. B., dass kein ausdrücklicher Hinweis auf „berufliche Tätigkeit“ enthalten ist und die „Benachteiligungen wegen“ der geschützten Merkmale nur vage formuliert sind.

Mit anderen Worten sind die unterschiedlichen Formulierungen der jeweiligen Vorschriften über positive Maßnahmen möglicherweise auch nur eine natürliche Folge des allgemeinen Geltungsbereichs der Richtlinien und keine Erläuterung eines anderen Ansatzes bei „positiven Maßnahmen“ an sich. Die Geschichte der Formulierung der 2000er Richtlinien lässt dies sehr stark vermuten. In beiden Fällen wurde der Wortlaut der endgültigen Bestimmung über positive Maßnahmen absichtlich geändert, damit der Wortlaut von Artikel 141(4) EGV reflektiert wird ³³. In ähnlicher Weise betonte die Kommission in ihrem Vorschlag für die Rahmenrichtlinie den außergewöhnlichen Charakter von positiven Maßnahmen als eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz und verwies dabei auf die Rechtsprechung im Gender-Bereich ³⁴.

32. In der Entwicklung der Vorschriften zu positiven Maßnahmen im EG-Recht *nach* den 2000er Richtlinien wird ebenfalls deutlich, dass ein identischer Positiver-Maßnahmen-Begriff angestrebt wird. In der Richtlinie, 2002/73/EG zur Änderung der Gleichbehandlungsrichtlinie wurde der alte Artikel 2(4) gestrichen und durch einen Verweis auf die Vorschriften über positive Maßnahmen im EG-Vertrag ersetzt. In einem neuen Artikel 2(8), jetzt Artikel 3 der Neufassung der Richtlinie, heißt es: „Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 EG-Vertrag beibehalten oder beschließen.“ Die Richtlinie dehnt daher einfach Artikel 141(4) EGV über seinen ursprünglichen Geltungsbereich hinaus aus. Interessanterweise hat die Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag nicht vorgeschlagen, dass der Verweis auf Artikel 141(4) die positiven Maßnahmen der Richtlinie über ihre ursprüngliche Reichweite hinaus ausdehnen sollte. Sie gab lediglich einen Überblick über die Grenzen der positiven Maßnahmen in der Rechtsprechung zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ³⁵.

Dieser übergreifende Ansatz wurde in den neuesten Rechtsvorschriften zum Thema Diskriminierung aufgrund des Geschlechts fortgesetzt und noch verstärkt. Aus den vorbereitenden Dokumenten zur Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie wird deutlich, dass die Kommission bei Gleichstellung und positiven Maßnahmen einen einheitlichen Ansatz verfolgen möchte. Die Kommission verweist lediglich auf die Notwendigkeit von identischen Ansätzen in verschiedenen EG-Nichtdiskriminierungsvorschriften:

³³ Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, A5-0136/2000, Brüssel, 16. Mai 2000; Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, A5-0264/2000, Brüssel, 21. September 2000.

³⁴ KOM(1999) 565 endg.

³⁵ KOM(2000) 334 endg.

„Rechtsvorschriften zur Sicherstellung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, die nach Artikel 141 EG-Vertrag verabschiedet werden, sollten *für alle abgedeckten Bereiche dieselben Konzepte verwenden, wie sie in den jüngst verabschiedeten Vorschriften* – z. B. Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG – *sowie in vergleichbaren Vorschriften nach Artikel 13 EG zur Bekämpfung anderer Formen der Diskriminierung als auf der Grundlage des Geschlechts, verwendet werden, insoweit die letztgenannte ebenfalls den Bereich Beschäftigung betrifft*, um so die rechtliche und politische Kohärenz zwischen Rechtsvorschriften sicherzustellen, die ähnliche Ziele verfolgen.“³⁶ (Hervorhebungen durch den Autor)

33. Insgesamt weisen sowohl die Vorbereitung der 2000er Richtlinien als auch die allgemeine Entwicklung des EG-Gleichstellungsgesetzes auf ein einheitliches Verständnis von positiven Maßnahmen durch das Prisma von Artikel 141(4) EGV hin. Angesichts der offensichtlichen Ähnlichkeiten in der Formulierung, abgesehen von einigen Details, ist es daher sehr wahrscheinlich, dass der gemeinschaftliche Besitzstand bei den positiven Maßnahmen im Gender-Bereich die Auslegung der Vorschriften über positive Maßnahmen in der Antirassismus- und der Rahmenrichtlinie prägen wird (Bennet, 230; Schiek 2000, 270; Skidmore, 131; Waddington und Bell, 602).

Der Stand der Rechtsvorschriften, der die Reichweite von positiven Maßnahmen im Gender-Bereich bestimmt, kann und sollte daher als Ausgangspunkt dienen für die Interpretation von Vorschriften zu positiven Maßnahmen in der Antirassismus- und der Rahmenrichtlinie. Die Grundsätze im Gender-Bereich, die hier bereits analysiert und zusammengefasst worden sind, spielen auch im Rahmen dieser 2000er Richtlinien eine Rolle (siehe Punkt 26):

- Positive Maßnahmen, die einer *Diskriminierung* gleichkommen, sind eine Ausnahme, die eng auf ihre Begründung zugeschnitten sein müssen.
- Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollte jede positive Diskriminierung einem rechtmäßigen Ziel dienen und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist, *wobei der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen des angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden muss*.
- Was die *Rechtmäßigkeit* anbelangt, rechtfertigen *Gruppenmerkmale* möglicherweise bestimmte Maßnahmen, aus denen sich einzelne Fälle von positiver Diskriminierung ergeben, wenn sie das richtige Ziel haben, das die Anforderung des *individuellen Schadens* überflüssig macht.
- Positive Diskriminierungsmaßnahmen sollten *objektiv dem festgelegten Ziel dienen und von objektiven und transparenten Kriterien abhängen*.
- *In einem Auswahlverfahren ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht erfüllt*, wenn die bevorzugte Behandlung automatisch und bedingungslos erfolgt, und keine objektive Bewertung aller persönlichen Umstände aller Bewerber erfolgt. Automatische Quoten sind daher nicht zulässig.

34. Jedoch bedeutet *Ausgangspunkt* nicht zwangsläufig auch *Zielpunkt*. Was bleibt, ist ein Unterschied im *Gesamtgeltungsbereich* der 2000er Richtlinien verglichen mit einem Artikel 141(4), der auf die Themen Gender und Lohndiskriminierung in der Beschäftigung begrenzt ist. Dass diese erweiterte Reichweite schließlich in die Rechtsprechung eingehen und die Anwendung der oben genannten Grundsätze ändern wird, ist logisch und daher wahrscheinlich.

Zum Beispiel beschränkt sich nach Artikel 141(4) *das Ziel von positiven Maßnahmen* auf die Beseitigung und Korrektur der Ursachen von geringeren Chancen beim Zugang zu Beschäftigung und Karriere und zur Verbesserung der Möglichkeiten des unterrepräsentierten Geschlechts, im Arbeitsmarkt konkurrieren zu können und ihr Berufsleben gleichberechtigt zu verfolgen, und somit ein nachweisliches Ungleichgewicht zwischen den Geschlechtern

³⁶ KOM(2004) 279 endg.

auszugleichen (siehe Punkte 15, 24 und 26). In Fällen, wo die 2000er Richtlinien positive Maßnahmen jenseits des Bereichs Beschäftigung zulassen, kann diese Beschränkung nicht einfach gelten ³⁷.

Es bleibt auch abzuwarten, ob die Zunahme der neuen geschützten Diskriminierungsgründe den EuGH dazu anregen wird, die Genauigkeit *seiner Prüfung bei positiven Maßnahmen an die jeweilige Gruppe anzupassen*. Es darf auch nicht vergessen werden, dass positive Maßnahmen in der endgültigen Analyse den absichtlichen Versuch der Berücksichtigung des „menschlichen Faktors“ für die unterrepräsentierten Interessengruppen widerspiegeln. Unterschiedliche gesellschaftliche oder historische Realitäten für unterschiedliche Gruppen können zu unterschiedlichen Normen führen. Die Rahmenrichtlinie erkennt dies ausdrücklich an, da sie eine zweite Ebene von positiven Maßnahmen für Menschen mit Behinderung zulässt (siehe Punkt 36). Implizit kann eine solche Differenzierung durch entsprechende Entscheidungen des EuGH durchscheinen.

Die Anerkennung der aufschlussreichen Rolle von Artikel 141(4) EGV muss daher die 2000er Richtlinien nicht zwangsläufig auf die bestehende Gender-Rechtsprechung beschränken. Hier besteht Raum für eine spezifische Weiterentwicklung, die dem spezifischen Geltungsbereich und dem spezifischen Charakter dieser Richtlinien Rechnung trägt. Schließlich ist eine „Verhältnismäßigkeits- und Rechtmäßigkeitsprüfung“ ein flexibles Instrument und ist eigentlich auch auf alle Verhältnisse anwendbar. Außerdem sind die Grenzen der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischen positiven Maßnahmen noch größtenteils unbestimmt (siehe Punkt 26). Zur Bestimmung, zu wie viel Flexibilität der EuGH bereit ist, ist noch weitere Rechtsprechung erforderlich.

4.3 Vorschriften für Menschen mit Behinderung

35. Artikel 7 der Rahmenrichtlinie enthält neben seiner Standardklausel zu positiven Maßnahmen auch eine Klausel, die sich ausdrücklich an Menschen mit Behinderung wendet:

„Im Falle von Menschen mit Behinderung steht der Gleichbehandlungsgrundsatz weder dem Recht der Mitgliedstaaten entgegen, *Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz* beizubehalten oder zu erlassen, noch steht er *Maßnahmen* entgegen, *mit denen Bestimmungen oder Vorkehrungen eingeführt oder beibehalten werden sollen, die einer Eingliederung von Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern*.“ [Artikel 7(2)]

Die Entstehungsgeschichte dieser Klausel ist nicht ganz klar. Sie tauchte in der letzten Phase vor der Verabschiedung der Richtlinie auf, scheinbar auf Antrag der niederländischen Regierung, der das Schicksal ihrer nationalen Vorschriften zum Schutz und zur Förderung der Beschäftigung von Behinderten am Herzen lag ³⁸. In Ermangelung einer klaren Anweisung aus der Vorbereitungsphase führt eine Textanalyse der genannten Bestimmung zu zwei weiteren Ausnahmen zum Gleichbehandlungsgrundsatz, zusätzlich zur bereits erörterten allgemeinen Vorschrift zu positiven Maßnahmen.

36. *Erstens* haben die Mitgliedstaaten das Recht „*Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz* für Menschen mit Behinderung beizubehalten oder zu erlassen“. Dies hat die Mitgliedstaaten vermutlich u. a. dazu ermutigt, bei der Verabschiedung von Rechtsvorschriften im Gesundheits- und Sicherheitsbereich Menschen mit Behinderung zu berücksichtigen (Waddington und Bell, 603). Jedoch könnte es sich auch nachteilig für Menschen mit Behinderung auswirken, wenn die Mitgliedstaaten Gesundheits- und Sicherheitsmaßnahmen

³⁷ Vgl. die Zulässigkeit von Diskriminierung zum Ausgleich eines religiösen Ungleichgewichts in Nordirland in Artikel 15 der Richtlinie 2000/78/EG.

³⁸ Rat der Europäischen Union, Entwurf einer Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – Politisches Einvernehmen, 12269/00, Brüssel, 11.10.2000.

beibehalten oder erlassen, die die beruflichen *Chancen von Behinderten einschränken* (Skidmore, 131). Die Situation unterscheidet sich nicht so sehr von den bereits bekannten Gesundheits- und Sicherheitsausnahmen bei der Gleichbehandlung im Zusammenhang mit Mutterschaft.

Zweitens, und dies ist für unsere Untersuchung wichtiger, schützt die Rahmenrichtlinie ausdrücklich vor dem Eindringen der Gleichbehandlung in die „*Bestimmungen oder Vorkehrungen (...), die eine Eingliederung von Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern*“. Vor allem kann angesichts der oben genannten Überlegung, die zur dieser Ausnahme geführt hat, argumentiert werden, dass diese geschützten Vorschriften auch Quoten oder andere Beschäftigungsziele umfassen, die die Mitgliedstaaten entwickeln können, um die Teilnahme von Menschen mit Behinderung am Arbeitsmarkt sicherzustellen, und die andernfalls an der strengen Prüfung, die der EuGH traditionell bei solchen Fällen von positiver Diskriminierung anwendet, ins Wanken geraten könnten (Bell und Waddington, 355). Mit anderen Worten: Artikel 7(2) soll den EuGH dazu zwingen, eine andere Genauigkeit der Prüfung walten zu lassen, wenn er über positive Maßnahmen im Bereich Behinderung befinden soll (Whittle, 319).

4.4 Positive Maßnahmen und „angemessene Vorkehrungen“

37. Artikel 5 der Rahmenrichtlinie führt eine Pflicht zum Treffen von angemessenen Vorkehrungen für Arbeitnehmer mit einer Behinderung ein:

„Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten.“

Dass EG-Rechtsvorschriften spezifische angemessene Vorkehrungen für eine Gruppe auferlegen, die vor Diskriminierung geschützt ist, ist selten, aber nicht einmalig. Die Pflicht zum Ergreifen von angemessenen Vorkehrungen wird auch eingeführt zugunsten von *schwangeren Arbeitnehmerinnen und Wöchnerinnen* (Richtlinie 92/85/EWG) und zugunsten von *jugendlichen Arbeitnehmern* (Richtlinie 94/33/EG). Über die allgemeine inhaltliche Interaktion von Antidiskriminierung und angemessenen Vorkehrungen lässt sich in der Theorie viel sagen (siehe Jolls, 642-699). Innerhalb der Grenzen der Rahmenrichtlinie ist das Verhältnis zwischen angemessenen Vorkehrungen (Artikel 5) und positiven Maßnahmen (Artikel 7) klar und auch abgesehen von der nachvollziehbaren Beschränkung der Rahmenrichtlinie auf den Bereich Behinderung und der allgemeinen personellen Reichweite von angemessenen Vorkehrungen relativ einfach.

38. Wie aus dem zitierten Wortlaut des Artikels 5 deutlich wird, werden angemessene Vorkehrungen vorgeschrieben, „um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten“. Obwohl sowohl die angemessenen Vorkehrungen als auch die positive Diskriminierung eine Ungleichbehandlung für den Begünstigten implizieren, geschieht dies nur bei der positiven Diskriminierung als Ausnahme zum Gleichbehandlungsgrundsatz. Nicht so sehr *Ausnahme von der formalen Gleichstellung* sondern Beispiele *für formale Gleichstellung* sind spezifische angemessene Vorkehrungen für einen Menschen mit Behinderung in der Beschäftigung, da an ihnen die formale Verpflichtung, unterschiedliche Situationen auch unterschiedlich zu behandeln, deutlich wird (siehe Punkt 4). Das Verbot der Diskriminierung von Behinderten impliziert nicht nur eine Pflicht zur Gleichbehandlung, wenn die Person mit Behinderung vergleichbar ist, auch unabhängig von ihrer Behinderung. Es impliziert auch eine Pflicht zur als angemessene Vorkehrungen kodifizierten Ungleichbehandlung,

wenn sich die Person mit Behinderung wegen ihrer Behinderung nicht vergleichen lässt, aber dennoch kompetent ist, die Tätigkeit auszuführen oder an der Ausbildung teilzunehmen.

Ebenso unterscheiden sich angemessene Vorkehrungen insofern von der umgekehrten, positiven Diskriminierung, als sie nicht dazu dienen, Menschen mit Behinderung gegenüber Nichtbehinderten zu bevorzugen. Ihr Zweck besteht nicht darin, für Menschen mit Behinderung Sondermaßnahmen bereitzustellen, sondern vielmehr die Beschränkungen für ihre Beteiligung aufzuheben, wo dies angemessen ist. Insofern kann der Arbeitgeber immer noch die Qualifikationen für eine bestimmte Stelle definieren und verlangen, dass die behinderte Person tatsächlich für diese Tätigkeit qualifiziert ist, wenn für sie angemessene Vorkehrungen getroffen werden (Brems, 45; Whittle, 311-315). Unterstrichen wird dies noch von der Tatsache, dass nur „angemessene“ Vorkehrungen erforderlich sind.

Angemessene Vorkehrungen unterscheiden sich ebenfalls von positiver Diskriminierung durch ihren Schwerpunkt, der eher auf dem *Einzelnen* als auf der *Gruppe* liegt. Angemessene Vorkehrungen sind als die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen und sollen gemäß den Bedürfnissen und Mitteln sowohl des Begünstigten als auch des Arbeitgebers gestaltet werden.

39. Zwar sind angemessene Vorkehrungen daher eindeutig nicht dasselbe wie positive Diskriminierung, doch sind sie sicherlich ein Teil der großen und vielfältigen Familie von positiven Maßnahmen, die darauf abzielen, durch Gleichstellungsrechtsvorschriften bestimmte Ergebnisse zu erzielen. Sie können als eine getrennte Form von positiven Maßnahmen betrachtet werden, die keiner umgekehrten Diskriminierung gleichkommen (siehe Punkt 5). Während positive Maßnahmen im Allgemeinen fakultativ sind und sich vor allem an die Mitgliedstaaten richten (siehe Punkte 14 und 28), sind angemessene Vorkehrungen obligatorisch und richten sich direkt an den einzelnen Arbeitgeber. Aufgrund ihres individualisierten Charakters sind sie nicht anfällig für die Probleme der zu wenig ausgeprägten oder auch übermäßigen Aufgeschlossenheit, die den klassischen positiven Maßnahmen anhaften können (Waddington und Hendriks, 409-410). Durch ihren Schwerpunkt auf persönlichen angemessenen Vorkehrungen sollen Nachteile auf persönlicher Ebene ausgeglichen werden, während traditionelle positive Maßnahmen von Gruppennachteilen, auch unabhängig von der persönlichen Position ihres Begünstigten, gesteuert werden.

4.5 Positive Maßnahmen und „echte berufliche Anforderungen“

40. Sowohl die Antirassismus- als auch die Rahmenrichtlinie ermöglichen den Mitgliedstaaten, darüber zu bestimmen, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund eines ansonsten geschützten Merkmals

„(...) keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“. [Artikel 4 Antirassismusrichtlinie; Artikel 4(1) Rahmenrichtlinie]

Artikel 4(2) der Rahmenrichtlinie erweitert diese Bestimmung auf die Religion und Weltanschauung und spezifiziert diese im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, bei der die Religion oder die Weltanschauung dieser Person eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung aufgrund des Ethos der Organisation darstellt.

41. Echte berufliche Anforderungen, die die Verwendung eines geschützten Merkmals zulassen bei etwas, was normalerweise als unmittelbare Diskriminierung gelten würde, waren im Gemeinschaftsrecht schon immer etwas anderes als Vorschriften über positive Maßnahmen. Die ursprüngliche Gleichbehandlungsrichtlinie erlaubte

es den Mitgliedstaaten, das Geschlecht zu verwenden, sofern dies eine „unabdingbare Voraussetzung“ war [Artikel 2(2)], und bot gleichzeitig eine getrennte Plattform für positive Maßnahmen [Artikel 2(4)]. Die konsolidierte Gleichbehandlungsrichtlinie behält diese Unterscheidung nach den gleichen Grundsätzen wie in den 2000er Richtlinien bei, beschränkt diese jedoch formal auf den Zugang zur Beschäftigung [Artikel 14(2)].

Die Unterscheidung zwischen echten beruflichen Anforderungen und positiven Maßnahmen im Gemeinschaftsrecht ist konzeptionell zu erklären. Echte berufliche Anforderungen erlauben die Verwendung einer ansonsten verbotenen Ungleichbehandlung, während dies andernfalls die Ausübung einer rechtmäßigen beruflichen Tätigkeit gefährden würde. Mit dem Verweis auf echte berufliche Anforderungen wird darauf abgezielt, einzelne Fälle von rein beruflicher Notwendigkeit zu lösen, wobei ein Gleichgewicht hergestellt werden soll zwischen der normalerweise erforderlichen Neutralität und der Notwendigkeit, Arbeitsanforderungen beizubehalten, die zwar nicht neutral, aber in dem speziellen Fall noch begründbar sind (vgl. Ellis 2005, 273). Positive Maßnahmen zeugen andererseits von gewissen *gesellschaftlichen Zielen* und basieren auf einem unternehmerischen *Gruppenansatz*. Sie genügen keinen spezifischen beruflichen Bedürfnissen, sondern haben ein *allgemein politisches Ziel*, Gleichbehandlungsvorschriften zu ergänzen und eine in der Praxis wirksame Gleichstellung für eine bislang unterrepräsentierte Gruppe sicherzustellen.

Diese grundlegenden begrifflichen Unterschiede schließen natürlich nicht aus, dass sich aus positiven Maßnahmen, wie bei der Verwendung von echten beruflichen Anforderungen auch, eine ansonsten verbotene Diskriminierung ergeben kann. In diesem Fall gelten beide Kategorien als echte Ausnahmeregelungen zur Nichtdiskriminierung, und beide unterliegen einer strengen Prüfung, zu der auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gehört. Wie wir jedoch gesehen haben, stellt eine solche Diskriminierung nur die äußerste Reichweite von positiven Maßnahmen dar, während die Ausnahme der echten beruflichen Anforderungen per Definition eine ansonsten unzulässige Ungleichbehandlung impliziert.

Die Ausnahme der echten beruflichen Anforderungen kann im Übrigen einer historisch benachteiligten Gruppe dienen, doch besitzt sie nicht zwangsläufig diese den positiven Maßnahmen inhärente „positive“ Dimension, die einer Diskriminierung gleichkommt. Echte berufliche Anforderungen unterstützen das Ziel der echten Gleichstellung, doch können sie auch Korrekturen zulassen, die alte Klassifizierungsmuster beibehalten.

Rachid | 1989

Kapitel V

Praxis der Mitgliedstaaten im Bereich der positiven Maßnahmen

42. Die Vorschriften der Gemeinschaft über positive Maßnahmen bieten den Mitgliedstaaten politische Entscheidungsmöglichkeiten, über die sie innerhalb der bereits diskutierten allgemeinen Grenzen vor allem nach eigenem Ermessen befinden. Was nun folgt, ist eine kurze Erhebung über die bestehenden Rechtsvorschriften und die Praxis im Bereich der positiven Maßnahmen in verschiedenen Mitgliedstaaten auf der Grundlage von vorliegenden Länderberichten nationaler Experten. Diese Erhebung ist äußerst selektiv und gibt in keinem Fall ein repräsentatives Gesamtbild ³⁹. Sie vermittelt einen Eindruck von der Vielfalt an Konzepten und von einigen der Probleme, die in den einzelstaatlichen Rechtsprechungen entstehen.

5.1 Selektive Übersicht über verfassungsrechtliche und gesetzliche Vorschriften

43. Der Rechtsrahmen für positive Maßnahmen in *Belgien* ist vom belgischen föderalen Verfassungsgericht geprüft worden. Artikel 4 des föderalen Gesetzes vom 25. Februar 2003 zur Umsetzung der Richtlinien erlaubt den Erlass oder die Beibehaltung von Maßnahmen, mit denen zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis bestimmte Nachteile verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Laut einem Urteil des föderalen Verfassungsgerichts vom 6. Oktober 2004 ⁴⁰ müssen solche Maßnahmen strengen Bedingungen entsprechen, wenn sie auf positive Diskriminierung hinauslaufen. *Erstens* muss die positive Diskriminierung eine Reaktion auf eine offensichtliche Situation der Ungleichbehandlung sein, d. h. ein Beleg, dass auch ohne eine solche Maßnahme ein eindeutiges Ungleichgewicht zwischen den beiden Gruppen bleiben wird. *Zweitens* muss der Gesetzgeber die Notwendigkeit nachgewiesen haben, dass ein solches Ungleichgewicht zu beseitigen ist. Mit anderen Worten muss positive Diskriminierung auf einem gesetzgeberischen Mandat beruhen. *Drittens* müssen die „korrigierenden Maßnahmen“ zeitweiliger Natur sein und eingestellt werden, sobald ihr Ziel erreicht worden ist. *Viertens* dürfen diese korrigierenden Maßnahmen nicht weiter reichen, als erforderlich ist.

44. In *Zypern* enthalten alle drei zur Umsetzung der 2000er Richtlinien erlassenen Gesetze Vorschriften über positive Maßnahmen. Nach diesen Vorschriften ist Ungleichbehandlung unter bestimmten Umständen zulässig, es werden allerdings keine konkreten positiven Maßnahmen vorgestellt und keine obligatorische Regelung eingeführt. 2002 hatte das Oberste Gericht von Zypern eine Reihe von Gesetzesvorschriften, die Menschen mit Behinderung und Personen, die mit den Toten und Vermissten aus dem Krieg von 1974 verwandt sind, oder Kriegsversehrte bei der Beschäftigung im öffentlichen Sektor mittels eines Quotensystems bevorzugten, für verfassungswidrig erklärt. ⁴¹ Die Argumentation des Gerichts beruhte auf einer Auslegung der Verfassung, dass eine solche Bevorzugung andere Bewerber diskriminiert, die für die Ernennung für den öffentlichen Dienst geeignet sind. Im Jahr 2005 trat ein neues Gesetz in Kraft, in dem das Quotensystem lediglich für Verwandte von Vermissten und Gefallenen sowie für Personen mit einer kriegsbedingten Behinderung wieder eingeführt wurde.

45. Nach der *finnischen* Verfassung sind positive Maßnahmen allgemein weder vorgeschrieben noch verboten. Jedoch sind positive Maßnahmen bei der Einstellung von Beamten grundsätzlich nicht zugelassen, da die Einstellungskriterien alle in der Verfassung festgelegt sind und keine positiven Maßnahmen umfassen. Gleichzeitig fordert die Verfassung jedoch alle Behörden auf, die Wahrung der Grundrechte und Freiheiten sowie der Menschenrechte zu garantieren. Dies verpflichtet Gesetzgeber und Justiz dazu, aktiv die *De-facto-Verwirklichung* von Rechten sicherzustellen.

³⁹ Für mehr Information siehe European Network of Legal Experts in Non-Discrimination, Sammlung der Information in den Länderberichten zu positiven Maßnahmen, Brüssel, Human Consultancy, 2006.

⁴⁰ Urteil Nr. 157/2004 des Belgischen Verfassungsgerichts vom 6.10.2004, siehe <http://www.arbitrage.be/public/f/2004/2004-157f.pdf>

⁴¹ Oberster Gerichtshof, Republik Zypern durch Civil Service Commission vs. Eleni Constantinou, Berufungssache Nr. 3385, 26.9.2002.

Nach dem finnischen Nichtdiskriminierungsgesetz sind spezifische Maßnahmen ausdrücklich zugelassen, die auf das Erreichen von echter Gleichstellung abzielen, um die durch Diskriminierung entstandenen Nachteile zu verhindern oder zu verringern. Positive Maßnahmen müssen ihrem Ziel angemessen sein. Das Gesetz verpflichtet alle Behörden, Schritte zu unternehmen, um Gleichstellung zu fördern, und geht somit über die in den 2000er Richtlinien festgelegten Mindestvoraussetzungen hinaus. In ihrem gesamten Handeln sollen die Behörden danach streben, Gleichstellung zweckmäßig und systematisch zu fördern und administrative und operationelle Verfahren, mit denen die Förderung der Gleichstellung bei Vorbereitungsarbeiten und Entscheidungsprozessen gewährleistet wird, zu konsolidieren. Insbesondere sollen die Behörden alle Umstände ändern, die die Verwirklichung der Gleichstellung behindern. Andererseits hat der finnische Gesetzgeber bei der Frage, welche Art von Maßnahmen in einer bestimmten Situation notwendig ist, traditionell einen großen Ermessensspielraum, insbesondere wenn mit dem Gesetzentwurf die Situation von sozial benachteiligten Gruppen oder Personen verbessert werden soll.

46. In Griechenland ist das Ergreifen von positiven Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung eine Pflicht, die die revidierte Verfassung dem Staat *vorschreibt*. Diese Bestimmung gilt als Garant des Grundsatzes der proportionalen Gleichstellung und soll die Beseitigung von tatsächlich bestehenden Ungleichheiten unterstützen. Obwohl die Rechte der Frauen das Hauptanliegen der griechischen Verfassung von 2001 waren, ist der Wortlaut sehr weit gefasst. Er schreibt eine Pflicht für den Staat vor, sich mit positiven Maßnahmen für die Beseitigung sämtlicher Arten von „Ungleichheiten“ einzusetzen. In griechischen Gerichtsurteilen wurde die Rechtmäßigkeit von legislativen oder administrativen positiven Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen in Griechenland akzeptiert und festgehalten. Der Staatsrat hat den Staat zur „affirmative action“ berechtigt, sofern diese angemessen und für einen bestimmten Zeitraum so lange erforderlich ist, bis eine bestehende Situation der Ungleichheit beseitigt ist.

47. Ungarisches nationales Recht unterscheidet weder geschützte Diskriminierungsgründe, noch beschränkt es sich bei der Gewährung von bevorzugter Behandlung auf den Bereich Beschäftigung. Gemäß Artikel 11(1) des Gleichbehandlungsgesetzes gilt eine „Maßnahme zur Beseitigung von Chancenungleichheit, die auf der objektiven Bewertung einer ausdrücklich definierten Gesellschaftsgruppe basiert, nicht als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn diese auf einem Gesetz, einem auf einem Gesetz beruhenden Regierungsbeschluss oder auf einer Tarifvereinbarung basiert, wenn sie für eine bestimmte Zeit gilt oder so lange, bis eine spezifische Bedingung erfüllt ist“ [nichtamtliche Übersetzung]. Artikel 11(2) sollte positive Maßnahmen in Einklang mit der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung bringen. Dort heißt es, dass eine Maßnahme, die auf den Ausgleich einer Benachteiligung abzielt, keine Grundrechte verletzen, nicht zu bedingungsloser Bevorzugung führen und die Berücksichtigung einzelner Umstände nicht ausschließen darf. Einige Vorschriften des innerstaatlichen Rechts lassen positive Maßnahmen *expressis verbis* zu. Da positive Maßnahmen noch eine relativ neue Institution sind, gab es hierzu jedoch noch keine einschlägigen Gerichtsurteile.

48. In den Niederlanden schreibt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz klare Bedingungen für positive Maßnahmen und Politiken vor. Die Initiative muss eine spezifische Maßnahme sein. Mit ihr sollen Frauen oder ethnischen Minderheiten angehörenden Personen eine bevorzugte Stellung eingeräumt werden. Außerdem sollte sie auf die Beseitigung bzw. Reduzierung von tatsächlich bestehenden Ungleichheiten abzielen, und die Maßnahme und das angestrebte Ziel müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Von der niederländischen Definition wird gesagt, dass sie positiven Maßnahmenprogrammen und -politiken eine geringere Reichweite einräumt, als die Richtlinien erlauben, da sie keine Maßnahmen zulässt, die neben der Beseitigung oder Verringerung auch auf die Verhinderung von Benachteiligungen abzielen.

49. In der Slowakei war die Verfassungsmäßigkeit von positiven Maßnahmen aufgrund der schwierigen Position von ethnischen Minderheiten ein heftig diskutiertes Thema. Die Verfassung der Slowakischen Republik enthält Artikel, die ausdrücklich von der Regel strenger Gleichstellung abweichen und positive Maßnahmen für Frauen, Schwangere, Jugendliche und Menschen mit Behinderung erlauben. Diese Personengruppen genießen einen

umfassenderen Gesundheitsschutz und besondere Arbeitsbedingungen. Dennoch war das Ergreifen von positiven Maßnahmen in Bezug auf andere Diskriminierungsgründe sehr umstritten. Im Jahr 2005 wandte sich die slowakische Regierung mit einer Petition an das Gericht. Dieses sollte über die Verfassungsgemäßheit einer allgemeinen Vorschrift über positive Maßnahmen für *ethnische Minderheiten* im neuen Antidiskriminierungsgesetz entscheiden. Das Verfassungsgericht entschied im Oktober 2005, dass der einschlägige Absatz des Antidiskriminierungsgesetzes gegen mehrere Verfassungsvorschriften verstieß⁴². Das geteilte Verfassungsgericht lehnte jedoch das Ergreifen von positiven Maßnahmen nicht grundsätzlich ab. Es erklärte, dass das Treffen solcher Maßnahmen eine Verfassungsgrundlage haben muss, was in der Slowakei für die ethnische Herkunft nicht der Fall war.

50. In *Slowenien* heißt es im „Gesetz über die Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes“, dass positive Maßnahmen aus von Rechtsvorschriften bestimmten zeitweiligen Maßnahmen bestehen müssen, mit denen eine weniger günstige Position für Menschen mit einem besonderen persönlichen Umstand verhindert oder eine weniger günstige Position ausgeglichen werden soll. Die slowenische Verfassung besagt außerdem ausdrücklich im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Roma, dass „der Status und die Sonderrechte der Roma in Slowenien vom Gesetz geregelt werden“. Diese Genehmigung durch die Verfassung ermöglicht es, der Roma-Gemeinschaft und ihren Mitgliedern einen besonderen (zusätzlichen) Schutz zu gewähren.

51. Der Grundsatz der „positiven Maßnahmen“ ist verankert in der *spanischen* Verfassung, die die öffentliche Hand dazu auffordert, „die Bedingungen dafür zu schaffen, dass Freiheit und Gleichheit des Einzelnen und der Gruppen, denen er angehört, real und wirksam sind“. Die erforderlichen positiven Maßnahmen sollten nur nicht als eine „rechtmäßige Ausnahme“, sondern als Garantie dafür betrachtet werden, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz auch wirksam ist. In diesem Zusammenhang hat das spanische Verfassungsgericht wiederholt die Ansicht vertreten, dass positive Maßnahmen nicht als diskriminierend gelten sollen. Vielmehr hat es das Gericht so interpretiert, dass ein Einsatz für eine richtig verstandene Gleichstellung in der Tat von Behörden Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen von bestimmten sozialen Randgruppen in der Beschäftigung erfordert. Seit Verabschiedung der spanischen Verfassung im Jahr 1978 sind positive Maßnahmen in arbeitsrechtlichen, in Bildungs- und in anderen Vorschriften enthalten und in einzelnen Rechtsvorschriften erkennbar. Im Gesetz von 2003 zur Umsetzung der Richtlinien gibt es drei Artikel, in denen positive Maßnahmen dargelegt werden. Ein Artikel bezieht sich auf den Bereich Beschäftigung und Beruf zu allen in den Richtlinien genannten Diskriminierungsgründen. In dem anderen heißt es, dass „Tarifverträge Maßnahmen einbeziehen können, die darauf abzielen, jede Form der Beschäftigungsdiskriminierung zu bekämpfen, die Chancengleichheit zu fördern und die Belästigung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung zu verhindern“. Ein dritter Artikel verweist auf die verschiedenen Bereiche der Beschäftigung und umfasst die Merkmale Rasse oder ethnische Herkunft. Im organischen Gesetz von 2007 für die wirksame Gleichstellung von Frauen und Männern heißt es: „Um die Wirksamkeit des verfassungsmäßigen Rechts auf Gleichstellung zu gewährleisten, ergreifen Behörden spezifische Maßnahmen, die Frauen begünstigen, um Situationen von tatsächlich auftretender, offensichtlicher *Ungleichheit* verglichen mit Männern zu korrigieren.“ Solche Maßnahmen, die anwendbar sind, so lange diese Situation besteht, müssen angemessen und proportional zu dem im Einzelfall zu verwirklichenden Ziel sein. (Artikel 11.1) [nichtamtliche Übersetzung]

52. Die Gesetze von 1999 zum Verbot der Diskriminierung im Arbeitsleben aufgrund der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, der sexuellen Orientierung und der Behinderung in *Schweden* sehen keine ausdrücklichen positiven Maßnahmen in Form von bevorzugter Behandlung vor. Eine ausdrückliche Bestimmung über positive Maßnahmen gibt es jedoch im nationalen schwedischen Recht für die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Das Verbot von unmittelbarer Diskriminierung kommt nicht zum Tragen, wenn die Behandlung die wirksame Gleichstellung im Berufsleben fördert. Entlohnung oder andere Beschäftigungskonditionen für eine Tätigkeit, die als gleich oder gleichwertig gelten, gehören hier nicht dazu. Das Gesetz über das Verbot der

⁴² Entscheidung des Verfassungsgerichts, PL. ÚS 8/04, siehe http://www.concourt.sk/S/s_index.htm

ethnischen Diskriminierung enthält ebenfalls Vorschriften über „aktive Maßnahmen“. Von der Perspektive des Gemeinschaftsrechts sind seine Maßnahmen „positive Maßnahmen“ in einem allgemeineren Sinn. So fordert das Gesetz, dass sich Arbeitgeber gezielt dafür einsetzen müssen, die ethnische Vielfalt in der Arbeitswelt aktiv zu fördern. Die Bereiche, in denen diese Maßnahmen ergriffen werden sollen, betreffen Beschäftigungsbedingungen und die Einstellung von Arbeitnehmern z. B. in der Werbung. Schließlich ist bevorzugte Behandlung gemäß dem Gesetz zum Verbot von Diskriminierung von 2003 mitunter jedoch auch zulässig. Die Vorschriften, die Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt verbieten, schreiben ausdrücklich vor, dass das Diskriminierungsverbot nicht für die Durchführung von Maßnahmen gilt, die Chancengleichheit für Menschen jeder ethnischen Herkunft fördern sollen.

53. Die wichtigsten Vorgehensweisen zur Sicherung von positiven Maßnahmen für die Gleichstellung im *Vereinigten Königreich* sind in den neuen Rechtsvorschriften verankert, die die Pflichten zur Förderung von Gleichstellung in Behörden einführen. Am umfassendsten sind hier die Vorschriften im Nordirland-Gesetz von 1998, die die staatlichen Stellen mit gezielten Beschreibungen verpflichten, bei der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Funktionen gebührend die Notwendigkeit zu beachten, die Chancengleichheit bei neun verschiedenen Gleichbehandlungsgründen zu fördern. Weitreichende positive Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsgrund Religion gab es auch in Nordirland (siehe Punkt 56). Außerdem schreibt das britische Gesetz über die Beziehungen zwischen den Rassen aus dem Jahr 2000 (Race Relations Act) eine gesetzliche Pflicht für mehrere Behörden bei der Ausübung ihrer Funktionen vor, die Notwendigkeit der Beseitigung gesetzeswidriger Rassendiskriminierung und der Förderung der Chancengleichheit und der guten Beziehungen zwischen Menschen verschiedener Rassengruppen gebührend zu beachten. Das Behinderdiskriminierungsgesetz von 2005 hat mit Wirkung von Dezember 2006 eine vergleichbare Pflicht für Behörden eingeführt, die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung zu fördern. Die Regierung hat im Gleichstellungsgesetz eine ähnliche Pflicht in Bezug auf die Gleichstellung von Männern und Frauen eingeführt. Die Verordnung gegen die Diskriminierung von Behinderten von 2006 (Nordirland) fordert die Behörden in Nordirland dazu auf, die Notwendigkeit der Förderung einer positiven Einstellung gegenüber Menschen mit Behinderung und der Anregung zu einer stärkeren Einbindung von behinderten Menschen im öffentlichen Leben gebührend zu beachten.

5.2 Beispiele für allgemeine positive Maßnahmen aus allen Mitgliedstaaten

5.2.1 Rasse und ethnische Herkunft einschließlich Roma und anderer nationaler Minderheiten

54. In *Österreich* genießen anerkannte nationale Minderheiten Schutz gemäß den Staatsverträgen von 1919 und 1955. Verschiedene Verfassungsbestimmungen garantieren ihre Rechtsstellung und ihre Rechte. Teilweise werden diese auch von nationalen Minderheitengesetzen implementiert.

In *Zypern* gelten einige gesetzliche Vorschriften für die Bildung von Türkisch sprechenden Roma-Kindern. Diese Vorschriften bestehen vor allem aus einer bescheidenen Beihilfe für Schuluniformen, der Bereitstellung von Mahlzeiten an der Schule und dem Angebot von Sprachunterricht. Jedoch steht diese Unterstützung dieser Gruppe nicht in deren Eigenschaft als Roma, sondern als Türkisch sprechende Personen zur Verfügung.

Eine positive Maßnahme der *Tschechischen Republik*, die einer spezifischen ethnischen Gruppe gewährt wird, ist das System zur Unterstützung von Roma-Studenten in der höheren Bildung durch spezielle staatliche Finanzhilfen. Förderprogramme für Roma in der Tschechischen Republik haben keine gesetzliche Grundlage und werden normalerweise durch Regierungserlasse oder Resolutionen eingerichtet.

Es wird allgemein angenommen, dass das *dänische* öffentliche Recht gegen positive Maßnahmen ist, die Menschen aufgrund ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft auf dem Arbeitsmarkt eine bevorzugte Behandlung gewähren. Dies heißt jedoch nicht, dass mit anderen Rechtsvorschriften und Regeln mit einer anderen Rechtsgrundlage oder aufgrund von anderen öffentlichen Maßnahmen keine Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungsmöglichkeiten ergriffen werden, u. a. für Personen einer bestimmten Rasse, Hautfarbe oder ethnischen Herkunft. Dieses Recht, Sondermaßnahmen zu ergreifen, gilt nicht für einen privaten Arbeitgeber.

Estland versucht, Unterschiede zwischen ethnischen Gemeinschaften zu überwinden, indem es Kurse in Estnisch als Fremdsprache für ethnische Nicht-Esten fördert.

In *Finnland* muss jede Behörde einen Plan zur Förderung der ethnischen Gleichstellung erstellen, der so umfassend sein muss, wie es die Art der Tätigkeit der Behörde erfordert.

Die *deutschen* Rechtsvorschriften enthalten Vorschriften zu positiven Maßnahmen. Hierzu zählen auch institutionelle Vereinbarungen für autochthone Minderheiten, die Förderung ihrer Sprache, der Schutz ihres Gebiets, besondere Regeln für ihre politische Repräsentation usw. Durch grundlegende Politik-Klauseln in den Verfassungen der Bundesländer werden sie ebenfalls unterstützt.

Der *griechische* Staat ist der Praxis der positiven Maßnahmen zugunsten der „muslimischen Minderheit“ (hauptsächlich türkischer Herkunft) in Thrakien gefolgt, deren Status im Friedensvertrag von Lausanne von 1923 geregelt ist. Trotz des Hinweises auf ein religiöses Merkmal ist der oben genannte Vertrag tatsächlich eine Grundlage für den Schutz von ethnischen Gruppen, also von ethnischen Griechen in der Türkei und ethnischen Türken in Griechenland, insbesondere in den Bereichen Bildung und Religion.

In *Ungarn* gibt es zahlreiche vom Arbeitsministerium finanzierte Programme mit dem Ziel, den Eintritt und Wiedereintritt von Roma-Arbeitnehmern in den Arbeitsmarkt zu fördern. Zu diesen Programmen gehören berufliche Bildung und Umschulung, Unterstützung bei der Gründung von Unternehmen, Einbeziehung von Roma-Arbeitnehmern in öffentliche Beschäftigungspläne, Unterstützung bei Löhnen und Sozialversicherungsbeiträgen für Arbeitgeber, die Roma beschäftigen, usw.

In *Litauen* wurde 2005 der „verkürzte strategische Tätigkeitsplan der Abteilung für nationale Minderheiten und im Ausland lebende Litauer“ verabschiedet. Dieses Dokument zielt darauf ab, die Integration von Roma in die litauische Gesellschaft voranzubringen.

Nationalen Minderheiten in *Polen* wird politisch insofern ein Vorzug eingeräumt, als deren Wahlausschüsse von der Auflage befreit sind, mindestens 5 % der abgegebenen Stimmen zu erhalten, die normalerweise für die Verteilung von Sitzen im Parlament notwendig sind. Im Bereich Bildung und Kultur erhalten Schulen für nationale Minderheiten eine 20%ige zusätzliche Beihilfe verglichen mit anderen Schulen, das Kulturministerium unterstützt die Minderheitenpresse und andere Veröffentlichungen und fördert von nationalen und ethnischen Minderheiten organisierte Kulturveranstaltungen. Ein Regierungsprogramm für Roma für die Jahre 2004-2013 zielt darauf ab, die im ganzen Land lebenden Roma zu unterstützen.

In *Portugal* wurden Kulturvermittler eingesetzt, die aus der Gemeinschaft der Roma rekrutiert wurden. Ihre Aufgabe ist es, Brücken zu bauen zwischen Kindern, Familien und Schulen. Diese Kulturvermittler haben die Aufgabe, den sozialen Dialog zu fördern, die Integration von ethnischen Minderheiten zu unterstützen und, wo nötig, in soziale und pädagogische Prozesse einzugreifen und den Menschen bei ihren Kontakten mit öffentlichen oder privaten Diensten zu helfen.

Trotz der oben erwähnten verfassungsrechtlichen Probleme gibt es einige Bestimmungen in *slowakischen* Rechtsvorschriften, vor allem im Bildungsbereich, die die Züge von positiven Maßnahmen im Zusammenhang mit der Roma-Gemeinschaft tragen, auch wenn im Gesetz nicht direkt auf Roma oder eine andere ethnische Minderheit verwiesen wird. Andere wichtige Bereiche, die von der Regierung durch verschiedene Projekte unterstützt werden, sind Gesundheitsfürsorge, Wohnung, die Entwicklung von Roma-Siedlungen und Sozialarbeit.

Slowenien achtet auf die Verbesserung der Situation der Roma-Gemeinschaft, da seine Verfassung bereits auf deren Status und ihre Sonderrechte im slowenischen Staat verweist. Verschiedene Gesetze gewähren den Roma die politische Teilnahme an öffentlichen und privaten Angelegenheiten und bieten eine Rechtsgrundlage für die Lösung von Problemen im Zusammenhang mit ihrer sozialen Ausgrenzung (schlechte Lebensbedingungen, hohe Arbeitslosigkeit und mangelnder Zugang zu Bildung). Viele andere Maßnahmen in den Bereichen regionale Entwicklung oder Finanzierung von Bildung hängen mit positiven Maßnahmen für die Roma-Gemeinschaft zusammen. Weitere besondere Maßnahmen betreffen die italienische und die ungarische nationale Minderheit.

Neben den oben erwähnten Verfassungs- und Gesetzesvorschriften u. a. in Bezug auf rassen- oder ethnienpezifische positive Maßnahmen setzt *Spanien* nationale Aktionspläne um. Der 3. „Nationale Aktionsplan für die soziale Integration im Königreich Spanien“ (2005-2006) enthält besondere Maßnahmen zur Unterstützung von sehr verletzbaren Gruppen. Diese Maßnahmen umfassen zahlreiche Tätigkeitsbereiche von Behörden: Bildung, Wohnung, Gesundheit, Berufsbildung, Beschäftigung und soziale Dienstleistungen. Eine der Gruppen, der besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird, ist das Volk der Roma.

Nach dem *Race Relations Act* und dem *Race Relations Order* im *Vereinigten Königreich* sind positive Maßnahmen zulässig. Sie ermöglichen Menschen einer bestimmten ethnischen Gruppe den Zugang zu Einrichtungen, um ihre speziellen Bedürfnisse in Bildung, Ausbildung und Sozialfürsorge zu befriedigen. Ferner erlauben sie auch die Bereitstellung von Ausbildungsprogrammen oder die Förderung von Menschen einer bestimmten ethnischen Gruppe im Bereich Beschäftigung, wo Angehörige dieser Gruppe unterrepräsentiert sind.

5.2.2 Behinderung

55. In *Österreich* sind positive Maßnahmen zum Merkmal Behinderung im Sozialversicherungsgesetz, Entschädigungsgesetz, Versicherungsgesetz, Sozialhilfe- und Arbeitsgesetz enthalten. Im Bereich der sozialen Sicherung sind Rentendienste berechtigt, u. a. berufliche Rehabilitationsprogramme anzubieten. Die Arbeitsvermittlungsagenturen sind arbeitsrechtlich ausdrücklich dazu verpflichtet, im Rahmen ihrer Dienstleistungen Menschen mit Behinderung besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Sie können auch finanzielle Unterstützung zur Bewältigung der mit der Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses verbundenen Kosten, zur Förderung von Ausbildung oder Umschulung oder zur Integration von Menschen in den Arbeitsmarkt gewähren.

Ein *zyprisches* Gesetz von 2004, das angeblich die Richtlinie 2000/78/EG umsetzen sollte, hat jedoch den breiten Geltungsbereich von Artikel 7 der Rahmenrichtlinie in Bezug auf positive Maßnahmen nicht eingeführt. Das Gesetz 1/1990 über den öffentlichen Dienst schreibt vor, dass bei der Besetzung von freien Stellen im öffentlichen Dienst behinderten Bewerbern, die die Anforderungen der Tätigkeit erfüllen, Vorrang eingeräumt werden sollte. Das Gesetz über Menschen mit Behinderung sieht ebenfalls Maßnahmen zur Schaffung von Beschäftigungsmöglichkeiten vor und enthält Beschäftigungspläne für Menschen mit einer Behinderung. Verschiedene andere Maßnahmen umfassen die Wiedereingliederung von Menschen mit einer Behinderung in den Unternehmen, in denen die Personen beschäftigt waren, als die Behinderung entstanden ist, sowie einen besonderen Kündigungsschutz.

Tschechische Arbeitgeber sind verpflichtet, den Arbeitsämtern offene Stellen zu melden, die für Menschen mit Behinderung geeignet sind. Der Staat zahlt Arbeitgebern, die zu mehr als 50 % Arbeitnehmer mit einer Behinderung

beschäftigen, eine Zulage. Personen, die von den staatlichen Sozialversicherungsämtern als behindert anerkannt werden, haben Anspruch auf Berufsberatung, auf die freie Wahl eines geeigneten (abhängigen oder selbstständigen) Beschäftigungsverhältnisses, auf eine theoretische und praktische Vorbereitung auf die Beschäftigung oder auf den Wechsel des Beschäftigungsverhältnisses.

In *Dänemark* haben private Arbeitgeber die Möglichkeit, positive Maßnahmen durchzuführen, und können, wegen der Unterrepräsentiertheit von Menschen mit Behinderung auf dem dänischen Arbeitsmarkt, einen Menschen mit Behinderung einem Nichtbehinderten vorziehen. Ein Gesetz von 2001 versucht, Menschen mit Behinderung durch positive Maßnahmen und zahlreiche weitere Ausgleichsmaßnahmen stärker in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Die wichtigsten Elemente sind hier der Vorrang bei bestimmten Arbeitsplätzen (vor allem im öffentlichen Sektor), persönliche Unterstützung, technische Beihilfen, angemessene Vorkehrungen am Arbeitsplatz, Lohnbeihilfen und ein Mentoringplan.

Die *niederländische* Regierung hat im Jahr 2004 mit ihrer sogenannten „eingliedernden Politik“ begonnen. Darunter versteht man die Berücksichtigung spezifischer (permanenter) sozialpolitischer Maßnahmen für Behinderte in allen Politikbereichen. Die eingereichten Vorschläge umfassen zahlreiche Maßnahmen von der Herstellung von elektronischen Abstimmungsmaschinen, die von blinden Menschen bedient werden können, bis hin zur Anpassung von Häusern an die Bedürfnisse von alten Menschen und Rollstuhlfahrern.

Estland fördert die Beschäftigung von Behinderten und übernimmt die Sozialabgaben für Arbeitnehmer, deren Erwerbsfähigkeit um mindestens 40 % vermindert ist und die in einem Unternehmen, einer gemeinnützigen Vereinigung oder in einer Stiftung arbeiten, die in einer vom Sozialminister erstellten Liste registriert sind.

Die *finnische* Arbeitsverwaltung erbringt Dienstleistungen für die berufliche Rehabilitation durch die landesweit 120 Arbeitsämter. Menschen mit Behinderung haben dort Zugang zu Berufsberatung und Orientierung bei der Arbeitsvermittlung und Ausbildung, zu Beratung über Beschäftigung und beschäftigungsfördernde Maßnahmen sowie zu Arbeits- und Ausbildungs-Schnupperpraktika in Berufsbildungseinrichtungen. Auch für Lohnsubventionen gibt es Möglichkeiten.

In *Frankreich* können Menschen mit Behinderung entweder in einem herkömmlichen Umfeld oder in einer geschützten Einrichtung, wie etwa den Arbeitshilfzentren (CAT) und beschützenden Werkstätten, oder in Heimarbeits-Vertriebszentren arbeiten. Arbeitnehmer mit einer Behinderung können flexible Arbeitszeiten fordern, um ihre berufliche Integration oder den Erhalt ihres Beschäftigungsverhältnisses zu erleichtern. Sie haben einen besonderen Status, genießen im Kündigungsfall einen besonderen Schutz und können zu erleichterten Bedingungen in den Vorruhestand treten.

Die *deutschen* Sozialversicherungsgesetze gewähren staatliche Mittel zur Förderung der Teilnahme von Menschen mit Behinderung am Berufsleben z. B. in den Bereichen Bildung und Ausbildung, Ausrüstung und Verkehr und geben dem Arbeitgeber finanzielle Unterstützung für die Aufwendungen für Bildung und Ausbildung, Ausrüstung sowie die Kosten im Zusammenhang mit der Integration. Eine behinderte Person hat gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf geeignete Arbeitsbedingungen. Beim beruflichen Aufstieg bzw. in der Ausbildung kann die behinderte Person eine bevorzugte Behandlung fordern. Im deutschen Recht sind noch verschiedene andere Sonderrechte für Menschen mit Behinderung enthalten, wie etwa ein besonderes Verfahren für Behörden im Falle der normalen Kündigung einer behinderten Person.

Die *griechische* Organisation für die Beschäftigung von Arbeitskräften (OAED) bietet Arbeitgebern, die registrierte Behinderte über einen Zeitraum von höchstens drei Jahren beschäftigen, auf der Grundlage eines Ministerialbeschlusses Lohnsubventionen.

Im Zusammenhang mit den von den Richtlinien abgedeckten Diskriminierungsgründen gelten in *Italien* auf der Grundlage sehr komplexer Vorschriften die positiven Maßnahmen streng genommen nur für Menschen mit Behinderung. Hierunter fallen verschiedene Formen der persönlichen Unterstützung, persönliche Betreuungsdienste, Dienste zur Aufnahme in Notfällen sowie die Teilerstattung von Betreuungskosten. Im Bereich Beschäftigung sind in einem weiteren Gesetz verschiedene Maßnahmen für Personen mit schweren Behinderungen geregelt.

Die Vorschriften über positive Maßnahmen in *Lettland* umfassen im Wesentlichen nur den Bereich der Behinderung, mit ermäßigten Sozialabgaben und einem Pilotprojekt des staatlichen Beschäftigungsdienstes zur Schaffung von subventionierten Beschäftigungsverhältnissen für Menschen mit Behinderung.

Das Behindertenbeschäftigungsgesetz in *Luxemburg* gibt manchen Menschen mit Behinderung auf dem Arbeitsmarkt einen Sonderstatus. Ist ihre Eigenschaft als Arbeitnehmer mit Behinderung anerkannt, empfiehlt die Berufsberatungskommission der jeweiligen Abteilung je nach Bedarf Beschäftigungs-, Ausbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen, Einführungskurse oder Praktika. Die jeweilige Abteilung kann dann eine staatliche Beihilfe (in Höhe von 40-60 %) für Löhne, einen Beitrag zu den Ausbildungskosten, eine Prämie, die angemessenen Vorkehrungen am Arbeitsplatz oder den Zugang zu und die Bereitstellung von geeigneter Ausrüstung usw. bewilligen.

In *Malta* bieten die Wirtschaftsförderungsverordnungen 2001 Anreize für Unternehmen, die Arbeitsplätze für offiziell registrierte Arbeitslose schaffen, die eine Behinderung haben.

Das *polnische* Gesetz über die berufliche und soziale Wiedereingliederung und Beschäftigung von Menschen mit Behinderung enthält ein System von Anreizen für Arbeitgeber zur Förderung der Beschäftigung von behinderten Menschen.

In *Portugal* gelten die Bestimmungen des Arbeitsgesetzbuchs zur Telearbeit als positive Maßnahmen. Bürger mit einer Behinderung können von dieser neuen Arbeitsmethode profitieren.

Nach dem *slowakischen* Arbeitsgesetzbuch werden behinderten Arbeitnehmern Arbeitsbedingungen zugesichert, die es ihnen ermöglichen, ihre Arbeitsqualifikation unter Berücksichtigung ihrer gesundheitlichen Bedingungen anzuwenden und zu entwickeln. Das Gesetz über Beschäftigungsdienstleistungen garantiert ein Recht auf Sonderarbeitsbedingungen, Beratungsdienste, Berufsausbildung und Beratung; es gewährleistet staatlich geförderte geschützte Arbeitsplätze, finanzielle Unterstützung für die Schaffung eines Arbeitsplatzes für Behinderte, finanzielle Unterstützung für einen Arbeitsassistenten usw. Menschen mit Behinderung genießen einen besonderen Kündigungsschutz: Ihre Kündigung kann nur nach Genehmigung des nationalen Arbeitsamts erfolgen.

In *Slowenien* genießen Menschen mit Behinderung gemäß den Verordnungen über Ausbildung und Beschäftigung von Menschen mit Behinderung besondere Rechte. Wer noch einer Beschäftigung nachgehen kann, erhält weiterhin eine geeignete Arbeit, eine Teilzeitstelle, berufliche Rehabilitation, eine Entschädigung für Einkommensverluste und genießt Kündigungsschutz, es sei denn, es gibt eine andere geeignete Vollzeit- oder Teilzeitstelle. Der Verband der behinderten Angestellten in Slowenien und die Handelskammer haben ein Abkommen über die Richtlinien über Behinderung in der Beschäftigung unterzeichnet. Dieses Abkommen verpflichtet Arbeitgeber ausdrücklich dazu, speziell Sorge dafür zu tragen, am Arbeitsplatz Menschen mit Behinderung gleiche Chancen zu gewährleisten.

Das *spanische* Gesetz über Chancengleichheit, Nichtdiskriminierung und den allgemeinen Zugang für Behinderte enthält eine Reihe positiver Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung, unter der Behinderte leiden. Diese Maßnahmen können aus zusätzlicher Unterstützung bestehen (in Form von finanzieller, technischer oder persönlicher Hilfe usw.), können aber auch Vorschriften, Kriterien oder Verfahren für eine bessere Förderung

umfassen. Dieses Gesetz sieht Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung sowie positive Maßnahmen mit dem Ziel einer Förderungspolitik vor. Hierzu zählen Maßnahmen zu Innovation und technischer Entwicklung oder Pläne und Programme für Zugänglichkeit und Nichtdiskriminierung. Weitere Maßnahmen sehen Anreize für die befristete oder unbefristete Beschäftigung von Menschen mit Behinderung sowie spezielle Beschäftigungszentren, berufliche Zentren oder nationale Zugänglichkeitspläne vor.

Nach den Rechtsvorschriften in *Schweden* sind positive Maßnahmen für Menschen mit Behinderung zulässig. Mehrere Sondermaßnahmen stehen im Bereich Berufsleben zur Verfügung. Sie sollen die Benachteiligungen im Zusammenhang mit der Behinderung direkt oder indirekt ausgleichen. In einigen Fällen sind z. B. Lohnsubventionen zulässig. Zur Wiedererlangung oder Bewahrung der Erwerbsfähigkeit kann man als Einzelperson auch Anspruch haben auf bestimmte Unterstützungsmaßnahmen.

Im *Vereinigten Königreich* erlaubt das Gesetz gegen die Diskriminierung von Behinderten (Disability Discrimination Act, DDA) die Diskriminierung zugunsten einer behinderten Person aufgrund ihrer Behinderung in der Beschäftigung, in den Bereichen Weiter- und Hochschulbildung und beim Zugang zu Waren, Einrichtungen und Dienstleistungen. Das DDA kann von Behörden verlangen, bei Bedarf bestimmte Formen von positiven Maßnahmen zu ergreifen. Darüber hinaus unterstützt das Arbeits- und Rentenministerium durch seine *Jobcentre Plus* (eine Kombination aus Arbeitsamt und Sozialversicherungsbehörde) verschiedene positive Maßnahmen zur Unterstützung von Behinderten beim Eintritt in die Beschäftigung, zur Verhinderung oder zum Ausgleich von mit der Behinderung zusammenhängenden Benachteiligungen.

5.3 Religionsspezifische positive Maßnahmen in Nordirland

56. Insbesondere mit der *Fair Employment and Treatment Order* (FETO) hat Nordirland positive Maßnahmen angewandt, um die historische Benachteiligung von Katholiken oder Protestanten zu überwinden und/oder zu ausgleichen. Die FETO erfordert die Registrierung aller Arbeitgeber mit zehn oder mehr Mitarbeitern und schreibt vor, dass alle registrierten Arbeitgeber ein Monitoring über die Zusammensetzung ihres Personals durchführen im Hinblick auf deren Zugehörigkeit zur römisch-katholischen bzw. zur protestantischen Konfession und im Hinblick auf ihr Geschlecht. Bei der Umsetzung positiver Maßnahmen gilt das Vorgehen von Arbeitgebern, Arbeitsvermittlungen oder beruflichen Organisationen ausdrücklich als rechtmäßig. Die Gleichbehandlungskommission für Nordirland (ECNI) ist befugt, Untersuchungen und Nachforschungen usw. anzustrengen, und kann darüber hinaus Arbeitgebern empfehlen oder sie dazu auffordern, in einem bestimmten Zeitraum bestimmte Fördermaßnahmen zu treffen. Mit der Genehmigung der ECNI ist es für einen Arbeitgeber oder eine Bildungseinrichtung nicht gesetzeswidrig, für Menschen einer bestimmten religiösen Überzeugung im Hinblick auf eine Beschäftigung in einer bestimmten Einrichtung in Nordirland, wo solche Menschen unterrepräsentiert sind, Ausbildungsprogramme anzubieten. Da solche Fördermaßnahmen nach der FETO nur für Protestanten und Katholiken gelten und die Ausbildungsklausel nur in Bezug auf eine bestimmte Einrichtung gilt, geht dieses Maßnahmenpaket wahrscheinlich nicht so weit, wie es gemäß Artikel 7 der Beschäftigungsrahmenrichtlinie erlaubt ist.

Die *Beschäftigungsrahmenrichtlinie* liefert eine spezifische Ausnahme, nach der positive Maßnahmen beim Zugang zum Polizeidienst in Nordirland erlaubt sind. Das Polizeigesetz von 2000 verlangt, dass 50 % der Personen, die als Auszubildende oder Hilfspersonal bei der Polizei eingestellt werden, Katholiken sein müssen, während 50 % einer anderen Konfession angehören müssen. Diese Maßnahmen sollen die historische Unterrepräsentation von Katholiken überwinden.

5.4 Quoten für Menschen mit Behinderung

57. Österreich fordert sowohl die Arbeitgeber des öffentlichen als auch des privaten Sektors dazu auf, Behinderte zu beschäftigen mit einem Quotensystem, das je Gruppe von 25 Arbeitnehmern mindestens eine Person mit Behinderung vorsieht. Die behinderten Arbeitnehmer müssen österreichische Staatsangehörige oder Staatsangehörige eines der Mitgliedstaaten des EWR sein. Staatsangehörige von Drittstaaten zählen nur dann, wenn ihnen Asyl gewährt wurde. Außerdem muss der Grad der Behinderung der jeweiligen Arbeitnehmer mindestens 50 % betragen. Arbeitgeber können auch anstelle der Beschäftigung eine Gebühr zahlen, wobei sich viele Arbeitgeber für diese Ausnahme entscheiden.

Belgien hat kein Quotensystem für die Beschäftigung von Personen mit Behinderung in der Privatwirtschaft. Einige föderale und regionale Vorschriften enthalten Behindertenquoten bei der Einstellung im öffentlichen Sektor. In der föderalen Verwaltung sollten 2,5 % der Stellen Behinderten vorbehalten sein. Ähnliche Vorschriften wurden auch von den verschiedenen belgischen Gemeinschaften und Regionen angenommen. Diese Vorschriften werden in der Regel von Maßnahmen zur Förderung der Vielfalt begleitet, mit denen für die Anerkennung von Menschen mit Behinderung als eine Untergruppe geworben wird. Auf föderaler Ebene können Personen, die als Behinderte anerkannt sind, für eine unbegrenzte Zeit auf Reservelisten für den Zugang zu Arbeitsplätzen im öffentlichen Dienst gesetzt werden. Bei Auswahlverfahren werden Behinderte auf einer gesonderten Liste geführt. Dies sollte dem Personalauswahlbüro für die öffentliche Verwaltung ermöglichen, die Einhaltung von Quoten zu erleichtern.

Zypern hat eine Quote für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung im Bildungsbereich, ein Programm für bevorzugtes Parken, ein System, mit dem befristet oder auf Stundenbasis beschäftigte Beamte mit Behinderung unbefristet beschäftigt werden, ein Quotensystem für die Beschäftigung von blinden Telefonisten im öffentlichen Sektor und eine Quote für die Beschäftigung in privaten Unternehmen mit mehr als zehn Beschäftigten eingeführt. Allerdings ist der tatsächliche Einsatz von Quoten in der Beschäftigung aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken noch verzögert worden.

Tschechische Arbeitgeber mit mehr als 25 Beschäftigten müssen eine von drei Maßnahmen durchführen: Entweder sie beschäftigen einen bestimmten Prozentsatz von behinderten Arbeitnehmern (4 %), oder sie geben Waren oder Arbeitsprogramme bei Arbeitgebern in Auftrag, die mindestens zu 50 % behinderte Arbeitnehmer beschäftigen, oder sie leisten Zahlungen an den Staatshaushalt. Arbeitgeber ziehen häufig diese Zahlung einer Beschäftigung vor.

In *Dänemark* hat es nie ein Quotensystem für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung gegeben.

Das *niederländische* Gesetz über die Reintegration von Behinderten in der Beschäftigung (REA) beinhaltet auch die Möglichkeit, eine Quote einzuführen. Diese Möglichkeit wurde bisher jedoch noch nicht angewendet. Der Schwerpunkt liegt in erster Linie auf der Beseitigung von Vorurteilen zur Beschäftigung von Menschen mit Behinderung.

In *Frankreich* sollte jeder Arbeitgeber mit über 20 Beschäftigten theoretisch mindestens 6 % behinderte Arbeitnehmer beschäftigen. Allerdings können Arbeitgeber sich auch dafür entscheiden, einen Beitrag an einen Fonds zu zahlen, mit dem die Integration behinderter Arbeitnehmer finanziert wird.

Nach dem *deutschen* Sozialgesetzbuch ist jeder Arbeitgeber, der mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt, verpflichtet, mindestens 5 % Schwerbehinderte zu beschäftigen. Es handelt sich hier lediglich um eine allgemeine Verpflichtung. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift bedeutet nicht zwangsläufig auch eine gesetzeswidrige Diskriminierung.

In *Griechenland* sind Arbeitgeber mit 50 Arbeitskräften oder mehr verpflichtet, behinderte Arbeitnehmer zu übernehmen, die ihnen von einer Behörde vermittelt werden. Das Gesetz gibt Menschen mit Behinderung oberste Priorität vor allen anderen geschützten Gruppen auf dem öffentlichen Sektor und die zweite Priorität auf dem Privatsektor. Da die Nachfrage die Anzahl der freien Stellen übersteigt, werden bei der Auswahl und Einstellung spezielle Tests durchgeführt.

Die Einhaltung einer 3%-Quote bei der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung im öffentlichen Dienst war Bestandteil der *irischen* Regierungspolitik.

Italien hat eine Verpflichtung eingeführt, dass öffentliche und private Unternehmen zu 7 % der gesamten Belegschaft Menschen mit Behinderung einzustellen haben, wenn das private Unternehmen mehr als 50 Arbeitnehmer hat. Ein Arbeitgeber, der nachweisen kann, dass er nicht in der Lage ist, Menschen mit Behinderung einzustellen, muss einen Beitrag an den Regionalfonds für Beschäftigung zahlen.

In *Lettland* gibt es keine Quoten für den Zugang von Menschen mit Behinderung zum Arbeitsmarkt.

Litauen hat Beschäftigungsquoten für Menschen mit Behinderung eingeführt. Zusätzliche Garantien enthält das Gesetz über die soziale Integration von Menschen mit Behinderung, das ebenfalls ein System für obligatorische Quoten in der Beschäftigung einführt und Anreize für Arbeitgeber zur Einhaltung dieser Quote umfasst.

Das Gesetz über die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung in *Malta* schreibt die obligatorische Einstellung eines bestimmten Prozentsatzes behinderter Personen vor, die beim Arbeitsamt gemeldet sind. Dieses System gilt für Arbeitgeber mit mindestens 20 Beschäftigten. Der zuständige Regierungsminister soll in einer Verordnung einen Standardprozentsatz festlegen. Ein „bestimmter Prozentsatz“ kann Tätigkeiten mit besonderen Merkmalen im Hinblick auf ihre Eignung für Menschen mit Behinderung vorbehalten bleiben.

In *Portugal* wurden zwar Quoten für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung von bis zu 2 % für private Unternehmen und bis zu 5 % für den öffentlichen Sektor vereinbart, doch sind diese nie implementiert worden.

Jeder *slowakische* Arbeitgeber, der mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigt, ist verpflichtet, Menschen mit Behinderung zu beschäftigen, wenn beim Arbeitsamt vor Ort ein bestimmter Anteil von Arbeitsuchenden mit Behinderung gemeldet ist. Ein Arbeitgeber, der diese Verpflichtung nicht erfüllt, muss dem Arbeitsamt drei Mindestlöhne für jede nicht beschäftigte Person zahlen.

In *Slowenien* sind Arbeitgeber mit mindestens 20 Arbeitnehmern verpflichtet, 2-6 % Menschen mit Behinderung zu beschäftigen, je nach Art ihrer Tätigkeit. Unternehmen, die dieses Ziel nicht erreichen, müssen in den Fonds zur Förderung der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung einen Beitrag einzahlen, der 70 % des Mindestlohns für jede behinderte Person entspricht, die der Arbeitgeber hätte einstellen sollen.

Das *spanische* Gesetz über die Integration von Menschen mit Behinderung verpflichtet öffentliche und private Unternehmen mit mehr als 50 Arbeitnehmern, 2 % Arbeitnehmer mit Behinderung zu beschäftigen. Es wurden zwei Arten von Ersatzmaßnahmen hinzugefügt: Liefer- und Dienstleistungsverträge mit Sonderarbeitseinrichtungen oder Spenden an Stiftungen und öffentliche Vereinigungen, die die berufliche Integration von Behinderten fördern. Um die erforderlichen 2 % zu erreichen, enthalten Stellenangebote im öffentlichen Dienst eine Quote von ganzen 5 % aller freien Stellen, die mit Menschen mit Behinderung besetzt werden sollen, deren Grad der Behinderung mindestens 33 % beträgt.

Weder *Schweden* noch das *Vereinigte Königreich* sehen in ihrem nationalen Recht ein Quotensystem für Menschen mit Behinderung vor.

58. In dem oben gezeigten Überblick wird ein klarer Unterschied zwischen Theorie und Praxis deutlich. Zwar haben viele Mitgliedstaaten in der Theorie ein Quotensystem für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung, doch bleibt seine praktische Auswirkung häufig beschränkt, weil es entweder nicht implementiert worden oder in seinem Geltungsbereich begrenzt ist und sich häufig nur auf die Beschäftigung im öffentlichen Sektor erstreckt, oder weil es entweder als formale Sanktion oder als Alternative für die Beschäftigung auch Ausnahmen oder Ausgleichszahlungen zulässt.

Dos Santos | 1961

Kapitel VI

Internationale Menschenrechtsstandards

6.1 Menschenrechte, Gemeinschaftsrecht und die 2000er Richtlinien

59. Die Europäische Gemeinschaft ist in der Regel kein Unterzeichner der internationalen Instrumente, die die Grundrechte ihrer Bürger schützen sollen. Jedoch sind alle Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft Unterzeichner, und dieser gemeinsame Nenner wird auch auf der Ebene der Gemeinschaft vielfach spürbar. Der EuGH hat seit langem anerkannt, dass „die Achtung der Grundrechte integraler Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist“⁴³. Das Gericht war auch darauf vorbereitet, die Vereinbarkeit der Gesetze der Mitgliedstaaten mit den Grundrechten zu bewerten, sofern diese Gesetze innerhalb des Geltungsbereichs des Gemeinschaftsrechts liegen, insbesondere wenn die Mitgliedstaaten Vorschriften des Gemeinschaftsrechts anwenden, die auf dem Schutz der Menschenrechte gründen (siehe Craig und de Burca, 337-349).

Durch die neuen Entwicklungen im primären *europäischen Recht* wie etwa Artikel 6 EU-Vertrag und der Grundrechtecharta wird die Rolle der Gemeinschaft im Bereich der Menschenrechte noch stärker betont. Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsrecht spiegelt die Einführung von Artikel 13 EGV im Vertrag von Amsterdam eine Verbindung mit einer „Menschenrechtsagenda“ (Ellis 2002, 293-294) wider. Diese Verbindung hat dem Gericht bereits bei der Auslegung der Rahmenrichtlinie im Fall Mangold geholfen⁴⁴.

60. Die Verbindung zwischen Diskriminierungsrecht der EG und dem Menschenrecht sowie die Tatsache, dass europäische und internationale Menschenrechtsvorschriften auch Nichtdiskriminierungsvorschriften enthalten, ermöglichen einen Exkurs zu den Menschenrechtsvorschriften, die potenziell für die Entwicklung der 2000er Richtlinien nicht nur wichtig, sondern auch nützlich sind. Sie sind wichtig, weil jede Abweichung in den Normen die Dinge auf der Ebene der Gemeinschaft oder des Staates komplizierter machen könnte. Und nützlich, weil sich die Menschenrechtserfahrung angesichts des derzeit noch unausgereiften Stands der Vorschriften über positive Maßnahmen in den Richtlinien als hilfreich erweisen kann.

In den folgenden Abschnitten soll ein einleitender Überblick über Antidiskriminierungsvorschriften und ihre positive Dimension in verschiedenen Menschenrechtsquellen gegeben werden. *Sie sind keine Analyse der Rechtskraft dieser Vorschriften.*

6.2 Positive Maßnahmen in Europäischen Menschenrechtsvorschriften

6.2.1 Europäische Menschenrechtskonvention

61. Die EMRK enthält eine Nichtdiskriminierungsklausel ohne Verweis auf positive Maßnahmen:

„Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“ (Artikel 14)

Über die Frage, ob Artikel 14 als eine unabhängige Bestimmung oder nur als Zusatz zu den ausdrücklich in der EMRK geschützten Rechten und Freiheiten dient, kann debattiert werden. Unabhängig von seinem Status ist der Begriff „Diskriminierung“ gemäß Artikel 14 allgemein vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) *im formalen Sinn* verstanden worden als das Erfordernis eines Beweises für die Ungleichbehandlung von zwei vergleichbaren Situationen ohne objektive oder angemessene Begründung. Ähnlich verlangt der EGMR auch, dass

⁴³ Rechtssache 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] Slg. 1125, Randnr. 4.

⁴⁴ Rechtssache C-144/04, *Mangold* [2005] Slg. I-9981.

ungleiche Situationen auch ungleich behandelt werden müssen⁴⁵. Der deutliche Schwerpunkt auf der formalen Gleichstellung hat einige Autoren zu der Schlussfolgerung veranlasst, dass die EMRK außerstande ist zu erkennen, „inwiefern neutrale Regeln die Werte dominierender Gruppen in der Gesellschaft überdecken“ (Fredman 2001, 34).

62. Der EGMR musste bislang noch nicht direkt über die Gültigkeit von positiven Maßnahmen urteilen, die von einem Vertragsstaat ergriffen wurden. Die rigorose Anwendung eines formalen Gleichstellungsgrundsatzes könnte zu ähnlichen Schwierigkeiten führen wie nach dem EG-Recht. Allerdings bietet der uneingeschränkte Charakter, der typisch ist für die von der EMRK geschützten Grundrechte, unter der allgemeinen Rubrik der „*objektiven und angemessenen Begründung*“ ein Ventil. So gesehen können einer Diskriminierung gleichkommende positive Maßnahmen durch Artikel 14 ausgeglichen werden, wenn eine objektive und angemessene Begründung für die Ungleichbehandlung vorliegt (Goedertier, 84). Die korrigierende „positive Diskriminierung“ für eine bereits bestehende Diskriminierungssituation kann somit gemäß Artikel 14 ein rechtmäßiges Ziel von Ungleichbehandlung darstellen (Tsatsa-Nikolovska, 31). Zum Beispiel hat die damalige Europäische Menschenrechtskommission anerkannt, dass ein Steuervorteil für verheiratete Frauen objektiv und angemessen damit begründet werden kann, dass sie eine positive Diskriminierung bietet, mit der Frauen zur Rückkehr in ein Beschäftigungsverhältnis angeregt werden können⁴⁶ (siehe auch Flauss, 420).

63. Zwar kann Artikel 14 EMRK daher bestimmte Formen von positiven Maßnahmen einschließlich der Diskriminierung akzeptieren, doch ist es nach wie vor zweifelhaft, ob er tatsächlich die Staaten dazu *auffordern* kann, positive Maßnahmen zu ergreifen. Im *Thlimmenos*-Fall stimmte das Gericht in seiner Antwort zu und sagte, dass Artikel 14 dann verletzt ist „wenn Staaten es ohne objektive und vertretbare Rechtfertigung unterlassen, Menschen, deren Lage sich erheblich von der anderer unterscheidet, auch unterschiedlich zu behandeln“⁴⁵. Gewissermaßen schien dies eine Pflicht der Staaten zum Ergreifen von positiven Maßnahmen anzukündigen und „die Notwendigkeit, zumindest unter bestimmten Umständen besondere Vereinbarungen für Personen in besonderen Kategorien zu treffen“ (Wildhaber, 81). Jedoch scheint sich der EGMR, offenbar verblüfft von den „erheblichen Problemen“, die weit in die allgemeine Sozialpolitik hineinreichen, in verschiedenen nachfolgenden Fällen, wo Fahrende eine Sonderbehandlung ihrer Wohnwagenstandorte einklagten⁴⁷, wieder auf *Thlimmenos* zurückzubedenken (Akandji-Kombé, 58).

6.2.2 Protokoll Nr. 12

64. Angesichts der Debatte über den unabhängigen oder akzessorischen Wert von Artikel 14 EMRK wurde das Protokoll Nr. 12 aus dem Jahr 2000 hinzugefügt, das ein unabhängiges und allgemeines Recht auf Nichtdiskriminierung einführt:

- „1. Der Genuss *jeglicher gesetzlich anerkannter Rechte* ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.
2. Niemand darf von einer staatlichen Behörde aus Gründen wie etwa den in Paragraph 1 erwähnten diskriminiert werden.“ (Artikel 1) (Hervorhebungen durch den Autor)

Zu der positiven Dimension seines allgemeinen Rechts auf Nichtdiskriminierung äußert sich das Protokoll Nr. 12 absichtlich nicht. Im Erläuternden Bericht heißt es:

⁴⁵ Rechtssache *Thlimmenos vs. Griechenland*, Beschwerde Nr. 34369/97, Urteil vom 6.4.2000.

⁴⁶ *Lindsay vs. Vereinigtes Königreich* (1986) 49 GRD 181, EMRK, zitiert nach Clayton, Tomlinson and George, 1238.

⁴⁷ Rechtssache *Beard vs. V.K., Chapman vs. V.K., Coster vs. V.K., Jane Smith vs. V.K. und Lee vs. V.K.*, Beschwerden Nr. 24882/94, 27238/95, 24876/94, 25154/94, 25289/94, Urteil vom 18.1.2001.

„Die Formulierung von Artikel 1 spiegelt einen ausgewogenen Ansatz bei den positiven Pflichten der Vertragsstaaten gemäß dieser Bestimmung wider. (...) Dieselbe Frage stellt sich in Bezug auf Maßnahmen zur Beseitigung von Diskriminierung. Zwar können solche positiven Maßnahmen nicht pauschal ausgeschlossen werden, doch ist es das vorrangige Ziel von Artikel 1, eine negative Pflicht für die Vertragsstaaten auszudrücken: die Pflicht, niemanden zu diskriminieren.“ (Paragraf 24)

65. Das Protokoll Nr. 12 will sich deshalb nicht in irgendeiner Richtung festlegen und spricht sich weder für positive Verpflichtungen aus, noch schließt es diese aus (Wildhaber, 82). Im Wesentlichen hält das Protokoll am Status quo ante gemäß Artikel 14 EMRK fest, wie seine Präambel nahe legt: die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung der Staaten zum Ergreifen von positiven Maßnahmen zur Förderung der vollen und wirksamen Gleichstellung, vorausgesetzt dass diese *objektiv und vernünftig* begründet werden. Damit bleibt die Vereinbarkeit von positiven Maßnahmen mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung sehr unsicher (O'Hare, 137).

Außerdem ist es klar, dass das Protokoll als Menschenrechtsinstrument gegen Diskriminierung durch eine „Behörde“ vorgeht. Als solches soll es den Staaten keine allgemeine positive Verpflichtung auferlegen, jede Form der Diskriminierung *durch private Parteien* zu verhindern oder zu beheben. Der Erläuternde Bericht hält fest: „Eine solche programmatische Verpflichtung wäre nur schlecht vereinbar mit dem Gesamtcharakter der Konvention und ihrem Kontrollsystem, die auf der kollektiven Garantie einzelner Rechte basieren, die, um justiziabel zu sein, ausreichend spezifisch formuliert sind.“ (vgl. Punkt 16; siehe Arnadottir, 113)

Auch ohne eine allgemeine positive Verpflichtung im Hinblick auf Diskriminierung kann das Protokoll Nr. 12 von den Staaten dennoch *besondere positive Verpflichtungen* verlangen. Die Staaten haben nämlich die besondere Pflicht, ihre Rechtsvorschriften in Einklang mit dem Schutz vor Diskriminierung zu bringen. Eine positive Pflicht hinsichtlich der Beziehungen zwischen *Privatpersonen* kann jedoch nur ausnahmsweise abgeleitet werden, wenn sie Beziehungen im öffentlichen Bereich betreffen und für die die Staaten eine bestimmte Verantwortung haben (Goedertier, 83).

6.2.3 Europäische Sozialcharta

66. Die EMRK ist vor allem ein Menschenrechtsinstrument der ersten Generation, das die Vertragsstaaten dazu auffordert, in die Wahrnehmung von persönlichen Rechten und Freiheiten innerhalb ihrer Rechtsprechung nicht einzugreifen. Die Europäische Sozialcharta ist anders. Sie enthält einen Katalog von sozialen und wirtschaftlichen Rechten, deren Verwirklichung eine aktive und fördernde politische Tagesordnung seitens der Vertragsstaaten erfordert. Zu Beginn des Teils I der Sozialcharta steht Folgendes:

„Die Vertragsparteien sind gewillt, *mit allen zweckdienlichen Mitteln* staatlicher und zwischenstaatlicher Art eine Politik zu verfolgen, die darauf abzielt, *geeignete Voraussetzungen zu schaffen*, damit die *tatsächliche Ausübung* der folgenden Rechte und Grundsätze gewährleistet ist.“ (Hervorhebungen durch den Autor)

Diese eindringliche politische Verpflichtung zur wirksamen Verwirklichung, die in den einzelnen Vorschriften von Teil II genauer ausformuliert ist, ist tatsächlich *eine große übergeordnete Verpflichtung zu positiven Maßnahmen*. Sie gilt für Vorschriften wie:

- das Recht von *Kindern und Jugendlichen* auf besonderen Schutz gegen körperliche und sittliche Gefahren und das Recht auf angemessenen sozialen und wirtschaftlichen Schutz (Artikel 7 und 17);
- das Recht auf besonderen Schutz für *Arbeitnehmerinnen im Falle der Mutterschaft* (Artikel 8);
- das Recht von *Menschen mit Behinderung* auf Unabhängigkeit, soziale Eingliederung und Teilnahme am Leben der Gesellschaft (Artikel 15);

- das Recht von *Staatsangehörigen einer Vertragspartei*, im Hoheitsgebiet jeder anderen Vertragspartei gleichberechtigt mit deren Staatsangehörigen jede Erwerbstätigkeit aufzunehmen (Artikel 18);
- das Recht von *Wanderarbeitnehmern, die Staatsangehörige einer Vertragspartei sind, und ihrer Familien* auf Schutz und Beistand im Hoheitsgebiet jeder anderen Vertragspartei (Artikel 19);
- das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf *ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts* (Artikel 20);
- das Recht älterer Menschen *auf sozialen Schutz* (Artikel 23);
- das Recht für *Personen mit Familienpflichten* auf Erwerbstätigkeit ohne Diskriminierung und ohne Konflikt zwischen ihren Berufs- und ihren Familienpflichten (Artikel 27);
- das Recht von *Arbeitnehmervertretern* auf Schutz gegen Benachteiligungen (Artikel 28).

Ungeachtet der Frage der Diskriminierung sind deshalb die Vertragsstaaten, die diese Artikel implementiert haben, verpflichtet, den gewünschten materiellen Schutz der identifizierten Gruppen aktiv zu verfolgen⁴⁸. Der Ausschuss Unabhängiger Experten (jetzt: Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, EASR) hat wiederholt betont, dass die Umsetzung der Charta nicht nur gerichtliche Schritte erfordert, sondern auch praktisches Handeln, um den jeweiligen Rechten ihre vollständige Wirkung zu geben⁴⁹. Diese positiven Pflichten für die Politik können auch über sämtliche positiven Maßnahmen hinausgehen, die aus einem bloßen Diskriminierungsverbot für dieselben Gruppen abgeleitet werden können.

67. Der Schwerpunkt der Sozialcharta auf einer aktiven Politik und auf Ergebnissen ist auch bei der Anwendung seiner Nichtdiskriminierungsvorschriften spürbar. Artikel 1(2) der Europäischen Sozialcharta von 1961 fordert die Vertragsstaaten auf, dafür Sorge zu tragen:

„das Recht des Arbeitnehmers *wirksam zu schützen*, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen“. (Hervorhebung durch den Autor)

Der EASR hat diesen Artikel sowohl als ein *Verbot* sämtlicher Formen der formalen Diskriminierung in der Beschäftigung als auch als das *Zulassen* eines stärkeren Schutzes in Bezug auf bestimmte Merkmale wie z. B. Geschlecht oder Zugehörigkeit zu einer Rasse oder einer ethnischen Gruppe interpretiert⁵⁰. Die Betonung des *wirksamen Schutzes* geht über den *Rechtsrahmen* hinaus und erstreckt sich auf die *Ergebnisse*, die bei der Integration von Zielgruppen erzielt werden, die traditionell vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind (De Schutter, 32).

Erweitert wurde dieser Schwerpunkt auf den Ergebnissen noch mit der Annahme der 1996 revidierten Sozialcharta, die eine allgemeine *Nichtdiskriminierungsklausel* für die Wahrnehmung der in der Charta verankerten Rechte in die Charta mit einbezieht (Artikel E). Für den EASR war schnell ein gewisses Maß an *positiver Verpflichtung* in Artikel E enthalten. Der Ausschuss war der Ansicht, dass das Diskriminierungsverbot darauf abzielt, echte und wirksame Gleichstellung zu gewährleisten. Es verbietet deshalb nicht nur unmittelbare Diskriminierung, sondern auch alle Formen von mittelbarer Diskriminierung. Eine solche indirekte Diskriminierung kann entstehen, wenn es unterlassen wird, „*alle relevante Unterschiede gebührend und positiv zu berücksichtigen, oder wenn es unterlassen wird, angemessene Schritte zu unternehmen, um sicherzustellen, dass die Rechte und kollektiven Vorteile, die für alle offen sind, auch wirklich durch alle und für alle zugänglich sind*“⁵¹.

⁴⁸ Für einen einführenden Überblick siehe Council of Europe, *European Social Charter Short Guide*, 2005 (3rd edition).

⁴⁹ Siehe z. B. *International Commission of Jurists vs. Portugal*, 9.9.1999, § 32; *Autismus Europa vs. Frankreich*, 4.11.2003, § 53.

⁵⁰ Siehe insbesondere Schlussfolgerungen 2002, S. 22-28 (Frankreich) und Schlussfolgerungen XVI-1, Bd. 2 (Luxemburg), S. 377-380.

⁵¹ *Autismus Europa vs. Frankreich*, 4.11.2003, Randnr. 52; *ERRC vs. Italien*, 7.12.2005, Randnr. 20; *ERRC vs. Bulgarien*, 18.10.2006, Randnr. 26. Es gilt anzumerken, dass der EASR zur Rechtfertigung seiner Haltung auf die *Thlimmenos*-Entscheidung verweist, ein Fall, der seitdem viel beachtet wurde (siehe Punkt 62).

6.2.4 Schlussfolgerungen

68. Weder Artikel 14 EMRK noch Protokoll Nr. 12 schreibt den Vertragsstaaten formal irgendeine Verpflichtung zu *positiven Maßnahmen* vor oder implizieren diese, abgesehen von der Verpflichtung, dass sie ihren Rechtsrahmen mit der formalen Gleichstellung in Einklang bringen müssen. Der uneingeschränkte Charakter der Nichtdiskriminierung als ein Menschenrecht lässt sicherlich *fakultative positive Maßnahmen* im Hinblick auf die wirksame Gleichstellung zu. Er kann vielleicht sogar eine positive Diskriminierung unter Verstoß gegen die formale Gleichstellung rechtfertigen, wenn die Ungleichbehandlung objektiv und vernünftig begründet wird. All dies hängt ab von der Auslegung dieser Anforderungen durch den EGMR und von dem Ermessensspielraum, den das Gericht den Staaten zu geben bereit ist. Die geringe Anzahl von Gerichtsentscheidungen deutet darauf hin, dass akzeptiert wird, dass mit positiver Diskriminierung eine bereits bestehende Situation der formalen Diskriminierung korrigiert werden soll. Es ist unklar, ob auch bloße Vielfalt ähnliche Maßnahmen rechtfertigen könnte, auch wenn einige Autoren aus der traditionellen Ansicht des Gerichts unterstützende Argumente dafür ableiten, dass eine „demokratische Gesellschaft“ eine Gesellschaft ist, die auf den Werten der Vielfalt und Toleranz beruht (De Schutter, 20).

Aus der Sicht der Gemeinschaftsrechtsvorschriften über positive Maßnahmen liegt der Wert der EMRK und ihres Protokolls Nr. 12 deshalb nicht so sehr in seinem Verständnis von positiven Maßnahmen, sondern in der komplementären materiellen und personellen Reichweite seines Nichtdiskriminierungsgrundsatzes (Bell, 69).

69. Zu einer ähnlichen Schlussfolgerung kann man auch für die Europäische Sozialcharta kommen. Ihr breiter Rechtskatalog erfordert eine aktive sozialpolitische Agenda *neben dem Gebiet der Gleichstellung und darüber hinaus*. Die Charta und die Gleichstellungsrechtsinstrumente der Gemeinschaft können sich überschneiden, wenn sich beide für dieselben benachteiligten Gruppen einsetzen. Das wahrscheinliche Ergebnis ist dann eine gegenseitige Verstärkung, obwohl auch eine Kollision nicht ausgeschlossen werden kann. Zwar kann es nicht ausgeschlossen werden, dass der Impuls der Charta für eine aktive Integrationspolitik bezüglich der Gleichstellungsrechtsvorschriften Fragen zu den nicht benachteiligten Gruppen aufwerfen kann, doch sollte auch daran erinnert werden, dass formale Gleichstellung erst dann eintritt, wenn sich Mitglieder der verschiedenen Gruppen in vergleichbaren Situationen befinden.

Was positive Maßnahmen und Antidiskriminierungsrechtsvorschriften anbelangt, ist der Rahmen in der Europäischen Union komplexer. Nach der Charta wird ein gewisses Maß an positiver Verpflichtung nur aus der Erweiterung ihres Diskriminierungsverbots auf die mittelbare Diskriminierung abgeleitet. Eine ähnliche positive Verpflichtung resultiert implizit aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, auch wenn der EuGH Schwierigkeiten hat, diese Realität anzuerkennen (siehe Punkt 10). Nur in der Europäischen Union gibt es Vorschriften über positive Maßnahmen zusätzlich zum Diskriminierungsverbot als solchem.

6.3 Positive Maßnahmen oder „zeitweilige Sondermaßnahmen“ in internationalen Menschenrechtsvorschriften

70. Menschenrechtskonventionen fördern in der Regel die wirksame Umsetzung und den wirksamen Schutz der *Grundrechte* in der Rechtsordnung der Vertragsstaaten. Als solche bringen sie natürlich positive und ergebnisorientierte staatliche Verpflichtungen für diese Vertragsparteien mit sich. Im Folgenden liegt der Schwerpunkt jedoch ausschließlich auf *Nichtdiskriminierungsvorschriften als solchen* und auf den daraus abgeleiteten positiven Maßnahmen, die als „zeitweilige Sondermaßnahmen“ bekannt sind. Die Rechtskraft dieser Bestimmungen in den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten wird hier nicht analysiert.

6.3.1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)

71. Neben einigen akzessorischen Diskriminierungsverboten enthält der IPbPR in Artikel 26 ein allgemeines Verbot der Diskriminierung:

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und *allen Menschen gegen jede Diskriminierung*, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, *gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.*“
(Hervorhebung durch den Autor)

Artikel 26 verfolgt eindeutig einen aktiven Ansatz, der positive Maßnahmen nahelegt. Diese Auffassung hat auch der Menschenrechtsausschuss unterstützt. Mehrmals hat er geäußert, dass positive Maßnahmen zur Unterstützung einer benachteiligten Gruppe nicht nur erlaubt, sondern gemäß dem Pakt manchmal sogar notwendig sind (Choudhury, 46-47). Der Menschenrechtssausschuss ist der Ansicht, dass „die Anwendung des Gleichheitsprinzips *bisweilen* vonseiten des Vertragsstaats die Annahme von Maßnahmen zugunsten benachteiligter Gruppen *verlangt*, die eine Milderung oder Beseitigung der Bedingungen bezwecken, welche die vom Pakt untersagte Diskriminierung begründen oder zu deren Fortbestand beitragen. (...) Solange solche Maßnahmen nötig sind, um eine faktische Diskriminierung zu beheben, handelt es sich dabei nämlich um eine im Hinblick auf den Pakt rechtmäßige Ungleichbehandlung.“⁵² Die Verhinderung von Diskriminierung verlangt „nicht nur Schutzmaßnahmen, sondern auch ein konstruktives Vorgehen [affirmative action] mit dem Zweck, die positive Ausübung der Rechte zu gewährleisten“⁵³. Insbesondere sind die Vertragsstaaten verpflichtet, „alle (...) notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, (...) im öffentlichen wie auch im privaten Sektor diskriminierende Handlungen, die die gleichberechtigte Inanspruchnahme der Rechte behindern, zu beseitigen“⁵⁴.

Die Befürwortung von obligatorischen positiven Maßnahmen durch Artikel 26 ist hier auch relevant wegen des angeblich autonomen Charakters, mit dem die Bestimmung über die im IPbPR geschützten bürgerlichen und politischen Rechte hinausreicht. Wieder „verbietet“ Artikel 26 nach Ansicht des Menschenrechtsausschusses „jede rechtliche und faktische Diskriminierung *in jedem durch die öffentliche Hand geregelten und geschützten Bereich*“⁵².

72. Positive Maßnahmen, die einer *Ungleichbehandlung* gleichkommen, müssen *objektiv und angemessen begründet sein* und *im Verhältnis zu dem verfolgten Ziel* stehen. Dies muss jeweils im Einzelfall geprüft werden. Im Fall *Jacobs vs. Belgien* ging der Menschenrechtsausschuss sogar so weit, dass er ein festes Quotensystem für die Ernennung von Nichtrichtern zum Obersten Rat der Justiz, einer offiziellen belgischen Einrichtung mit Beratungs- und Forschungsaufgaben, akzeptiert hat. Angesichts der Besonderheit dieses Falls kam diese Quotenregelung keiner unverhältnismäßigen Einschränkung des Rechts auf Zugang zu öffentlichem Behörden gleich (Vandenhoele, 222-223).

6.3.2 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR)

73. Der CESCR enthält keine allgemeine Gleichstellungsvorschrift, sondern er fordert die Vertragsstaaten auf:

„zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung,

⁵² Allgemeine Bemerkung Nr. 18, abrufbar unter www.ohchr.org

⁵³ Allgemeine Bemerkung Nr. 4, abrufbar unter www.ohchr.org

⁵⁴ Allgemeine Bemerkung Nr. 28, abrufbar unter www.ohchr.org

der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden“. [Artikel 2(2) und Artikel 3]

Zur Bekräftigung dieser Bestimmung hat der CESCR-Ausschuss die Bedeutung der wirklichen, *auf Tatsachen beruhenden Gleichstellung* zusätzlich zur formalen Gleichstellung betont (siehe Vandenhole, 239). Der Ausschuss hat erklärt: „Das Ergreifen besonderer Übergangsmaßnahmen, die auf die Herbeiführung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Männern und Frauen und benachteiligten Gruppen abzielen, stellt keinen Verstoß gegen das Recht auf Nichtdiskriminierung in Bezug auf die Bildung dar.“ Gleiches gilt für Menschen mit Behinderungen, „weil geeignete Maßnahmen getroffen werden müssen, um vorhandene Diskriminierung zu beheben und gerechte Chancen für Menschen mit Behinderung zu schaffen“⁵⁵.

Zwar wurden fakultative positive Maßnahmen insgesamt vorgezogen, doch scheint der CESCR den Staaten keine *allgemeine Verpflichtung* aufzuerlegen, solche Maßnahmen zu ergreifen, und der Ausschuss hat diese auch nur für *spezifische Fälle* vorgeschlagen (Koukoulis-Spiliotopoulos, 530; Vandenhole, 239). Im Hinblick auf den Gender-Bereich *verlangt* die Anwendung des Gleichheitsprinzips „bisweilen vonseiten des Vertragsstaats die Annahme von Maßnahmen zugunsten von Frauen, die eine Milderung oder Beseitigung der Bedingungen bezwecken, welche die Diskriminierung begründen oder zu deren Fortbestand beitragen“⁵⁶.

74. Der Raum für die volle *umgekehrte Diskriminierung* ist nach dem CESCR beschränkter als nach dem IPbPR. Der CESCR-Ausschuss scheint positive Maßnahmen zu bevorzugen, die „auf dem Prinzip der gleichen Rechte“ beruhen und „nicht zur Aufrechterhaltung ungleicher oder unterschiedlicher Normen für verschiedene Gruppen führen“. Im Gender-Bereich, in dem der Ausschuss am meisten Nachsicht hatte, werden Maßnahmen für Frauen akzeptiert, sofern diese „notwendig sind, um tatsächliche Diskriminierung zu beheben, und beendet sind, wenn tatsächliche Gleichberechtigung von Männern und Frauen erreicht ist“. Jedoch schreibt die erforderliche Verhältnismäßigkeit selbst dann Neutralität vor, wenn für einen einzelnen Bewerber spezifische Gründe das Gleichgewicht zu seinen Gunsten kippen könnten⁵⁶. Die Analogie mit der Rechtsprechung des EuGH ist hier kaum zu übersehen.

6.3.3 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)

75. Das CEDAW spricht sich sehr explizit zur Förderung von wirklicher Gleichstellung durch positive Maßnahmen aus: Sein Verbot der Diskriminierung von Frauen erfordert von den Vertragsstaaten direkt und „unverzüglich“ politische Maßnahmen [Artikel 2(e)] und zielt auf das Erreichen der „vollen Verwirklichung“ ab. In Artikel 4 erlaubt das Übereinkommen positive Maßnahmen sogar ausdrücklich:

- „1. (...) 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.
2. Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten – einschließlich der in diesem Übereinkommen genannten Maßnahmen – zum Schutz der Mutterschaft gelten nicht als Diskriminierung.“

Artikel 4 unterscheidet eindeutig zwischen *Schutzmaßnahmen* zugunsten von Frauen (Paragraf 2) und *zeitweiligen Sondermaßnahmen*, die darauf abzielen, die De-facto-Gleichstellung zu erreichen (Paragraf 1).

⁵⁵ Allgemeine Bemerkung Nr. 5 und Nr. 16, abrufbar unter www.ohchr.org

⁵⁶ Allgemeine Bemerkung Nr. 16, abrufbar unter www.ohchr.org

76. Zeitweilige Sondermaßnahmen gelten somit nicht als diskriminierend, sofern sie i) die De-facto-Gleichstellung von Männern und Frauen beschleunigen, ii) nicht zur Aufrechterhaltung ungleicher oder unterschiedlicher Normen führen, und iii) aufgehoben werden, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind.

Die De-facto-Gleichstellung zu beschleunigen bedeutet, dass die Staaten nicht nur ihre eigenen diskriminierenden Praktiken, sondern auch die von Privatpersonen und Institutionen in allen Bereichen beseitigen sollen, und sie auch aufgefordert werden, mit Unterschieden so umzugehen, dass diese Unterschiede respektiert werden. Außerdem sollen die Staaten diskriminierende Auswirkungen von Gesetzen beseitigen, die ihrem Anschein nach gleich sind, sich auf Frauen jedoch unverhältnismäßig auswirken (Cook, 123-124).

Das *Verbot der Aufrechterhaltung ungleicher oder unterschiedlicher Normen* verbietet es den Staaten, ausschließlich vom Leistungsprinzip auszugehen durch das Ergreifen von Maßnahmen, die in umgekehrt diskriminierender Weise einfach auf Ergebnisgleichheit abzielen würden. Quoten sind damit nur für *gleich qualifizierte Mitglieder* einer historisch benachteiligten Gruppe zulässig (Cook, 125).

Die Bedingung, dass diese Maßnahmen *aufzuheben* sind, *sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind*, erklärt sich von selbst. Sobald ihre Ziele erreicht sind, sollten die Staaten diese Maßnahmen einstellen. Ein festgelegtes Ablaufdatum oder kurzfristige Maßnahmen sind nicht obligatorisch (Freeman, 100-103). Die Dauer sollte entsprechend dem erreichten Fortschritt im Hinblick auf ein konkretes Problem und nicht aufgrund eines vorbestimmten Zeitrahmens festgelegt sein⁵⁷. Zeitweilige Sondermaßnahmen können sich daher über einen ziemlich langen Zeitraum erstrecken, sollten jedoch genau begründet und regelmäßig evaluiert werden (Holtmaat, 225-226).

77. Artikel 4 (1) CEDAW lässt zeitweilige Sondermaßnahmen zu, ohne sie vorzuschreiben. Jedoch hat der CEDAW-Ausschuss aus dem Zweck und der Struktur des CEDAW eine Pflicht abgeleitet: (...) die Vertragsstaaten [sind] verpflichtet, zeitweilige Sondermaßnahmen (...) zu verabschieden und durchzuführen, wenn solche Maßnahmen sich als notwendig und angemessen erweisen, um die Erreichung eines allgemeinen oder eines spezifischen Ziels im Hinblick auf die De-facto- oder substanzielle Gleichstellung der Frau zu beschleunigen⁵⁸.

6.3.4 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD)

78. Das ICERD spiegelt das CEDAW insofern wider, als sein Schwerpunkt ausdrücklich auf der wirklichen Gleichstellung und der Anerkennung besonderer Maßnahmen für diesen Zweck liegt:

„Sondermaßnahmen, die einzig zu dem Zweck getroffen werden, eine angemessene Entwicklung bestimmter Rassengruppen, Volksgruppen oder Personen zu gewährleisten, die Schutz benötigen, soweit ein solcher erforderlich ist, damit sie die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt genießen und ausüben können, gelten nicht als Rassendiskriminierung, sofern diese Maßnahmen nicht die Beibehaltung getrennter Rechte für verschiedene Rassengruppen zur Folge haben und sofern sie nicht fortgeführt werden, nachdem die Ziele, um derentwillen sie getroffen wurden, erreicht sind.“ [Artikel 1(4)] (Hervorhebungen durch den Autor)

⁵⁷ Allgemeine Empfehlung Nr. 25 zu Artikel 4(1), Randnr. 20, abrufbar unter www.un.org

⁵⁸ Allgemeine Empfehlung Nr. 25 zu Artikel 4(1), Randnr. 24, abrufbar unter www.un.org

Das ICERD geht sogar noch weiter, indem es Sondermaßnahmen obligatorisch macht:

„Die Vertragsstaaten treffen, *wenn die Umstände es rechtfertigen*, auf sozialem, wirtschaftlichem, kulturellem und sonstigem Gebiet *besondere und konkrete Maßnahmen*, um die angemessene Entwicklung und einen hinreichenden Schutz bestimmter Rassengruppen oder ihnen angehörender Einzelpersonen sicherzustellen, damit gewährleistet wird, dass sie in vollem Umfang und gleichberechtigt in den Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelangen. Diese Maßnahmen dürfen in keinem Fall die Beibehaltung ungleicher oder getrennter Rechte für verschiedene Rassengruppen zur Folge haben, nachdem die Ziele, um derentwillen sie getroffen wurden, erreicht sind.“ [Artikel 2(2)] (Hervorhebungen durch den Autor)

Die Kombination aus den beiden Vorschriften ist nicht ganz ohne Schwierigkeiten mit dem Text. Artikel 1(4) unterstützt spezielle Maßnahmen, die keine getrennten Rechte für verschiedene Rassengruppen beibehalten. Artikel 2(2) schreibt Sondermaßnahmen vor, solange getrennte Rechte für verschiedene Gruppen abgeschafft werden, nachdem die Ziele erreicht worden sind. Der erste Artikel unterstützt daher die umgekehrte Diskriminierung nicht, während der zweite sie vorzuschreiben scheint, wo dies erforderlich ist.

Jedoch geht man allgemein davon aus, dass Sondermaßnahmen für alle auf einer gleichberechtigten Basis ergriffen werden sollten. Sie müssen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, sie sollten den Grundsatz der Gerechtigkeit respektieren und auf einer realistischen Einschätzung der Situation beruhen. Diese Maßnahmen sollten alle relevanten Gebiete einschließlich der privatwirtschaftlichen Beschäftigung und der Berufsausbildung umfassen (Vandenhoe, 207-210). In dieser Hinsicht fordert das ICERD die Vertragsstaaten auf, ihren Vorschriften eine horizontale Wirkung zu geben.

6.3.5 Sonstige internationale Abkommen

79. Ausdrückliche Diskriminierungsverbote enthalten auch andere internationale Abkommen, wie z. B. das IAO-Übereinkommen gegen Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (Nr. 111), die Unesco-Konvention gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen, Artikel 1(3) der UNO-Charta, die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes (CRC), das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten und die UNO-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung. Einige dieser Rechtsinstrumente regen die Vertragsstaaten dazu an, positive Maßnahmen zu ergreifen, wenn sie gerechtfertigt sind, um wirkliche Gleichstellung zu erreichen. Dies ist der Fall bei Artikel 4 des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten. Der Ausschuss über die Rechte des Kindes hat auch betont, dass „unter dem Gleichbehandlungsgrundsatz ein gleicher Zugang zu Rechten, nicht aber die identische Behandlung einer jeden Person zu verstehen ist“⁵⁹, und hat die Vertragsstaaten dazu aufgerufen, positive Maßnahmenprogramme zu entwickeln, die auf den Bedürfnissen und Rechten der Kinder und nicht auf spezifischen Diskriminierungsgründen basieren (Vandenhoe, 285). Artikel 5 der UNO-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung aus dem Jahr 2006 enthält eine Verpflichtung für geeignete Vorkehrungen und hält „Maßnahmen, die zur Beschleunigung oder Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung behinderter Menschen erforderlich sind“, nicht für eine Diskriminierung.

6.3.6 Schlussfolgerungen

80. Angesichts der großen Vielfalt oder gar der Inflation von Rechtsinstrumenten für die Bekämpfung von Diskriminierung ist es sehr schwierig, sich ein einheitliches Bild vom Verhältnis zwischen Nichtdiskriminierung und

⁵⁹ Allgemeine Bemerkung Nr. 5, Randnr. 12, abrufbar unter www.ohchr.org

positiven Maßnahmen bzw. „zeitweiligen Sondermaßnahmen“ in den internationalen Menschenrechten zu machen. Gemeinsame Elemente sind jedoch tatsächlich erkennbar und aus Sicht des Gemeinschaftsrechts auch relevant.

Alle internationalen Menschenrechtsinstrumente, über die oben diskutiert wurde, konzentrieren sich in unterschiedlichem Maße auf die wirkliche Gleichstellung, *ohne die Verdienste der formalen Gleichstellung mindern zu wollen*. Dadurch unterscheiden sie sich nicht nur von den EG-Rechtsvorschriften, sondern auch von der EMRK und der Europäischen Sozialcharta. Diese Europäischen Rechtsinstrumente *konzentrieren sich auf die formale Gleichstellung, ohne die Verdienste der wirklichen Gleichstellung mindern zu wollen*. Die internationale Entscheidung für die wirkliche Gleichstellung bedeutet, dass positive Maßnahmen durch „zeitweilige und besondere Maßnahmen“ nicht nur akzeptiert, sondern auch natürlich erwartet und gelegentlich auch entweder durch eine ausdrückliche Bestimmung und/oder durch Auslegung durch den zuständigen Ausschuss u. U. gefordert werden. Inwiefern positive Maßnahmen in der obligatorischen wirklichen Gleichstellung integriert sind, ist jedoch je nach Quelle unterschiedlich. Insbesondere umgekehrte Diskriminierung wird in den verschiedenen Konventionen und Verträgen nicht in der gleichen Weise unterstützt oder vorgeschrieben. Einschränkungen bei der formalen Gleichstellung zum Zweck der substantiellen Ergebnisse werden außerdem genau auf ihre Natur, ihren Zweck und ihre Dauer hin geprüft. Zwar werden positive Maßnahmen deshalb nicht als eine Ausnahme zur Gleichstellung, sondern als Teil von ihr gesehen, doch sind sie trotzdem bis zu einem gewissen Grad eingeschränkt. Die formale Gleichstellung bleibt dort die wichtigste Ausweichmöglichkeit, wo positive Maßnahmen am Ende sind.

81. Bis zu welchem Punkt geht die Anwendung des Gemeinschaftsrechts über positive Maßnahmen in den Mitgliedstaaten der EG, die ebenfalls Vertragsstaaten der internationalen Menschenrechtsinstrumente sind?

Zunächst kann die Menschenrechtsdimension auf der Ebene des Mitgliedstaates als nützliche obligatorische Ergänzung zum in erster Linie fakultativen Rahmen für positive Maßnahmen in den Rechtsvorschriften der EG dienen. Ein grober Überblick über die Erfahrung der Mitgliedstaaten in dieser Studie hat gezeigt, wie mehrere Staaten tatsächlich über die Grenzen des zurückhaltenden Gemeinschaftsrahmens gegangen sind.

Zweitens könnten angesichts der Bedeutung, die den gemeinsamen Menschenrechtsnormen bei der Entwicklung des EG-Rechts und insbesondere in der Rechtsprechung des EuGH beigemessen wird, Argumente für einen flexibleren menschenrechtsorientierten Ansatz gefunden werden, da der Lehrsatz von den positiven Maßnahmen auf EG-Ebene weiter entwickelt ist. Allerdings werden sich solche Argumente zwangsläufig mit dem relativ strikten Begriff der formalen Gleichstellung in den primären europäischen Menschenrechtsinstrumenten auseinandersetzen müssen.

Drittens sollte derzeit nicht ausgeschlossen werden, dass der Voluntarismus, den die internationalen Menschenrechtsinstrumente ausstrahlen, deren verlangte oder gewünschte positive Maßnahmen auch über den Bereich dessen bringen kann, was gegenwärtig für die Beurteilung des EuGH oder nach der EMRK oder der Sozialcharta akzeptabel ist. Dies gilt insbesondere für die Diskriminierung von Frauen und für die Rassendiskriminierung, zu denen die Menschenrechtskonventionen einen klaren positiven Ansatz enthalten. Damit tatsächlich ein Konflikt entsteht, müsste in dem jeweiligen Fall natürlich eine ausführliche Analyse aller Quellen und ihrer jeweiligen Rechtskraft durchgeführt werden. Wo Menschenrechtskonventionen programmatische Vorschriften enthalten, die auf staatliches Handeln abzielen, erscheint es logisch, dass sich das stärkere Gemeinschaftsrecht durchsetzen wird, unabhängig von der Wirkungskraft der Menschenrechte.

Richard | 1988

Kapitel VII

Vergleichende Rechtsstandards

82. Europäische Gemeinschaftsrechtsvorschriften über positive Maßnahmen sind noch in ihrer Entwicklungsphase, angesichts der begrenzten Anzahl von Fragen, die der EuGH bislang geklärt hat, und angesichts der Zunahme von positiven Maßnahmen in den neuen Richtlinien. Eine Übung im Rechtsvergleich mit Rechtsprechungen, die etwas mehr Erfahrung mit positiven Maßnahmen haben, kann sich daher als nützliche Quelle nicht für maßgebliche Informationen, sondern eher für Inspirationen erweisen. Unsere Übung hier bezieht sich auf positive Maßnahmen in zwei relevanten Rechtsprechungen des angelsächsischen Sprachraums. Sie beleuchtet die *positive Diskriminierung* und gibt eine rechtliche Übersicht. Sie versteht sich jedoch nicht als allgemeine Einführung in die Rechtsvorschriften zu positiven Maßnahmen in diesen Rechtsprechungen.

7.1 Vereinigte Staaten von Amerika

83. Das Rechtssystem der Vereinigten Staaten enthält eine große Vielfalt von Vorschriften zu positiven Maßnahmen oder *affirmative action* (nachfolgend: AA) auf föderaler, auf Bundesstaaten- und auf lokaler Ebene. Die Gerichte, allen voran die Bundesgerichte und das Oberste Gericht der USA (Supreme Court, im Folgenden: SCT), haben bei der Entwicklung der AA eine wichtige Rolle gespielt. Allerdings muss sofort festgehalten werden, dass es auch nach jahrzehntelanger Erfahrung noch viele Zweifel und Unsicherheiten bezüglich der Grenzen von *Affirmative-action*-Programmen gibt. Die Rechtsprechung des SCT wurde allmählich zu einer komplexen und diversifizierten Landschaft, die bei Beobachtern immer noch Verwirrung und Spaltung verursacht. Die wichtigsten Bereiche der Rechtsprechung sollen hier zusammengefasst werden. Bei der Untersuchung der Rechtsprechung müssen zwei wichtige Trennlinien bedacht werden. Zunächst muss man *freiwillige Affirmative-action-Programme* von nichtfreiwilligen bzw. *gerichtlich angeordneten Affirmative-action-Programmen* unterscheiden, da sie ähnlichen, aber unterschiedlichen Kriterien unterliegen. Zweitens ist die AA durch *öffentliche Einrichtungen* nicht nur gesetzlichen Einschränkungen, sondern auch einer allgemeinen verfassungsrechtlichen Prüfung gemäß der fünften und vierzehnten Änderung der US-Verfassung unterworfen (die sogenannte *Equal Protection Clause*).

7.1.1 Zugang zu Hochschulen

84. *Affirmative action* in der Form der sogenannten „gutartigen Diskriminierung“ beim Zugang zu Hochschulen war in den USA über Jahrzehnte ein höchst umstrittenes Thema. Sie umfasst die verfassungsrechtliche *Equal Protection Clause* und den *Titel VI des Bürgerrechtsgesetzes von 1964*, das in Kraft gesetzt wurde, um Diskriminierung aufgrund der Rasse, Hautfarbe, der nationalen Herkunft in mit Bundesmitteln finanzierten Programmen und Aktivitäten zu verbieten.

Zwei große SCT-Urteile beherrschen hier das Feld. Im Fall *Bakke* (1978) lehnte ein höchst gespaltenes Gericht ein Zulassungsverfahren ab, mit dem Studenten aus benachteiligten Minderheiten in jeder Studienanfängerklasse eine bestimmte Quote von Plätzen vorbehalten war⁶⁰. Auch wenn die genaue Bedeutung der Entscheidung Jahrzehnte lang debattiert worden ist, ist man allgemein der Auffassung, dass der SCT beschloss, jede *ethnische Kategorisierung*, unabhängig von ihrer „gutartigen“ Absicht, einer *strengen Prüfung* zu unterziehen. Diese genaue Prüfung lässt nur diejenigen AA-Programme zu, die einem „*zwingenden Regierungsinteresse*“ entsprechen und deren Maßnahmen „*eng*“ auf die Förderung dieses Interesses „*zugeschnitten*“ sind. Eine strenge Prüfung (*strict scrutiny*) schreibt mehr Einschränkungen vor als die alternative *intermediate scrutiny*, die von Verfechtern von AA befürwortet wird, und eine ethnische Klassifizierung wird im Wesentlichen akzeptiert, wenn diese einem „*wichtigen Regierungsinteresse*“ mit „*materiell damit zusammenhängenden*“ Maßnahmen dient.

⁶⁰ *Regents of University of California vs. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

Nach Jahrzehnten der Ungewissheit an Hochschulen und Gerichten wurde die Entscheidung im Fall *Bakke* vom SCT in den Fällen *Grutter* und *Gratz* im Jahr 2003 beibehalten und geklärt⁶¹. Der SCT musste beurteilen, inwiefern es verfassungsgemäß war, wenn die juristische Fakultät der University of Michigan das Kriterium der Rasse anwandte, um eine „kritische Masse“ von Studenten aus unterrepräsentierten Minderheiten sicherzustellen. *Grutter* und *Gratz* hielten an einer *strict scrutiny* fest, hielten das Programm von Michigan nicht für eine tatsächliche Quote und vertraten die Ansicht, dass *Vielfalt ein zwingendes Interesse bei der Hochschulbildung ist* und dass das Merkmal Rasse einer von mehreren Faktoren ist, die berücksichtigt werden können, um den Nutzen für die Bildung zu bekommen, der sich aus der Vielfalt der Studentenschaft ergibt (Nowak und Rotunda, 826). Damit hielt das Gericht nicht nur an der *strict scrutiny* fest, sondern erkannte gleichzeitig an, dass sein erforderliches zwingendes Interesse nicht nur auf den Ausgleich einer früheren Diskriminierung innerhalb derselben Institution beschränkt ist.

85. Rassenquoten sind somit erklärtermaßen verfassungswidrig. Eine Zulassungs- oder Hochschulwechsellpolitik, die eine bestimmte Anzahl von Punkten vergibt, die ausschließlich auf dem Merkmal Rasse basieren, ist eindeutig verfassungswidrig. Politiken der mehrstufigen Hochschulzulassung oder des mehrstufigen Hochschulwechsels auf der Grundlage der Rasse sind vermutlich verfassungswidrig. Abgesehen von diesen relativ bruchstückhaften Gesetzen bleibt das Feld weiterhin sehr offen (Munich und Broy, 29).

7.1.2 Beschäftigung im Privatsektor

86. Titel VII des Bürgerrechtsgesetzes von 1964 ist das wichtigste Bundesgesetz zum Verbot von Diskriminierung in der Beschäftigung. Danach ist es u. a. gesetzeswidrig, „*Menschen aufgrund ihrer Rasse, Hautfarbe, Religion, Geschlecht oder nationalen Herkunft zu diskriminieren*“ [nichtamtliche Übersetzung]. Sowohl die Formulierung als auch die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes verlangen vom Arbeitgeber Neutralität bzw. eine sogenannte „Farbenblindheit“. Der SCT hat zunächst im Fall *Weber* (1979) dennoch eingeräumt, dass das Verbot in Titel VII keine Verurteilung von Rassendiskriminierung aller privaten, freiwilligen, **rassenbewussten Aktionspläne** darstellt.

Außerdem ist die Prüfung dieser Pläne durch das Gericht nur *mittelmäßig streng*. Ein Arbeitgeber braucht nicht auf seine eigenen früheren diskriminierenden Praktiken zur verweisen, sondern nur auf ein „auffälliges Ungleichgewicht bei traditionell getrennten Arbeitskategorien“ (*Johnson vs. Transportation Agency*). In dem Zweck der AA sollten lediglich Gesetze widerspiegelt werden, wobei insbesondere alte Muster der Rassentrennung und Hierarchie analysiert werden sollen. Andererseits sollte AA „die Interessen der weißen Arbeitnehmer nicht unnötig einschränken“ (*Weber*). Dies hat die Gerichte dazu bewogen, Elemente wie das Fehlen einer absoluten Schranke, das Fehlen von starren Quoten, das Verhältnis der Ziele zum relevanten Arbeitsmarkt, die vorübergehende Dauer von AA oder ihre regelmäßige Überprüfung zu bewerten⁶².

87. Angesichts einer Bestimmung, die auf die Neutralität verweist, und in Ermangelung jeglicher Bestimmung, die positive Maßnahmen unterstützt, ist die Flexibilität der amerikanischen Gerichte beim Thema AA ziemlich bemerkenswert. Sie ist dies umso mehr, als der *Weber-Test* schließlich über das historische Thema Rasse hinaus z. B. auch auf **Gender-Fälle** erweitert wurde. Es ist vielleicht nicht überraschend, dass eine Änderung des Titels VII des Bürgerrechtsgesetzes von 1991 die Reichweite der AA bei der Bewerberauswahl eingeschränkt hat und es ausdrücklich als gesetzeswidrig bezeichnet, „*die Werte von beschäftigungsspezifischen Tests anzupassen, unterschiedliche Grenzwerte bei solchen Tests zu verwenden oder in sonstiger Weise die Ergebnisse dieser Tests auf der Grundlage von Rasse, Hautfarbe, Religion, Geschlecht oder nationaler Herkunft abzuändern*“ (§ 703 Absatz 1) [nichtamtliche Übersetzung]. Außerdem ist anzumerken, dass der *Weber-Test* nur für freiwillige AA-Pläne in der

⁶¹ *Grutter vs. Bollinger*, 123 S.Ct. 2325 (2003); *Gratz vs. Bollinger*, 123 S.Ct. 2411 (2003).

⁶² *United Steelworkers vs. Weber*, 443 US 193 (1979); *Johnson vs. Transportation Agency of Santa Clara County*, 480 US 616 (1987).
Siehe Pfeiffer, 1059 et seq.; Larson, 62-24 et seq.

Beschäftigung des Privatsektors gilt. Die Reichweite von gerichtlich angeordneter AA ist viel geringer, während die *Equal Protection Clause* der US-Verfassung für AA in der Beschäftigung im öffentlichen Sektor ebenfalls die *stricter scrutiny* auferlegt, in Anlehnung an die für die AA der Regierung anwendbare allgemeine *strict scrutiny*.

7.1.3 Regierungsprogramme

88. Nach mehrmaligem Zögern in der Rechtsprechung des SCT ist es jetzt klar, dass *alle von der lokalen, der Bundesstaaten- oder der föderalen Regierung aufgelegten AA-Programme*, unabhängig davon, ob sie als Auftragnehmer, als Regulierungsstelle oder als öffentlicher Arbeitgeber auftritt, der *strict scrutiny* unterliegen, sobald sie irgendeine Form von Tendenz für die eine oder andere Rasse aufweisen oder eine sonstige „gutartige Diskriminierung“ mit sich bringen. Wie beim Fall des Hochschulzugangs erfordert dies auch ein *zwingendes Regierungsinteresse*, auf das die umstrittenen AA-Maßnahmen *eng zugeschnitten* sein müssen⁶³. Der Unterschied liegt in der Auslegung dessen, was die gemeinsame Norm der Untersuchung erfüllt. Die Prüfung von AA beim Hochschulzugang erkennt die einmalige Rolle von Universitäten bei der Förderung eines freien Austauschs von Ideen an. Von der Regierung ergriffene AA-Maßnahmen müssen daher an die Realitäten des jeweiligen Regierungsprogramms angepasst sein. Dazu gehören z. B. sehr klare Erkenntnisse über frühere oder aktuelle durch Regierungshandeln oder gesellschaftlich praktizierte Diskriminierungen nicht im Allgemeinen, sondern in dem Bereich, für den die AA geplant wurde. Es ist auch nicht klar, ob bereits die beabsichtigte Vielfalt – abgesehen von der Beseitigung von bereits vorgekommener Diskriminierung – als ein „zwingendes Interesse“ für von der Regierung ergriffene AA anerkannt werden kann (Nowak und Rotunda, 803-837).

7.2 Kanada

7.2.1 Gesetzgebung

89. *Affirmative action* in Kanada basiert auf einer Vielzahl von Quellen. Die allgemeinen *Menschenrechtsgesetze* (*Human Rights Acts*, nachfolgend: HRA) der verschiedenen kanadischen Provinzen enthalten in der Regel eher liberale als obligatorische Vorschriften zur *affirmative action*. Im Bereich Beschäftigung soll mit dem *Gesetz zur Gleichbehandlung in der Beschäftigung* (*Employment Equity Act*, nachfolgend: EEA) die benachteiligte Situation von Frauen, indigenen Völkern, Menschen mit Behinderung und Mitglieder von „sichtbaren“ Minderheiten aktiv korrigiert werden. Es fordert *Arbeitgeber* dazu auf, systematische Schritte zur Erlangung von Gleichstellung zu ergreifen. Hierzu zählen auch Erhebungen am Arbeitsplatz, die Überprüfung von Beschäftigungssystemen und ein Aktionsplan mit konkreten Zielen und spezifischen Maßnahmen zum Erreichen dieser Ziele. Das EEA ist im Wesentlichen ein Instrument für die Pflicht zur Vielfalt und versteht sich weniger als Quelle der umgekehrten Diskriminierung.

Ein weiteres wichtiges Rechtsinstrument für positive Maßnahmen ist die **Kanadische Charta der Rechten und Freiheiten** (im Folgenden: Charta), die Teil der kanadischen Verfassung ist. Die Charta gilt für die *Regierung*, also auch für den Staat als Arbeitgeber, nicht jedoch für private Akteure. Paragraph 15 der Charta enthält ein allgemeines Recht auf Gleichstellung [Paragraph 15(1)] sowie eine „Vorschrift zu Sonderprogrammen“ [Paragraph 15(2)], nach denen „*alle Gesetze, Programme oder Tätigkeiten*“ zulässig sind, „*mit denen die Verbesserung der Bedingungen von benachteiligten Personen oder Gruppen einschließlich derjenigen, die wegen ihrer Rasse, der nationalen oder ethnischen Herkunft, Hautfarbe, Religion, ihres Geschlechts, Alters oder aufgrund einer geistigen oder körperlichen Behinderung benachteiligt werden*“. Aus dem Text geht nicht deutlich hervor, ob Paragraph 15(2) als Ausnahme zu Paragraph 15(1) oder als Klärung dessen zu verstehen ist (Hogg, 52-46). Auf jeden Fall hatte der kanadische Oberste Gerichtshof keine

⁶³ *Richmond vs. Croson Co.*, 488 US 469 (1989); *Adarand Constructors Inc. vs. Peña*, 515 US 200 (1995).

Bedenken bei der Anwendung von Paragraph 15 als offenes Verfassungsmandat für echte positive Maßnahmen. Im Gegensatz zu den USA, wo die Verfassung auf der Seite der *equal protection* steht und die Verfassungsgemäßheit von AA noch umstritten ist, erkennt die kanadische Verfassung positive Maßnahmen ausdrücklich an.

7.2.2 Rechtsprechung

90. Nur relativ wenige Fälle beziehen sich auf die Vorschriften der HRA zu ***affirmative action***, da diese von den verschiedenen Menschenrechtskommissionen unterstützt werden. Die bisherige Rechtsprechung ist äußerst flexibel. Der kanadische Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ohne Zögern AA-Programme angenommen, die eine nachgewiesene systemische Diskriminierung beheben sollten, auch in Fällen, wo solche Programme ausgleichende Quoten umfassten oder eine positive Diskriminierung für eine frühere Randgruppe einführten ⁶⁴. Das Gericht verfolgt einen bewussten Ansatz, mit dem AA als ein Instrument zur Bekämpfung von systemischer Diskriminierung anerkannt wird (Finkelstein, 1285). Es sieht die kanadische Anerkennung und den kanadischen Umgang mit Rechten von Gruppen sogar ausdrücklich als Gegensatz zu dem nach US-Recht verfolgten Ansatz an. Aus dieser vergleichenden Perspektive ist es auch überraschend, wie der kanadische Oberste Gerichtshof keinerlei Standardprüfung entwickelt hat und sich lediglich darauf beschränkt hat, die Notwendigkeit von AA für die Verwirklichung von wirklicher Gleichstellung anzuerkennen.

In mehreren Fällen hat der kanadische Oberste Gerichtshof seine Anerkennung, dass Gleichstellung zur Verwirklichung von wirklicher Gleichstellung auch Ungleichbehandlung notwendig machen kann, auch auf **Paragraph 15 der Charta** erweitert ⁶⁵. Das Gericht hält an AA fest, solange ihre Diskriminierung nicht auf einem Stereotyp basiert und daher eine Verbesserungsabsicht verfolgt, die sich nicht mit den Bedürfnissen und Umständen der nicht benachteiligten Gruppe deckt ⁶⁶. Außerdem beruft sich das Gericht dabei auf das *allgemeine Recht auf Gleichbehandlung* in Paragraph 15(1) der Charta und nicht auf ihre ausdrückliche *Vorschrift zu Sonderprogrammen* in Paragraph 15(2). Dies verdeutlicht erneut die pragmatische kanadische Haltung, AA eher als Teil des Gleichstellungsrechts zu sehen denn als Ausnahme davon (Drumbl, 91-94; Ventura, 131-132).

⁶⁴ *Athabasca Tribal Council vs. Amoco Canada Petroleum Company* (1981) 1 SCR 699; *Action Travail des Femmes vs. Canadian National Railway Co.* (1987) 1 SCR 1114; *NCARR vs. Health Canada* (1997) C.H.R.D. No. 3 (Q.L.) 523.

⁶⁵ *Andrews vs. Law Society of British Columbia* (1989) 1 SCR 143; *Weatherall vs. Canada* (1993) 2 SCR 872.

⁶⁶ *Lovelace vs. Ontario* (2000) 1 SCR 950.

Piebe | 1970

Kapitel VIII

Allgemeine Schlussfolgerungen

91. Der Rechtsrahmen für positive Maßnahmen ist vielschichtig. Er kombiniert sowohl Elemente internationaler als auch europäischer Menschenrechtsvorschriften, als auch Elemente des Rechts der Europäischen Gemeinschaft und des innerstaatlichen Rechts, zu dem häufig auch das Verfassungsrecht des jeweiligen Mitgliedstaats zählt. Diese Quellen nähern sich dem Zusammenwirken von Gleichstellung und positiven Maßnahmen auf ihre jeweils eigene Weise. Verstärkt wird diese juristische Komplexität noch durch die Vielfalt von Maßnahmen, die als „positive Maßnahmen“ bezeichnet werden können. Die Realität der Gleichstellung in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist ein Gemisch aus all diesen Bestandteilen und hat daher jeweils unterschiedliche Bedeutungen.

Diese Studie hat sich auf positive Maßnahmen in der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG und in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG konzentriert. Ihr Anliegen war es, eine Verbindung herzustellen zu den allgemeinen Gleichstellungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft und zum Besitzstand bei den positiven Maßnahmen im Gender-Bereich. Bei unseren Analysen haben sich verschiedene aufschlussreiche Schlussfolgerungen für die weitere Entwicklung von positiven Maßnahmen in den Rechtsvorschriften der EG ergeben.

92. Ungeachtet einiger geringer Textunterschiede übernehmen die Vorschriften über positive Maßnahmen in den 2000er Richtlinien im Wesentlichen Artikel 141(4) EGV in ihre jeweiligen Geltungsbereiche (Punkte 27-34). Artikel 141(4) EGV selbst wurde vom EuGH (noch) nicht verwendet, um für positive Maßnahmen gemäß Artikel 2(4) der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie mehr Raum zuzulassen. Positive Maßnahmen, mit denen bestimmte Formen von positiver Diskriminierung praktiziert werden, werden immer noch als eine Ausnahme zum Grundsatz der formalen Gleichstellung ausgelegt. Die Abgrenzung dieser Ausnahme erfolgt immer häufiger durch das Prisma der *Verhältnismäßigkeit*. Die Anwendung der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsnorm auf spezifische Fälle hat zu folgenden Leitlinien geführt (Punkte 25-26 und 33-34):

- Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollte jede positive Diskriminierung einem rechtmäßigen Ziel dienen und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist, *wobei der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen des angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden muss.*
- Was die *Rechtmäßigkeit* anbelangt, rechtfertigen *Gruppenmerkmale* möglicherweise bestimmte Maßnahmen, aus denen sich einzelne Fälle positiver Diskriminierung ergeben, wenn sie das richtige Ziel haben, das die Anforderung des *Einzelschadens* überflüssig macht.
- Positive Diskriminierungsmaßnahmen sollten *objektiv dem festgelegten Ziel dienen und von objektiven und transparenten Kriterien abhängen.*
- In einem *Auswahlverfahren* ist das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* nicht erfüllt, wenn die bevorzugte Behandlung automatisch und bedingungslos ist und keine objektive Bewertung aller persönlichen Umstände aller Bewerber erfolgt. Automatische Quoten sind daher nicht zulässig.

Das erforderliche *rechtmäßige Ziel* kann je nach Kontext und Gruppe unterschiedlich sein. Bei der *Beschäftigung von Frauen* sollte das Ziel die *Beseitigung und Korrektur der Ursachen von geringeren Chancen beim Zugang zu Beschäftigung und Karriere* und die Verbesserung der Möglichkeiten des unterrepräsentierten Geschlechts, im Arbeitsmarkt konkurrieren zu können und ihr Berufsleben gleichberechtigt zu verfolgen, und somit der Ausgleich eines nachweislichen Ungleichgewichts zwischen den Geschlechtern (siehe Punkte 15-24) sein. Wie groß das *Ungleichgewicht* sein muss, um positive Diskriminierung zu rechtfertigen bzw. ob und wie die *Wirksamkeit* und die *Kosten und Nutzen* der positiven Diskriminierung beurteilt werden müssen, ist nicht klar (Punkt 26).

Man kann annehmen, dass sich durch die drastische Zunahme bei den geschützten Gründen und dem materiellen Geltungsbereich der Gleichstellungsvorschriften der Gemeinschaft durch die 2000er Richtlinien noch mehr und vielfältigere zulässige Ziele für positive Maßnahmen ergeben werden. Allerdings beruht diese logische Entwicklung auf einem einheitlichen begrifflichen Rahmen, der weitgehend identisch ist mit dem Besitzstand im Gender-

Bereich. Wegen des flexiblen Charakters des Verhältnismäßigkeitstests kann künftig mit noch mehr europäischer Nachsicht bei positiven Maßnahmen gerechnet werden, was allerdings nicht von vornherein auf den von den 2000er Richtlinien gesteckten Rahmen zurückzuführen ist (Punkte 33-34).

93. Das Thema Behinderung ist sowohl auf Gemeinschafts- als auch auf Mitgliedstaatenebene eine Klasse für sich. Die Rahmenrichtlinie lässt *Sonderbestimmungen* für Behinderte zu, was auch formale Quoten umfassen kann (Punkte 35-36). *Angemessene Vorkehrungen* schreibt individualisierte positive Maßnahmen im Bereich Beschäftigung vor und unterscheidet sich dadurch vom ansonsten fakultativen und kollektiven Charakter der positiven Maßnahmen in den EG-Rechtsvorschriften (Punkte 37-39). Zwar sehen viele Mitgliedstaaten Quotensysteme für Behinderte vor, doch wird deren praktische Auswirkung aufgrund ihrer internen Flexibilität insbesondere im Privatsektor häufig eingeschränkt (Punkte 57-58).

94. Die Rechtsvorschriften der EG über Gleichstellung und positive Maßnahmen stehen nur teilweise im Gegensatz zu den Menschenrechtsnormen. *Die Europäische Menschenrechtskonvention*, ihr Protokoll Nr. 12 und die Europäische Sozialcharta erfordern nicht, sondern tolerieren vielmehr positive Maßnahmen bei der materiellen Anwendung von Nichtdiskriminierungsklauseln, in denen positive Maßnahmen nicht ausdrücklich erwähnt werden. Insofern ist ihr Bezugsrahmen dem der Europäischen Gemeinschaft bemerkenswert ähnlich. Der Schwerpunkt der *Sozialcharta* auf der wirksamen Nichtdiskriminierung ergibt sich vor allem aus einem ebenfalls in den EG-Rechtsvorschriften enthaltenen Verbot der indirekten Diskriminierung (Punkte 61-69).

In unterschiedlicher Ausprägung sehen *internationale Menschenrechtsnormen* jedoch positive Maßnahmen in der Form von „zeitweiligen Sondermaßnahmen“ als Bestandteil des Konzepts der tatsächlichen Gleichstellung vor. Daraus können sich implizit und bisweilen sogar explizit obligatorische positive Maßnahmen ergeben, die über die fakultative Norm der Gemeinschaft hinausgehen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die von den internationalen Menschenrechten zugesicherten positiven Maßnahmen möglicherweise die Grenzen der nach EG-Recht üblichen genauen Prüfung übertreten (Punkte 70-81).

95. Die in dieser Studie vorgenommenen vergleichenden Gesetzesanalysen machen bemerkenswerte Unterschiede deutlich. Zwar arbeiten sowohl die USA als auch die EU mit Gleichstellungsrechtsvorschriften, deren Schwerpunkt auf Neutralität liegt, doch ist die amerikanische Rechtsprechung bei der Zulässigkeit von „affirmative action“ durch „gutartige Diskriminierung“, insbesondere bei der Beschäftigung im Privatsektor (Punkte 83-88) insgesamt etwas milder. Da erscheint Kanada insgesamt wie eine völlig andere Welt, da sowohl der Verfassungsrahmen als auch die kanadische Rechtsprechung die wirkliche Gleichstellung fast prinzipiell zuzulassen scheinen (Punkte 89-90).

96. Zweifellos braucht die Gleichstellungsagenda der Europäischen Union positive Maßnahmen. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in der Beschäftigung ist zwar schon 30 Jahre alt, doch halten sich Ungleichheiten vielfach noch sehr hartnäckig. Die jüngste Wende der Gemeinschaft hin zu positiven Verpflichtungen und zum Gender-Mainstreaming⁶⁷ symbolisiert einen Wandel von einem statischen Verbot hin zu dynamischer Aktivierung. Es gibt viel Raum für ergebnisorientierte positive Maßnahmen, die mit formaler Gleichstellung nicht kollidieren, sondern deren Rechtmäßigkeit unterstützen (Punkte 3-6). Die umstrittene Trennlinie zwischen formaler Gleichstellung und unzulässiger umgekehrter Diskriminierung sollte Europa für das weite und offene Feld jenseits dieser Linie nicht blind machen.

⁶⁷ Siehe Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

Nanette | 1987

Bibliografie

Akandji-Kombé, J. F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Directorate General of Human Rights, Straßburg, 2007.

Arnadottir, M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, Den Haag, 2003.

Brems, E., „Nieuwe discriminatiegronden in de Wet Bestrijding Discriminatie“, in De Vos, M. und Brems, E. (Hg.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Intersentia, Antwerpen, 2004.

Barnard, C., *EC employment law*, 2006.

Bayart, C., *Discriminatie tegenover differentiatie: arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet, arbeidsrecht na de Europese ras- en kaderrichtlijn*, Larcier, Gent, 2004.

Bell, J., „The relationship between EU law and Protocol No. 12“, in *Non-discrimination: a human right*, Straßburg, Council of Europe Publishing, 2006.

Bell, M. und Waddington, L., „Reflecting On Inequalities in European Equality Law“, (2003) 28(3) *European Law Review* 349-369

Bennett, M., Roberts, S. und Davis, H., „The Way Forward – Positive Discrimination or Positive Action?“, (2005) *International Journal of Discrimination and the Law* 223-249.

Craig, P. und de Burca, G., *EU Law – Text, Cases, and Materials* (3rd edition), Oxford University Press, Oxford, 2003.

Cook, R., „Obligations to adopt temporary special measures under the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women“, in Boerefijn, I., Coomans, F., Goldschmidt, J., Holtmaat, R. und Wolleswinkel, R. (Hg.), *Temporary special measures: accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Intersentia, Antwerpen, 2003.

de Burca, G., „The Role of Equality in European Community Law“, in Dashwood, A. und O’Leary, S., *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, London, Sweet and Maxwell, 1997, 13-34.

De Schutter, O., *Das Diskriminierungsverbot nach dem Europäischen Menschenrechtsgesetz. Seine Bedeutung für die „Rassengleichbehandlungsrichtlinie“ und die Richtlinie zur Gleichbehandlung in der Beschäftigung*, Europäische Kommission, Brüssel, 2005.

Drumbl, M. A. und Craig, J. D. R., „Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)“, 4 *Rev. Const. Stud.*, 1997, 80.

Ellis, E., *EU anti-discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Ellis, E., „The Principle of Non-Discrimination in the Post-Nice Era“, in Arnall, A. A. und Winscott, D. (Hg.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 291-305.

Finkelstein, N., „Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience“, (1985) 6 *Advocates Quarterly* 188.

Flauss, J.-F., „Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme“, in *Pouvoir et Liberté – Études offertes à Jacques Mougeon*, Bruylant, Brüssel, 1998, 415-437.

Fredman, S., „Combating Racism with Human Rights: the Right to Equality“, in Fredman, S. (Hg.), *Discrimination and Human Rights – The Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Freeman, M., „Temporary Special Measures: How long is temporary and what is special?“, in Boerefijn, I., Coomans, F., Goldschmidt, J., Holtmaat, R. und Wolleswinkel, R. (Hg.), *Temporary special measures: accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Intersentia, Antwerpen, 2003.

Fryer, R. G. und Loury, G. C., *Affirmative Action and its Mythology*, NBER Working Paper Series, Cambridge, Massachusetts, 2005.

Goedertier, G., „Het Twaalfde Protocol E.V.R.M.: het non-discriminatiebeginsel losgekoppeld van de in het E.V.R.M. opgenomen rechten en vrijheden“, *Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten 2000-2001*.

Hogg, P., *Constitutional Law of Canada*, 4th ed., Ontario, Thomson Canada Ltd., 1997.

Holtmaat, R., „Building blocks for a general recommendation on article 4(1) of the CEDAW Convention“, in Boerefijn, I., Coomans, F., Goldschmidt, J., Holtmaat, R. und Wolleswinkel, R. (Hg.), *Temporary special measures: accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Intersentia, Antwerpen, 2003.

Jolls, K., „Antidiscrimination and Accommodation“, (2001) 115 *Harvard Law Review* 642-699.

Jones, T., „The Race Directive: Redefining Protection from Discrimination in EU Law“, (2003) 5 *European Human Rights Law Review* 515-526.

Koukoulis-Spiliotopoulos, S., *From Formal to Substantive Equality – The Proposed Amendment of Directive 76/207 – Comments and Suggestions*, Ant. N. Sakkoulas Publishers/Bruylant, Athen/Brüssel, 2001.

Larson, L., *Employment Discrimination*, 2nd ed., Newark, Matthew Bender, loose-leaf, 10 vols.

McCrudden, C., „Rethinking Positive action“, (1986) 15 *Industrial Law Journal* 219.

McCrudden, C., *The New Concept of Equality*, ERA, 2003, 20 S., www.era.int

McInerney, S., „Equal Treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin: a comment“, (2000) 25 *European Law Review* 317-323.

Munich, J. und Brouy, W., „The „Grutter-Gratz split doubleheader“: The Use of Student Race in School Admission, Attendance, and Transfer Policies at the K-12“, in *50 Years after Brown: What Has Been Accomplished and What Remains to Be Done?*, Harvard University, 2004, 31 S.

Nowak, J. und Rotunda, D., *Constitutional Law*, 7th edition.

O'Hare, U., „Enhancing European Equality Rights: A New Regional Framework“, (2001) 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 133-165.

Pfeiffer, P. J., Mollica, P. W. und Dewolf, G. J., *Employment Discrimination Law*, 3rd ed., Washington, American Bar Association, 2000.

Schiek, D., „A new framework on equal treatment of persons in EC law?: Directives 2000/43/ EC, 2000/78/EC and 2002/??/EC changing Directive 76/202/EEC in context“, (2002) 8 *European Law Journal* 290-314.

Schiek, D., „Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law? From *Kalanke* to *Badeck*“, (2000) 16 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 251-275.

Skidmore, P., „EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?“, (2001) 30 *Industrial Law Journal* 126-132.

Strauss, D., „The Illusory Distinction Between Equality of Opportunity and Equality of Result“, in Devins, N. und Douglas, D. (Hg.), *Redefining Equality*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 51-64.

Tobler, C., *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC law*, Intersentia, Antwerpen, 2005.

Tsatsa-Nikolovska, M., „Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights“, in *Non-discrimination: a human right*, Straßburg, Council of Europe Publishing, 2006.

Vandenhoe, W., *Non-discrimination and equality in the view of the UN human rights treaty bodies*, Intersentia, Antwerpen, 2005.

Ventura, C., „Racial Discrimination and Affirmative Action: Canada's Experience with Anti-Discrimination Legislation“, in Appetl, E. und Jarosch, M., *Combating racial discrimination: affirmative action as a model for Europe*, New York, Berg, 2000.

Waddington, L. und Bell, M., „More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives“, (2001) 38 *Common Market Law Review* 2001, 587-611.

Waddington, L. und Hendriks, A., „The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination“, (2002) 18 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 403-427.

Wentholt, „Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potenzial of the Legal Concept of Equality“, in Loenen, T. und Rodrigues, P. (Hg.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer, Den Haag, 1999, 53-64.

Whittle, R., „The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: an Analysis from a Disability Rights Perspective“, (2002) 27 *European Law Review* 303-326.

Wildhaber, L., „Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights – A Second-Class Guarantee?“, *Baltic Yearbook of International Law*, 2002.

Europäische Kommission

**Mehr als formale Gleichstellung: Positive Maßnahmen nach den Richtlinien 2000/43/EG
und 2000/78/EG**

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften

2008 — 76 S. — 21 × 29,7 cm

ISBN 978-92-79-06378-7

Wie kann ich EU-Veröffentlichungen erhalten?

Alle kostenpflichtigen Veröffentlichungen des Amtes für Veröffentlichungen sind über den EU-Bookshop <http://bookshop.europa.eu/> erhältlich, bei dem Sie über eine Verkaufsstelle Ihrer Wahl bestellen können.

Das Verzeichnis unseres weltweiten Verkaufstellennetzes können Sie per Fax anfordern: (352) 29 29-42758.

Falls Sie an den **Veröffentlichungen** der Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit interessiert sind,

können Sie sie unter folgender Adresse herunterladen:

http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/publications/index_de.cfm

oder sich unter folgender Adresse kostenlos online registrieren:

http://ec.europa.eu/employment_social/sagapLink/dspSubscribe.do?lang=de

ESmail ist der elektronische Informationsbrief der Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit.

Registrieren Sie sich online unter:

http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/news/esmail_de.cfm

http://ec.europa.eu/employment_social/index_de.html



Amt für Veröffentlichungen

Publications.europa.eu

ISBN 978-92-79-06376-7



9 789279 063787