

Jan C. Joerden (Hrsg.)

Diskriminierung

Anti- diskriminierung



Springer

Frauenquoten im Rechtsvergleich

Neueste Entwicklungen im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika sowie im Europarecht

Anne Peters

Einleitung

In der Bundesrepublik ist es mittlerweile Gemeingut, daß eine Diskrepanz zwischen der formalen Gewährleistung gleicher Rechte für beide Geschlechter und ihrer tatsächlichen Durchsetzung in der sozialen Wirklichkeit besteht und daß diese Diskrepanz beseitigungsbedürftig ist.

Als Mittel zu diesem Zweck kommen Frauenquoten in Betracht. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Quoten ist allerdings umstritten. In der deutschen Verfassungsdiskussion um die Ergänzung des Gleichberechtigungsartikels verwiesen die Befürworter positiver staatlicher Maßnahmen zur Frauenförderung auf das Beispiel der Vereinigten Staaten¹, wo seit den sechziger Jahren die bevorzugende Behandlung von Schwarzen und anderer Minderheiten sowie von Frauen praktiziert wird, um die Integration dieser Gruppen in den Arbeitsmarkt zu fördern². Ebenso wird auf die Vorschriften und Politiken der Europäischen Gemeinschaft zur

¹ So der Sachverständige Simon in 5. öff. Anhörung in GVK am 5. November 1992, abgedr. in Jutta Limbach/ Marion Eckertz-Höfer, Hrsg., Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, Baden-Baden 1993, 109.

² Auch die deutsche rechtswissenschaftliche Literatur zeigt großes Interesse für das amerikanische Institut der affirmative action (positive staatliche Maßnahmen zur Förderung von Minderheiten und Frauen). Siehe Ulrich Beyerlin, „Umgekehrte Rassendiskriminierung“ und Gleichbehandlungsgebot in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1979, 497; Martin Cohen, Gleichberechtigung durch Ungleichbehandlung? - Beschäftigungsvorteile zu Gunsten benachteiligter Gruppen am Beispiel der USA, Der Betrieb 1987, 2041; Jost Pietzcker, Gleichheitsprobleme bei der Beseitigung der Rassendiskriminierung in den USA, in: Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung, Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag, 471 (Jürgen Jekewitz u.a., Hrsg., Berlin 1989); Joachim Suerbaum, Affirmative Action, Positive Diskriminierung im amerikanischen und im deutschen Recht, Der Staat 1989, 419; Hartwin

Verbesserung der Stellung der Frauen im Erwerbsleben hingewiesen³. Ironischerweise wird in beiden Rechtsordnungen neuerdings Zurückhaltung gegenüber Quotenregelungen geübt. Dieser Beitrag skizziert die aktuelle rechtliche Beurteilung der Frauenquote in den drei Rechtsordnungen.

I. Zur Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten in der Bundesrepublik Deutschland nach der Änderung des Gleichberechtigungsartikels im Grundgesetz

Die Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten ist in der Bundesrepublik umstritten, und auch die Grundgesetzänderung von 1994 hat die Rechtslage nicht geklärt. Diskutiert werden vor allem sog. weiche Quoten bei Einstellung und Beförderung im öffentlichen Dienst, also die Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation⁴. Verschiedene Bundesländer haben entsprechende Vorschriften erlassen⁵. Die bisher veröffentlichten Gerichtsentscheidungen über die

Bungert, Gleichberechtigung von Mann und Frau im amerikanischen und deutschen Verfassungsrecht, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 1990, 441.

- ³ Sachverständige Sacksofsky, schriftliche Stellungnahme in 5. öff. Anhörung in GVK am 5. November 1992, abgedr. in Limbach, a.a.O. (s.o. Fn. 1), 205.
- ⁴ Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß starre Quoten, nach denen Frauen bevorzugt werden, selbst wenn sie weniger qualifiziert sind als ein Mitbewerber, gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der Bestenauslese (Art. 33(2) GG) verstoßen und das Grundrecht der Konkurrenten auf Gleichbehandlung unverhältnismäßig beschneiden. Für den Bereich der Privatwirtschaft sind Quoten aller Art in Deutschland - im Gegensatz zu den Vereinigten Staaten - bisher eine akademische Frage.
- ⁵ Saarland: § 9 des BeamtenG i.d.F. des Gesetzes Nr. 1245 zur Förderung von Frauen und zur Änderung sonstiger dienstrechtlicher Vorschriften v. 10. Mai 1989 (ABl. 1989, 977); Nordrhein-Westfalen: § 25 (5) LBG NRW i.d.F. des Frauenförderungsg v. 31. Oktober 1989 (GVBl. NRW 1989, 567); Bremen: § 4 des Landesgleichstellungsg v. 20. November 1990 (GBl. 1990, 433); Berlin: § 8(2) des Landesantidiskriminierungsg v. 31. Dezember 1990 (GVBl. 1991, 8); Hamburg: § 6, 7 des Gleichstellungsg v. 19. März 1991 (GVBl. 1991, 75); Niedersachsen: § 5 des Gleichberechtigungsg v. 15. Juni 1994 (GVBl. Nr. 13/ 1994, 246); Schleswig-Holstein: §§ 3-5 des Gleichberechtigungsg v. 13. Dezember 1994 (GVBl. Schl.-H. 1994, 562); Rheinlandpfalz: § 5-9 des Landesgleichstellungsg v. 11. Juli 1995, (GVBl. 1995, 209). Frauenförderpläne mit verbindlichen Zielvorgaben für die qualifikationsunabhängige

Klagen betroffener männlicher Mitbewerber halten diese Quotenregelungen überwiegend für grundgesetzwidrig⁶.

Es handelt sich hierbei um eine Frage der Auslegung des Gleichbehandlungsgebots in Art. 3(3), des Gleichberechtigungsgrundsatzes des Art. 3(2) sowie des Leistungsgrundsatzes des Artikel 33(2) GG.

Nach Art. 33(2) hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Demnach müssen Stellen mit dem geeignetsten Bewerber besetzt werden. Mit Blick auf die geringe Präsenz von Frauen in höheren Ämtern ist das Prinzip der Bestenauslese verschiedentlich in Frage gestellt worden. Zum einen führen möglicherweise männlich geprägte Standards der Qualifikation und Außerachtlassung spezifisch weiblicher Fähigkeiten, latente Vorurteile der noch überwiegend männlichen Entscheider, mangelnde Transparenz der Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen sowie geringe richterliche Kontrolle tendenziell dazu, daß Bewerberinnen als weniger geeignet eingestuft werden als männliche Mitbewerber⁷. Zum zweiten wird auch im geltenden Recht das Prinzip der Bestenauslese durch Sonderregelungen zugunsten von Schwerbehinderten, Wehrpflichtigen, Spätheimkehrern und anderen Gruppen durchbrochen. Die entsprechenden Vorzugsregeln die-

Erhöhung des Frauenanteils sehen vor: § 5 des hessischen Gesetzes über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung v. 21. Dezember 1993 (GVBl. 1993, 729); § 3 des Gesetzes zur Gleichstellung von Mann und Frau im öffentlichen Dienst des Landes Mecklenburg-Vorpommern v. 18. Februar 1994 (GVBl. Nr. 7/ 1994, 343). In letzterem schreiben §§ 10-11 Quoten für Ausbildungsplätze und Fortbildungskurse vor.

⁶ OVG Münster, Beschl. v. 15. Juni 1989, NJW 1989, 2560; OVG Münster, Beschl. v. 23. Oktober 1990, NVwZ 1991, 501; OVG Münster, Beschl. v. 10. April 1992, NVwZ 1992, 1226; OVG Berlin, Beschl. v. 16. April 1992, DVBl. 1992, 919; VGH Kassel, Beschl. v. 7. April 1994, NVwZ 1994, 1229; VG Schleswig, Beschl. v. 16. März 1995, NVwZ 1995, 724; VG Arnsberg, Beschl. v. 18. Januar 1995, NVwZ 1995, 726. OVG Lüneburg, Beschl. v. 11. August 1995, DVBl. 1995, 1254. Für die Verfassungsmäßigkeit einer qualifikationsabhängigen Quote lediglich BAG, Beschl. v. 22. Juni 1993, NZA 1993, 77. VG Bremen, Urt. v. 26. November 1987, NJW 1988, 3224, 3226; LAG Hamm, Urt. v. 15. Juli 1993, PersonalR 1994, 142, 144.

⁷ Siehe hierzu Doris König, Die Grundgesetzänderung in Art. 3 Abs. 2 GG, Die Öffentliche Verwaltung 1995, 837, 844 f.

nen allerdings dem Ausgleich eines unstreitig bestehenden konkreten Handicaps der betroffenen Individuen. Da sich aber nicht jede einzelne Frau in einer vergleichbaren Situation befindet, könnten Ausnahmen vom Leistungsgrundsatz zugunsten von Frauen schwerlich mit denselben Erwägungen gerechtfertigt werden. Auf die angesprochenen Probleme kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Nach herkömmlicher Meinung jedenfalls verbietet das positive Recht die Bevorzugung von Frauen auch bei geringerer Qualifikation⁸.

Demgegenüber enthält Art. 33(2) GG keine Aussage für die Personalentscheidung zwischen gleich geeigneten Bewerbern⁹. In dieser Pattsituation muß die Behörde anhand von Hilfskriterien entscheiden. Welche Kriterien sie heranzieht, steht grundsätzlich in ihrem Ermessen, sie muß dabei aber die verfassungsmäßigen Grenzen beachten. Die entscheidende Frage ist nun, ob die Heranziehung des Geschlechts als Hilfskriterium bei der Personalentscheidung durch Art. 3(3) GG verboten wird¹⁰, oder ob Art. 3(2) den Aspekt der Frauenförderung als Hilfskriterium legitimiert¹¹.

Nach Art. 3(3) GG darf niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden. Auf der anderen Seite könnte der Gleichberechtigungsartikel, Art. 3(2), GG eine Un-

⁸ Ernst Benda, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst. Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei - Leitstelle Gleichstellung der Frau - der Freien und Hansestadt Hamburg, Freiburg 1986, 162 f.; Anne Kruse, Verfassungsmäßigkeit der Frauenquote im öffentlichen Dienst, Die öffentliche Verwaltung 1991, 1002, 1006; Ulrike Bumke, Art. 3 in der aktuellen Verfassungsreformdiskussion: zur ergänzenden Änderung des Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz, Der Staat 1993, 117, 125, Fn. 42. A.A. Vera Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, Berlin 1987, 129f, König, a.a.O. (s.o. Fn. 7), 845.

⁹ BAG, Beschl. v. 22. Juni 1993, NZA 1994, 77, 79; Michael Sachs, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V (Allgemeine Grundrechtslehren), 1017, 1080 (Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Hrsg., Heidelberg 1992); Bumke, a.a.O. (s.o. Fn. 8), 125.

¹⁰ So die herkömmliche Meinung, siehe etwa OVG Münster, NJW 1989, 2560, 2561; OVG Münster, NVwZ 1991, 501.

¹¹ So etwa Benda, a.a.O. (s.o. Fn. 8), 189f; Slupik, a.a.O. (s.o. Fn. 8), 130; Ulrich Maidowski, Umgekehrte Diskriminierung, Berlin 1989, 148, 156; Bumke, a.a.O. (s.o. Fn. 8), 125.

gleichbehandlung, welche die Gleichberechtigung der Geschlechter zu realisieren sucht, rechtfertigen.

Art. 3(2) lautete in seiner ursprünglichen Fassung: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“ Erst in den achtziger Jahren setzte sich die Erkenntnis durch, daß diese Vorschrift über ein bloßes Diskriminierungsverbot hinausgeht und eine positive Wirkungsrichtung im Hinblick auf die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung in der sozialen Wirklichkeit hat¹². Ob es sich hierbei um eine objektivrechtliche *Verpflichtung* des Staates zur Förderung der Gleichberechtigung oder lediglich um eine *Ermächtigungsgrundlage* zu entsprechender staatlicher Aktivität handelte, wurde in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur allerdings nicht geklärt. Insbesondere blieb offen, ob der positive Gehalt des Art. 3(2) eine Einschränkung des Grundrechts auf Gleichbehandlung durch eine Quotenregelung rechtfertigen kann¹³. Befürworter begründeten dies dogmatisch mit dem Schutz- und Förderungspflichtengehalt der Grundrechte¹⁴ sowie dem Verständnis der Grundrechte als Teilhabe-, Vornahme- und Leistungsrechte¹⁵.

¹² Diese in der Literatur zunehmend anerkannte Auffassung (siehe etwa Jochen Hofmann, Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II GG, Juristische Schulung 1988, 249, 250; Bungert, a.a.O. (s.o. Fn. 2), 462; Ingwer Ebsen, Gleichberechtigung von Männern und Frauen, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 263, 286 (Ernst Benda u.a., Hrsg., 2. Aufl., Berlin, New York 1994) stützte sich auf eine Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 74, 163, 179 (Altersruhegeld); BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeit); BVerfG in NJW 1992, 2213, 2215 (Erziehungszeiten); siehe auch BVerfGE 89, 276.

¹³ Siehe aus der Fülle der Literatur neben den im folgenden zitierten Autoren für Quoten etwa Christine Fuchsloch, Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung? Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1991, 442; gegen Quoten: Michael Sachs, Die Quotenregelung und der Rentenaltersbeschluß des BVerfG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1991, 437.

¹⁴ Allgemein Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/ 1, München 1988, 728-745, 931-953; Hans H. Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, Deutsches Verwaltungsblatt 1994, 489-496; Alexandra Pietrzak, Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext - Überblick und neue Aspekte, Juristische Schulung 1994, 748-753; Ferdinand Kopp, Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand, Neue Juristische Wochenschrift 1994, 1753-1757.

¹⁵ Siehe etwa Slupik, a.a.O. (s.o. Fn. 8), 88, Schmidt-Jortzig in Limbach, a.a.O. (s.o. Fn. 1), 218. Allgemein Dietrich Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Handbuch des Staatsrechts

Verstärkend wurde auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20(1), 28(1) GG) hingewiesen¹⁶.

Im Gefolge der deutschen Vereinigung¹⁷ wurde an Art. 3(2) als zweiter Satz angefügt: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“¹⁸ Der Satz wurde von der gemeinsamen Verfassungskommission vor allem im Hinblick auf die umstrittene Quotenfrage formuliert und deren Vorschlag¹⁹ vom Verfassungsgeber ohne Änderungen übernommen. Es handelt sich um einen Formelkompromiß der politischen Parteien, welcher die Rechtslage der Quoten bewußt offenläßt²⁰.

Der erste Halbsatz stellt klar, daß eine staatliche Pflicht zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung besteht²¹. Das Verb „fördern“ erinnert an das Verständnis der Grundrechte als Rechte auf Schutz und Förderung. Andererseits deutet der objektiv gefaßte Wortlaut darauf hin, daß hierdurch kein subjektivrechtlicher Anspruch der Frauen auf Förderung begründet

der Bundesrepublik Deutschland, Band V (Allgemeine Grundrechtslehren), 243-288 (Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Hrsg., Heidelberg 1992).

¹⁶ Siehe etwa Benda, a.a.O. (s.o. Fn. 8), 141; Ebsen, a.a.O. (s.o. Fn. 12), 286.

¹⁷ Nach Artikel Art. 5 des Einigungsvertrages sollte sich die empfohlene Verfassungsdiskussion insbesondere auf „Überlegungen zur Aufnahme von Staatszielen in das Grundgesetz“ erstrecken, und nach Art. 31(1) sollte der gesamtdeutsche Gesetzgeber die Gesetzgebung zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen weiterentwickeln, BGBl. 1990 II, 889.

¹⁸ Verfassungsänderndes Gesetz vom 27. Oktober, in Kraft seit dem 15. November 1994, BGBl. 1994 I, 3146.

¹⁹ Vorschlag v. 27. Mai 1993, BT Drs. 12/ 6000, 49.

²⁰ Vgl. Hans-Peter Schneider, Das Grundgesetz - auf Grund gesetzt? Neue juristische Wochenschrift 1994, 559, 560; Hans-Jochen Vogel, Die Reform des Grundgesetzes nach der deutschen Einheit, Deutsches Verwaltungsblatt 1994, 497, 500.

²¹ Die amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes spricht von einem „verbindlichen Förderungsauftrag“, BT Drs. 12/ 7109, 7. Siehe auch BT Drs. 12/ 600, 50.

werden sollte²². Frauenförderung wurde lediglich als Staatsziel normiert²³. Staatszielbestimmungen begründen Handlungspflichten für Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung, sind jedoch nicht gerichtlich einklagbar²⁴. Das Staatsziel Frauenförderung gibt somit politische Impulse und legitimiert frauenpolitische Maßnahmen, dient als Richtschnur für die Auslegung einfachen Rechts und erleichtert Frauen möglicherweise die Identifikation mit der Verfassung²⁵.

Als *Staatsziel* legt die Bestimmung den Weg der Zielerreichung nicht fest, sondern überläßt die Wahl der Mittel grundsätzlich den politischen Akteuren. Eine verfassungsmäßige Festschreibung der zu ergreifenden Maßnahmen würde den Spielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers in Abweichung vom Grundsatz der Gewaltenteilung einengen²⁶. Eine gesetzgeberische Entscheidung für die Einführung von Frauenquoten müßte allerdings mit anderen Verfassungswerten, insbesondere mit dem Grundrecht auf Gleichbehandlung nach Art. 3(3) im Einklang stehen. Dem Staatsziel allein kommt jedenfalls nicht ohne weiteres grundrechtseinschränkende Kraft zu²⁷.

²² Subjektive Ansprüche auf positives Staatshandeln sind nach der grundgesetzlichen Konzeption der Grundrechte als primäre Abwehrrechte die Ausnahme. Dementsprechend müßte ein positiver Anspruch ausdrücklich normiert werden. Dies ist beispielsweise in Art. 6(4) GG erfolgt. Hiernach hat jede Mutter „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“.

²³ Bericht der GVK, Begründung des Vorschlags zu Art. 3(2), S. 2, BT Drs. 12/ 600, 50; siehe auch die amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT Drs. 12/ 7109, 7.

²⁴ Ekkehard Wienholtz, Arbeit, Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen, Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Fassung 1984, 532, 536, 553f; Wolfgang Graf Vitzthum, Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen morgen, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1991, 695, 698.

²⁵ So einige der Sachverständigen in der Anhörung der GVK: Sacksofsky in Limbach, a.a.O. (s.o. Fn. 1), 96 f; Simon in Limbach a.a.O. (s.o. Fn. 1), 235.

²⁶ Graf Vitzthum, a.a.O. (s.o. Fn. 24), 697 f.

²⁷ Für das Sozialstaatsgebot ist dies die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Die Tatsache, daß eine Verfassungsergänzung für notwendig gehalten wurde, könnte dafür sprechen, daß Maßnahmen, deren Legitimität unter der alten Verfassung zweifelhaft war, autorisiert werden sollten²⁸. Daraus folgt allerdings noch nicht, daß speziell eine Quotenpolitik legitimiert werden sollte.

Überdies weist die Entstehungsgeschichte der Verfassungsergänzung darauf hin, daß der Verfassungsgeber Quoten gerade nicht sanktionieren wollten. Die verabschiedete Formulierung ist, insbesondere wenn man sie mit den alternativ diskutierten Wendungen vergleicht, insgesamt zurückhaltend. So ist das Verb „fördert“ im Vergleich zu anderen Vorschlägen in der gemeinsamen Verfassungskommission, etwa „gewährleistet“²⁹, „hat die Bedingungen zu schaffen“³⁰, „ist verpflichtet ... herzustellen und zu sichern“³¹ das schwächste. Die Wortwahl deutet gegen eine umfassende staatliche Tätigkeit und gegen eine staatliche Einstandspflicht für gleiche Ergebnisse für beide Geschlechter in der Gesellschaft. Lediglich im zweiten Halbsatz wurde die stärkere Wendung „Beseitigung von Nachteilen“ dem schwächeren Verb „abbauen“ vorgezogen³². Der Verweis auf „bestehende Nachteile“ erkennt tatsächliche Gleichberechtigungsdefizite an, betont aber gleichzeitig den temporären Charakter staatlicher Maßnahmen.

Aufschlußreich ist, daß entgegen verschiedener Vorschläge³³ nicht der Begriff der Gleichstellung eingeführt wurde. Nach dem gängigen Verständnis entspringt die Forderung nach Gleich-

²⁸ Vogel, a.a.O. (s.o. Fn. 20), 500.

²⁹ So der SPD-Vorschlag, vgl. BT Drs. 12/ 600, 50; Limbach, a.a.O. (s.o. Fn. 1), 14.

³⁰ Arbeitskomitee des BT (vgl. Limbach, a.a.O. (s.o. Fn. 1), 28), sowie Frauen in der CDU/CSU-Bundestagsfraktion (vgl. BT Drs. 12/ 600) und Kommission 'Verfassungsreform des Bundesrates' (vgl. Hans Hofmann, Die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung in dem neuen Art. 3 II S.2 GG, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1995, 257, 258).

³¹ Bündnis 90/ DIE GRÜNE und Bundesministerium für Frauen und Jugend (vgl. H. Hofmann, a.a.O. (s.o. Fn. 30), 258).

³² Vgl. Bericht der GVK, Begründung des Vorschlags zu Art. 3(2), S. 2, BT Drs. 12/ 600, 50.

³³ SPD-Vorschlag und Vorschlag der Frauen in der FDP (vgl. Limbach, a.a.O. (s.o. Fn. 1), 14, 12, 28, 66; Schneider, a.a.O. (s.o. Fn. 20), 560).

stellung einer gruppenbezogene Betrachtungsweise und enthält die Forderung nach Ergebnisgleichheit für die Gruppen der Frauen und Männer. Frauenquoten sind in der Tat ein Instrument zur Erzielung gleicher Repräsentanz der Frauen als Gruppe, wobei die Rechte der betreffenden individuellen Frau und des individuellen Mannes hinter dem Proporzgedanken zurücktreten. In Abkehr hiervon spricht der neue Satz 2 des Art. 3(2) lediglich von Gleichberechtigung und schließt damit an Satz 1 an³⁴. Diese Terminologie fügt sich in das dem Grundgesetz zugrundeliegende liberale Konzept gleicher Rechte für Individuen ein. Neu ist lediglich die verfassungsmäßige Anerkennung tatsächlicher Defizite bei der Durchsetzung dieser Rechte.

Einen besonders deutlichen Hinweis auf die Haltung des Verfassungsgebers zu Quoten enthält schließlich die Ablehnung der vielfach vorgeschlagenen Kompensationsklausel. Nach dieser Klausel sollte die kompensierende Bevorzugung von Frauen nicht als Diskriminierung im Sinne von Art. 3(3) gelten³⁵. Eine solche Klausel, die auf Quoten geradezu zugeschnitten schien, fand keine Mehrheit.

In der Literatur wird die Frage, ob die Verfassungsergänzung Quotenregelungen legitimiert, unterschiedlich beantwortet³⁶. Die Gerichte, die bereits mit Art. 3(2) n.F. befaßt waren, ver-

³⁴ Aus der Ablehnung des Begriffs der Gleichstellung schließen auf die Unzulässigkeit von Quotenregelungen etwa Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/ 2, München 1994, 1223; H. Hofmann, a.a.O. (s.o. Fn. 30), 261; VG Schleswig in *NVwZ* 1995, 724, 725.

³⁵ Formulierungsvorschläge waren z.B.: „Maßnahmen zum Ausgleich bestehender Nachteile sind keine Bevorzugungen im Sinne von Absatz 3.“ (Bundesministerium für Frauen und Jugend, vgl. H. Hofmann, a.a.O. (s.o. Fn. 30), 258) oder „Zum Ausgleich bestehender Ungleichheiten sind Maßnahmen zur Förderung von Frauen zulässig.“ (Vorschlag des Arbeitskomitee des Bundestages und der Kommission ‘Verfassungsreform des Bundesrates’ sowie Antrag der SPD, vgl. BT Drs. 12/ 600, 50; vgl. Limbach, a.a.O. (s.o. Fn. 1), 28; H. Hofmann, a.a.O. (s.o. Fn. 30), 258).

³⁶ Für die Autorisierung leistungsabhängiger Quoten Juliane Kokott, *Zur Gleichstellung von Mann und Frau - Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, 1049, 1051f; König, a.a.O. (s.o. Fn. 7), 844; dagegen H. Hofmann, a.a.O. (s.o. Fn. 30), 263; skeptisch auch Klaus Stern, *Verfassungen müssen von Schwärmereien frei bleiben*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 22 v. 26. Januar 1995, 8.

neinen dies³⁷. Wie dargelegt, sprechen Wortlaut und Genese der Vorschrift eher gegen die Autorisierung von Quotenregelungen. Die Analyse der Entstehungsgeschichte zeigt allerdings auch, daß der im klassischen Interpretationskanon enthaltene Rückgriff auf den Willen des Verfassungsgebers eine geringe Aussagekraft hat, wenn - wie im Falle des Art. 3(2), S.2 - ein verfassungsgesetzgeberischer Konsens über die Bedeutung der neuen Vorschrift nicht besteht und die Formulierung bewußt offengehalten wurde, um den Auslegungen der verschiedenen politischen Lager Raum zu lassen. Eine endgültige Klärung durch das Verfassungsgericht bleibt abzuwarten.

II. Quoten zugunsten von Minderheiten und Frauen im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten im Licht der Adarand-Entscheidung des Supreme Court

Positive Maßnahmen zur Förderung von Frauen und Minderheiten werden in den USA als affirmative action bezeichnet³⁸. Hierzu gehören unter anderem Quotenregelungen für die Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst, beim Zugang zu staatlichen Universitäten, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Zuteilung von Rundfunkfrequenzen. Auch in der Privatwirtschaft werden Quoten zum Teil freiwillig eingeführt, zum Teil gerichtlich auferlegt als Sanktion für vorangegangene Diskriminierung. Seit den siebziger Jahren hat der Supreme

³⁷ VG Schleswig, Beschl. v. 16. März 1995, NVwZ 1995, 724; VG Arnsberg, Beschl. v. 18. Januar 1995, NVwZ 1995, 726. OVG Lüneburg, Beschl. v. 11. August 1995, DVBl. 1995, 1254; OVG Münster, Beschl. v. 20. September 1995, JZ 1996, 3.

³⁸ Die Fülle der juristischen und rechtsphilosophischen Literatur ist unübersehbar. Vgl. nur folgende Monographien: Alan H. Goldman, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, New Jersey 1979; Kent Greenawalt, *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York 1983; Ronald Turner, *The Past and the Future of Affirmative Action*, New York usw. 1990; Michel Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice*, New Haven, London 1991; Ronald J. Fiscus, *The Constitutional Logic of Affirmative Action*, Durham and London 1992; sowie die Sammelwerke: Michael W. Combs/ John Gruhl, Hrsg., *Affirmative Action, Theory, Analysis, and Prospects*, Jefferson, N. C. 1986; Russel Nieli, Hrsg., *Racial Preference and Racial Justice*, Washington 1991; als Aufsatz aus neuerer Zeit sei nur genannt: Mark Strasser, *The Invidiousness of Invidiousness: On the Supreme Court's Affirmative Action Jurisprudence*, *Hastings Constitutional Law Quarterly* 1994, 323.

Court in einer Kette von Entscheidungen höchstrichterliche Grundsätze zur Verfassungsmäßigkeit von affirmative action entwickelt³⁹. Die meisten Entscheidungen befassen sich mit der Vorzugsbehandlung von Minderheiten. Der einzige höchstrichterlich entschiedene Fall, in dem es um die Besetzung einer Stelle im öffentlichen Dienst mit einer weiblichen Bewerberin aufgrund einer Frauenquote ging, verwies auf ein Urteil zu rassistischen Quoten als Präzedenzfall⁴⁰.

Das oberste Gericht hält affirmative action, auch in Form von Quoten, nicht in jedem Fall für einen Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgarantie (equal protection clause)⁴¹, sondern fordert eine Abwägung.

Ganz allgemein werden behauptete Verstöße gegen die equal protection clause durch staatliche differenzierende Behandlung in zwei Stufen geprüft. Als erstes ist die Legitimität des staatlichen Ziels zu bewerten, als zweites die Angemessenheit des hierzu gewählten Mittels. Die

³⁹ Der erste Fall, *De Funis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974) wurde wegen Erledigung nicht in der Sache entschieden. Die folgenden Entscheidungen sind in chronologischer Reihenfolge: *Regents of the university of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980), *Firefighters Local Union v. Stotts*, 467 U.S. 561 (1984), *Local No. 28 of the Sheet Metal Workers' International Association v. Equal Employment Opportunity Commission*, 478 U.S. 421 (1986), *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986), *Local No. 93 International Association of Firefighters v. City of Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986), *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California*, 480 U.S. 416 (1987), *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), *City of Richmond v. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990).

⁴⁰ *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California*, 480 U.S. 616, 627 (1987). Siehe in der Literatur speziell zur Bevorzugung von Frauen: Leo Kanowitz, „Benign“ Sex Discrimination: Its Troubles and their Cure, *Hastings Law Journal* 1980, 1379; James P. Scanlan, *The Politics of Gender. Affirmative Action for Women*, *Current*, June 1992, No. 343, 16; David Benjamin Oppenheimer, *Distinguishing Five Models of Affirmative Action*, *Berkeley Women's Law Journal* 1988-89, 42.

⁴¹ In der equal protection clause des 14. amendments heißt es: „No State shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.“ Das 14. amendment bindet lediglich die einzelnen Bundesstaaten. Ein an den Bund gerichtetes Gleichbehandlungsgebot wird aus der due-process-clause des 5. amendments herausgelesen.

Strenge der Prüfung richtet sich unter anderem nach dem Differenzierungskriterium⁴². Die Unterscheidung nach Rasse unterliegt normalerweise der sogenannten „strict scrutiny“⁴³. Demnach ist die Klassifizierung nur legitim, wenn sie ein zwingendes staatliches Interesse verfolgt und das Mittel eng auf das Ziel zugeschnitten ist und für die zur Zielerreichung notwendig ist.

Ein juristischer Streitpunkt in der Beurteilung von affirmative action ist, ob auch die *Bevorzugung* rassischer Minderheiten dieser - in praxi regelmäßig zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme führenden - strict scrutiny unterliegt, oder ob hier mildere Maßstäbe gelten. Die Rechtsprechung tendierte zu strict scrutiny, ließ aber zwei Ausnahmen zu. Affirmative action-Programme, die der Kongreß verabschiedete, unterlagen einer nachsichtigeren richterlichen Prüfung⁴⁴. Sie mußten lediglich wichtigen Zielen dienen und das gewählte Mittel mußte substantiell in Beziehung dazu stehen⁴⁵. Zum zweiten wurden Quotenregelungen zugelassen, die freiwillig in der Privatwirtschaft eingeführt wurden⁴⁶.

Was die Anforderungen an die Zielsetzung der Quotenregelung betrifft, so ist es nicht einfach, der Rechtsprechung eine konsistente Linie zu entnehmen, zumal die entschiedenen Fälle die unterschiedlichsten Konstellationen betrafen. Tendenziell wird das vergangenheitsorientierte Ziel der Ausmerzung von Diskriminierung für legitimer gehalten als zukunftsorientierte Erwä-

⁴² Ferner spielt eine Rolle, ob die Ungleichbehandlung die Ausübung einer verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheit tangiert.

⁴³ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

⁴⁴ Begründet wurde dies vor allem mit der verfassungsmäßigen Befugnis des Kongresses zur Durchsetzung des 14. amendments, *Croson*, 488 U.S. 469, 490 (1989).

⁴⁵ *Metro Broadcasting*, 497 U.S. 547, 564 f (1990).

⁴⁶ *Weber*, 443 U.S. 193, 205 f (1979). Diese Entscheidung behandelte allerdings nicht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von affirmative action, sondern deren Zulässigkeit nach Title VII des Civil Rights Act von 1964, der das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot umsetzt (Title VII, § 703, § 2000e-2(a), 42 U.S.C.A. § 2000e-2, S. 111 (1994)).

gungen zur Erhöhung der gesellschaftlichen Partizipation der Minderheiten⁴⁷. So stellte Richter *Powell* im *Bakke*-Fall, in dem es um die bevorzugte Aufnahme Minderheitenangehöriger zu einer staatlichen Universität ging, fest: „If petitioner's purpose is to assure within its student body some specified percentage of a particular group merely because of its race or ethnic origin, such a preferential purpose must be rejected ... This the Constitution forbids“⁴⁸. In diese Richtung geht auch die Kritik des Richters *Scalia* gegen die *Johnson*-Entscheidung: „[W]e effectively replace the goal of a discrimination-free society with the quite incompatible goal of proportionate representation by race and by sex in the workplace“⁴⁹. Auf der anderen Seite akzeptierte Richter *Powell* das Ziel „attainment of a diverse student body“ als zwingendes staatliches Interesse, betonte jedoch: „diversity ... encompasses a far broader array of qualifications and characteristics of which racial or ethnic origin is but a single though important element“⁵⁰. Im *Wygant*-Fall, der die Entlassung von Lehren an einer öffentlichen Schule betraf, gab die Schule als Begründung für die Verschonung schwarzer Lehrkräfte vom Stellenabbau an, sie wolle Identifikationsfiguren für die schwarzen Schüler erhalten. Diese Begründung wies das Gericht zurück⁵¹. In Abweichung von der Tendenz des Gerichts befürwortet lediglich Richter *Stevens* ausdrücklich zukunftsorientierte Begründungen für affirmative action, so etwa die Schaffung eines rassistisch diversifizierten Arbeitskörpers oder die Bereitstellung von Rollen-

⁴⁷ In der ersten Gruppe wird weiter differenziert danach, ob die Vorzugsbehandlung lediglich die eigentlichen Opfer von festgestellter Diskriminierung betrifft (vgl. etwa *Stotts*, 467 U.S. 561, 579 (1984), oder ob sie durch eine Stelle erfolgt, die sich in der Vergangenheit der Diskriminierung schuldig gemacht hat, nun aber auch Dritte an der Vorzugsbehandlung teilhaben läßt. Dies kann wiederum freiwillig erfolgen (so im Fall *Firefighters*, 478 U.S. 501 (1986)) oder gerichtlich auferlegt sein (so in *Sheet Metal Workers*, 478 U.S. 421 (1986)).

⁴⁸ 438 U.S. 265, 307 (1978). In diesem Sinne auch *De Funis*, 416 U.S. 312, 342 (1974) (abweichende Meinung von Richter Douglas).

⁴⁹ 480 U.S. 616, 658 (1987) (abweichende Meinung von Richter *Scalia*).

⁵⁰ 438 U.S. 265, 315 (1978).

⁵¹ *Wygant*, 476 U.S. 267, 275-6 (1986).

vorbildern⁵². Im Zusammenhang mit der Zuteilung von Rundfunkfrequenzen befand das Gericht, daß „broadcast diversity“ ein wichtiges staatliches Ziel sei, welches reservierte Plätze für Minderheiten und Frauen legitimiert⁵³. Die positive Bewertung eines solchen Proporztes dürfte allerdings damit zusammenhängen, daß die Vielfalt von Ansichten und Meinungen im Rundfunk den wichtigen Zielen der verfassungsrechtlich geschützten Meinungsfreiheit dient⁵⁴. Sie kann deshalb nicht unbedingt auf die Vergabe von Arbeitsplätzen übertragen werden.

Auf der zweiten Stufe der Prüfung, welche die Angemessenheit der Quotenregelung im Verhältnis zum angestrebten Ziel betrachtet, sind mehrere Faktoren zu betrachten. Es dürfen keine weniger einschneidenden Alternativen existieren⁵⁵, und Quoten oder Zielvorgaben dürfen nicht unangemessen hoch sein⁵⁶. Ferner muß das Programm zeitlich begrenzt sein⁵⁷, und die berechtigten Erwartungen der benachteiligten Konkurrenten sind zu beachten⁵⁸.

Ein Hauptfaktor der Angemessenheitsprüfung ist die Flexibilität des affirmative action-Programms⁵⁹. Unter diesem Gesichtspunkt werden Quoten kritisch betrachtet⁶⁰. Trotzdem

⁵² Johnson, 480 U.S. 616, 646 (1987) (Sondervotum); Wygant, 476 U.S. 267, 315 (1986) (abweichende Meinung); Croson, 488 U.S. 469, 513-4 (1989) (abweichende Meinung).

⁵³ Metro Broadcasting, 497 U.S. 547, 567 (1990).

⁵⁴ 497 U.S. 547, 568 (1990).

⁵⁵ Wygant, 476 U.S. 267, 283f (1986); Paradise, 480 U.S. 149, 172-177 (1987); Croson, 488 U.S. 469, 507 f (1989); Metro Broadcasting, 497 U.S. 547, 584, 589-93 (1990).

⁵⁶ Sheet Metal Workers, 478 U.S. 421, 481 (1986); Paradise, 480 U.S. 149, 171, 179-182 (1987).

⁵⁷ Weber, 443 U.S. 193, 208 (1979); Fullilove, 448 U.S. 448, 489 (1980); Johnson, 480 U.S. 616, 639f (1987); Paradise, 480 U.S. 149, 171, 178, 183 (1987); Metro Broadcasting, 497 U.S. 547, 594 (1990); siehe auch Sheet Metal Workers, 478 U.S. 421, 487 (1986) (Sondervotum von Richter Powell).

⁵⁸ Johnson, 480 U.S. 616, 638 (1987); Metro Broadcasting, 497 U.S. 547, 597 (1990).

⁵⁹ Johnson, 480 U.S. 616, 639 (1987); Sheet Metal Workers, 478 U.S. 421, 487 (1986) (Sondervotum von Richter Powell).

sind sie nicht in jedem Falle unzulässig. So billigte das oberste Gericht im *Weber*-Fall eine 50%-Quote, die freiwillig von einem privaten Arbeitgeber für ein Fortbildungsprogramm eingeführt worden war, mit dem Argument, daß die Quote keine absolute Barriere für den Aufstieg weißer Arbeitnehmer bedeute, da ja die Hälfte der Geförderten weiß sei⁶¹. Im Fall *Paradise* gestattete der Supreme Court eine gerichtlich auferlegte 50%-Quote für Beförderungen in den oberen Rängen des Alabama Department of Public Safety. Die streitige gerichtliche Verfügung hatte einen langwierigen Rechtsstreit um zahlreiche Vorfälle von Rassendiskriminierung in dem betreffenden Department beendet und wurde vom Supreme Court für flexibel befunden, unter anderem weil sie im Falle des Fehlens geeigneter schwarzer Kandidaten Ausnahmen vorsah⁶². Bemerkenswert ist, daß es sich in beiden Fällen um leistungsunabhängige Quoten handelte⁶³. Mitglieder der bevorzugten Gruppe mußten lediglich eine Mindestqualifikation besitzen und konkurrierten nicht unmittelbar mit weißen Kollegen.

Eine möglicherweise folgenreiche Distanzierung vom geschilderten Richterrecht wurde durch die *Adarand*-Entscheidung vom 12. Juni 1995 eingeleitet⁶⁴. Der Supreme Court korrigierte hierin seine bisherige Rechtsprechung in Teilen und beschnitt damit die Zulässigkeit von affirmative action⁶⁵. In diesem Fall ging es um Präferenzen im staatlichen Auftragswesen für „gesellschaftlich und wirtschaftlich benachteiligte Kleinunternehmer“, wobei eine gesetzliche Vermutung besteht, daß Firmen, die von Angehörigen rassischer Minderheiten oder von Frau-

⁶⁰ Siehe Fullilove, 448 U.S. 448, 473 (1980)); Croson, 488 U.S. 469, 508 (1989).

⁶¹ 443 U.S. 193, 208 (1979), in diesem Sinne auch Paradise, 480 U.S. 149, 182 (1987).

⁶² 480 U.S. 149, 171, 177f (1987). Siehe auch Local No. 93, 478 U.S. 501, 510 (1986).

⁶³ Vgl. 443 U.S. 193, 225 (1979); 480 U.S. 149, 183 (1987).

⁶⁴ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña, Secretary of Transport*, 1995 U.S. Lexis 4037. Die Entscheidung erging knapp mit fünf gegen drei Stimmen. Die Mehrheit selbst war gespalten, was sich in zwei Sondervoten ausdrückt.

⁶⁵ Einer der prominentesten amerikanischen Verfassungsrechtler, der Harvard-Professor Laurence Tribe, sprach nach der Entscheidung von einem „watershed day in the history of overcoming the legacy of racial apartheid in this country“. (Zitiert in USA Today, 13. Juni 1995, 1A, 2A).

en betrieben werden, zu dieser Gruppe gehören. Bundesbehörden sind verpflichtet, bei der Auftragsvergabe ihren Vertragspartner finanzielle Anreize zu gewähren, wenn diese als Subunternehmer ein benachteiligtes Kleinunternehmen beauftragen. Aufgrund dieser Rechtslage erhielt im Zuge des Baus einer Bundesstraße ein hispanischer Unternehmer den Zuschlag, obwohl sein Konkurrent *Adarand* ein günstigeres Angebot gemacht hatte. Nachdem die Untergegerichte *Adarands* Klage unter Anwendung der bekannten höchstrichterlichen Grundsätze abgewiesen hatten, stellte der Supreme Court neue Maßstäbe auf und verwies die Sache zur Entscheidung zurück. Er stellte klar, daß jegliche rassischen Klassifizierungen strikt geprüft werden müssen und führte hierzu die Schlagwörter Skepsis, Konsistenz und Kongruenz an⁶⁶. Skepsis ist gegenüber Differenzierungen nach Rasse angebracht, da ihnen die Gefahr von Stigmatisierung und Animositäten innewohnt. Konsistenz verlangt, daß die Benachteiligung von Weißen und von Minderheiten gleich intensiv überprüft wird. Kongruenz erfordert, daß Maßnahmen von Bund und Einzelstaaten dem gleichen Maßstab unterliegen⁶⁷.

Die ausdrückliche Abkehr von zwei Entscheidungen aus den Jahren 1980⁶⁸ und 1990⁶⁹, in denen affirmative action Programme des Bundes aufgrund einer milderer Prüfung aufrechterhalten worden waren, hängt nicht zuletzt mit der gewandelten Besetzung des Gerichts zusammen⁷⁰ und fügt sich in das gegenwärtige politische Klima ein⁷¹.

⁶⁶ *Adarand Constructors, Inc. v. Pena, Secretary of Transport*, 1995 U.S. Lexis 4037, *44.

⁶⁷ *Adarand*, 1995 U.S. Lexis 4037, *49-51.

⁶⁸ *Fullilove*, 448 U.S. 448 (1980).

⁶⁹ *Metro Broadcasting*, 497 U.S. 547, 597 (1990).

⁷⁰ Seit der letzten Entscheidung zu affirmative action vor fünf Jahren wurde die Hälfte des Gerichts neu besetzt. Einer der neuen Richter, Thomas, spricht sich dezidiert gegen jegliche Art von affirmative action aus und hat in der *Adarand*-Entscheidung ein entsprechendes Sondervotum eingereicht.

⁷¹ Konservative begrüßten die Entscheidung enthusiastisch als Anfang vom Ende der Ära der affirmative action. Vgl. Linda Greenhouse in *New York Times* v. 13. Juni 1995, A1.

Nach Meinungsumfragen fühlt sich die Mehrheit der weißen männlichen Bürger ungerechtfertigt diskriminiert. In Kalifornien wird eine Volksabstimmung zur Abschaffung jeglicher affirmative action vorbereitet. Nach dem konservativen Sieg bei den Kongreßwahlen im November 1994 und der darauffolgenden Kritik der Kongreßmehrheit an der existierenden Praxis der affirmative action ordnete der Präsident im Februar 1995 eine Überprüfung aller Programme an, um Mißbräuche aufzudecken und Ausuferungen zurückzuschneiden⁷².

Allerdings steht im Kreuzfeuer der Kritik die Bevorzugung von Minderheiten und weniger die Frauenförderung, obwohl viele affirmative action-Programme auch für Frauen gelten. Auch die Bedeutung der *Adarand*-Entscheidung für frauenfördernde Maßnahmen ist nicht eindeutig. Rassische Klassifizierungen gelten als suspekt, während die Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts nur einem mittelstrengen verfassungsrechtlichen Maßstab („intermediate scrutiny“) genügen muß⁷³. Wenn dies auch für Maßnahmen gilt, welche Frauen bevorzugen sollen, dann hätte dies zur Folge daß frauenfördernde Maßnahmen zu Lasten von Männern eher zulässig sind als minderheitenfördernde Maßnahmen zu Lasten der Weißen - ein Ergebnis, welches angesichts der historischen massiven Rassendiskriminierung und der weiterhin bestehenden Unterprivilegierung der Schwarzen schwer vermittelbar wäre⁷⁴. In der Konsequenz der Zurückdrängung der affirmative action für rassische Minderheiten läge deshalb auch, frauenfördernde Maßnahmen zu kappen.

⁷² Siehe zur aktuellen politischen Situation etwa Steven V. Roberts, *Affirmative Action on the Edge*, U.S. News & World Report v. 13. Februar 1995, 32; Ann Devroy in *Washington Post* v. 24. Februar 1995, A 01; Robert Pear, *Report to Clinton faults Programs to Aid Minorities*, New York Times v. 31. Mai 1995, A1 und B6.

⁷³ *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 200 (1976).

⁷⁴ Dies moniert auch Richter Stevens in seinem abweichenden Votum zur *Adarand*-Entscheidung, 1995 U.S. Lexis 4037, *85, ebenso bereits Scanlan, a.a.O. (s.o. Fn. 40), 20.

III. Frauenförderung ohne automatischen Vorrang für Frauen in der Europäischen Gemeinschaft

Auch im Recht der Europäischen Gemeinschaft besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung und dem Gebot positiver Frauenförderung⁷⁵.

In einem in der Bundesrepublik vielbeachteten Urteil vom 17. Oktober 1995 im Fall *Kalanke*⁷⁶ befand der Europäische Gerichtshof, daß europäisches Recht einer nationalen Regelung entgegensteht, die weiblichen Bewerbern „automatisch“ den Vorrang einräumt⁷⁷. Die Entscheidung erging auf ein Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts⁷⁸. Dem zugrunde lag ein Rechtsstreit um die Beförderung einer Frau zur Sachgebietsleiterin des Gartenbauamtes der Stadt Bremen auf der Grundlage des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes⁷⁹. Nach dessen § 4 sind bei der Einstellung, Übertragung eines Dienstpostens und Beförderung Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen, wenn sie unterrepräsentiert sind. Eine Unterrepräsentation liegt vor, wenn in der betreffenden Vergütungsgruppe der jeweiligen Personalgruppe nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind.

Das BAG hielt die Quotenregelung einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich, hatte aber Zweifel an der Vereinbarkeit mit der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinie⁸⁰. Diese

⁷⁵ Siehe allgemein zur Gleichbehandlung von Mann und Frau im Gemeinschaftsrecht etwa Christine Langenfeld, *Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 1990; Sacha Prechal/ Noreen Burrows, *Gender Discrimination Law of the European Community*, Dartmouth 1990; Evelyn Ellis, *European Community Sex Equality Law*, Oxford 1991.

⁷⁶ Rs. C-450/ 93, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht, auszugsweise abgedr. in *EuZW* 1995, 726; Streit 1995, 159.

⁷⁷ Rs. C-450/ 93, Rnr. 24 des Urteils.

⁷⁸ Vorlagebeschluß v. 22. Juni 1993, *NZA* 1994, 77.

⁷⁹ Gesetz zur Gleichstellung von Mann und Frau im öffentlichen Dienst des Landes Bremen, *Bremisches Gesetzblatt* 1990, 433.

⁸⁰ Vorlagebeschluß v. 22. Juni 1993, *NZA* 1994, 77, 82f.

Richtlinie⁸¹ hat ausweislich ihres Artikel 1(1) das Ziel, in den Mitgliedsstaaten den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen⁸² unter anderem hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung einschließlich des Aufstieges zu verwirklichen⁸³. Das Grundrecht auf Gleichbehandlung gehört zu den ungeschriebenen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts⁸⁴ und ist auch in Art. 2(1) der Gleichbehandlungsrichtlinie kodifiziert⁸⁵. Die Ämtervergabe an eine weibliche Bewerberin allein aufgrund ihres Geschlechts nach Maßgabe einer Frauenquote verletzt prima facie das Grundrecht des konkurrierenden Mannes. Allerdings enthält Art. 2(4) der Richtlinie eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung. Demnach steht die Richtlinie „nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächliche bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen beeinträchtigen“ entgegen. Die Frage ist, ob diese Ausnahmebestimmung auch Frauenquoten deckt. Der EuGH verneinte und folgte damit den Schlußanträgen des Generalanwaltes⁸⁶. Der Ge-

⁸¹ Richtlinie 76/ 207/ EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9. Februar 1976, ABl. EG 1976 (L 39), 40.

⁸² Siehe zum gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz Ellis a.a.O, (s.o. Fn. 75), 117-178.

⁸³ Siehe zur Gleichbehandlungsrichtlinie in der Literatur etwa Georgios Kyriazis, Die Sozialpolitik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in bezug auf die Gleichberechtigung männlicher und weiblicher Erwerbstätiger, Berlin 1990, 34-38; Prechal/ Burrows a.a.O, (s.o. Fn. 75), 104-158. Siehe zur Zielsetzung der Richtlinie Hofmann v. Barmer Ersatzkasse, Rs. 184/ 83, Slg. 1984, 3047, Rnr. 18.

⁸⁴ Defrenne III, Rs. 149/ 77, Slg. 1978, 1365, Rnr. 27; siehe jüngst etwa EuG Alicia Speybrouck v. European Parliament, Rs. T-45/90, Slg. 1992 II-33, Rnr. 47.

⁸⁵ Nach Art. 2(1) darf keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen. Da diese Vorschrift hinreichend klar und genau ist und eine unbedingte Verpflichtung ausspricht, die keiner weiteren Vollzugsnorm bedarf, ist sie unmittelbar anwendbar, das heißt, der Einzelne kann sich vor nationalen Gerichten darauf berufen, Marshall v. South Hampton and South-West Hampshire Area Health Authority, Rs. 152/ 84, Slg. 1986, 723, Rnr. 52; Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Rs. 222/ 84, Slg. 1986, 1663, Rnr. 56.

⁸⁶ Interessanterweise verwies der Generalanwalt mehrfach auf affirmative action in den USA, Kalanke, Rs. C-450/ 93, Rnr. 8, Fn. 8 und Rnr. 9, Fn. 10 der Schlußanträge, noch nicht in der aml. Slg. veröffentlicht, auszugsweise abgedr. in Streit 1995, 161.

richtshof begründete sein Ergebnis damit, daß ein unbedingter Vorrang für Frauen über eine Förderung der Chancengleichheit hinausgehe und an deren Stelle eine Ergebnisgleichheit setze, die vom europäischen Recht nicht gewollt sei ⁸⁷.

Welche Folgen hat nun die gerichtliche Interpretation der Richtlinie für deutsche Quotenregelungen? Wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts sind entgegenstehende Normen des nationalen Rechts unanwendbar, und die nationalen Instanzen aller Mitgliedstaaten müssen dem Rechnung tragen. Dies gilt insbesondere für die Landesgesetzgeber der deutschen Bundesstaaten, die Quoten für den öffentlichen Dienst eingeführt haben oder planen. Allerdings legt der EuGH in der Vorabentscheidung nach Art. 177 EGV die relevante europäische Norm rein abstrakt aus, und aus der verbindlichen Auslegung muß das vorlegenden nationalen Gericht die konkrete Schlußfolgerungen für die Anwendbarkeit der fraglichen deutschen Rechtsvorschrift selbst ziehen. Nun hat sich der Gerichtshof im Fall *Kalanke* nicht ausdrücklich gegen Quoten aller Art ausgesprochen, sondern lediglich gegen eine automatische Bevorzugung von Frauen, ohne näher zu erläutern, was er darunter versteht. Man könnte argumentieren, daß eine Quote in Form einer bloßen Sollvorschrift, oder eine Quotenregelung, die Ausnahmen für soziale Härtefälle vorsieht, keine europarechtswidrige „Automatik“ ist. Dann könnte § 4 des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes von deutschen Gerichten europarechtskonform ausgelegt werden ⁸⁸ oder entsprechend ergänzt werden und wäre nicht gänzlich unanwendbar. Gleiches gilt für die Quotenregelungen anderer Bundesländer ⁸⁹ und für mögliche zukünftige Maßnahmen anderer Mitgliedstaaten ⁹⁰.

⁸⁷ Rs. C-450/93, Rnr. 22.

⁸⁸ Das BAG hatte § 4 LGG verfassungskonform dahingehend ausgelegt, daß die Quote im Falle sozialer Härte für den männlichen Konkurrenten durchbrochen werden muß, NZA 1994, 77, 82. Der EuGH ging auf diese Auslegung nicht ein. Vgl. zur Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte, nationales Recht im Lichte von Wortlaut und Zweck der RL 207/76 auszulegen Harz v. Deutsche Tradax GmbH, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, Rnr. 26; Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1663, Rnr. 53.

⁸⁹ So vertrat die Gleichstellungsministerin in NRW die Ansicht, daß das Urteil die entsprechende Vorschrift im nordrhein-westfälischen Beamtengesetz, § 25 NRWBG, nicht tangiere, da diese im Gegensatz zu der bremischen Regelung eine Härteklausele enthält, Focus Nr. 43 v. 23. Oktober 1995, 23.

Die sehr knappe Begründung des Gerichtshofs für seine Interpretation von Art. 2(4) läßt diese Fragen offen. Auch eine Auseinandersetzung mit gegenteiligen Positionen fehlt. In der Literatur war bisher durchaus strittig, ob Art. 2(4) Quoten legitimiert⁹¹. Die europäische Kommission befürwortete in der mündlichen Verhandlung deren Zulässigkeit⁹², und auch das BAG neigte in seinem Vorlagebeschluß zu dieser Auffassung⁹³. Eine nähere Analyse des Art. 2(4) sollte vom Wortlaut ausgehen. Dieser gestattet nur solche Maßnahmen, die der Förderung der Chancengleichheit dienen. Nach Ansicht des Generalanwalts *Tesauro* im Fall *Kalanke* meint Chancengleichheit nicht die Gleichheit des Ergebnisses, sondern diejenige der Ausgangssituati-

⁹⁰ Gegenwärtig existieren in keinem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft Quotenregelungen.

⁹¹ Maidowski a.a.O, (s.o. Fn. 11), 95 meint, daß sich aus dem Zusammenhang ergebe, daß die Norm „(rechts-)gleichheitsdurchbrechender Maßnahmen“ rechtfertigen könne, denn gleichheitswahrende Förderungsmaßnahmen bedürften in der Richtlinie überhaupt keiner Erwähnung. Für die Zulässigkeit von Quoten nach Art. 2(4) auch Kyriazis a.a.O, (s.o. Fn. 75), 36; Josephine Shaw, Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems, in: *Discrimination: The Limits of Law* (Bob Hepple/ Erika M. Szyczak, Hrsg., London 1992), 386, 404 und 407, Fn. 7; Langenfeld a.a.O, (s.o. Fn. 75), 273 f folgert aus dem „Gesamtzusammenhang“, daß die starre, also qualifikationsunabhängige Quote nicht von Art. 2(4) gedeckt wäre. In bezug auf die flexible Quote mache die Richtlinie keine Aussage. Zweifel an der Legitimierung von Quoten durch die Ausnahmenvorschrift äußert Benda a.a.O, (s.o. Fn. 8), 89. Vgl. auch Prechal/ Burrows a.a.O, (s.o. Fn. 75), 112, nach denen eine gleichheitsdurchbrechende Maßnahme nach Art. 2(4) nur gerechtfertigt ist als „ultimum remedium in a specific situation, for example, where there is a very serious and structural underrepresentation of women, and ... for a limited period only.“

⁹² Nach Ansicht der Kommission müssen Maßnahmen im Sinne von Artikel 2(4) verhältnismäßig sein und dürfen Männer nicht über die Beseitigung bestehender Ungleichheiten hinaus benachteiligen. Deshalb sei wesentlich, daß entsprechende Maßnahmen nicht zu allgemein gehalten und damit zu einer unkontrollierten, pauschalen Ausweitung der Rechte der Frauen führen, Rs C-450/ 93, Sitzungsbericht Rnr. 27-29, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht. Die Regelung des Bremischen Gesetzes erfülle diese Anforderungen, da sie in zweierlei Hinsicht limitiert ist: Frauen werden nur bei gleicher Qualifikation bevorzugt und die Vorzugsbehandlung ist zeitlich begrenzt, da sie nur solange erfolgt, wie Frauen unterrepräsentiert sind, a.a.O., Rnr. 28f.

⁹³ Der Vorlagebeschluß vom 22. Juni 1993, NZA 1994, 77 führt im Anschluß an Maidowski (s.o. Fn. 11) aus, wenn Art. 2(4) nur bloße gleichheitswahrende Maßnahmen meinen würde, so wäre das bereits durch Art. 2(1) gedeckt, deshalb müsse die Vorschrift gerade die umgekehrte Diskriminierung meinen.

on⁹⁴. Jedenfalls wird Chancengleichheit im Gemeinschaftsrecht als *tatsächliche* Gleichheit der Chancen verstanden⁹⁵. Folglich geht die Rechtspflicht zur Herstellung von Chancengleichheit über das Verbot der rechtlichen Ungleichbehandlung hinaus⁹⁶. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1988 hatte der Gerichtshof die Reichweite der Ausnahmebestimmung dahingehend umschrieben, daß sie dem bestimmten und begrenzten Zweck diene, Maßnahmen zu erlauben, die zwar dem Zweck nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen⁹⁷.

Frühere Rechtsprechung zur formalen Bevorzugung weiblicher Arbeitnehmer liefert nur wenige Anhaltspunkte für die Ausfüllung dieser Formel. So monierte der Gerichtshof eine Vorschrift in einem französischen Gesetz zur Anpassung des Arbeitsgesetzbuches an die Gleichbehandlungsrichtlinie, nach der die in Arbeits- und Tarifverträgen eingeräumten Sonderrechte für weibliche Arbeitnehmer (wie etwa Mutterschaftsurlaub, zusätzliche Urlaubstage für jedes Kind, ein arbeitsfreier Tag am Muttertag etc.) aufrechterhalten werden sollten. Der EuGH hielt diese allgemeinen Privilegien für nicht von der Ausnahmebestimmung Art. 2(4) der RL 207/ 76 gedeckt⁹⁸. Im Fall *Barber* meinte der Gerichtshof, der in Artikel 119 EWG niedergelegte Grundsatz der Lohngleichheit verbiete die Zuerkennung von Betriebsrenten an Frauen in jüngerem Alter als an Männer⁹⁹. Auf der anderen Seite verstößt Mutterschaftsurlaub, der nur Frauen gewährt wird, nicht gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie. Diese Maßnahme ist nämlich nach

⁹⁴ Rs. C-450/ 93, Schlußanträge des GA, Rnr. 13, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht.

⁹⁵ Rs. 14/ 83, Colson, Slg. 1984, 1891, Rnr. 17; siehe auch Ziffer 6a der Resolution des Rates zur Situation der Frauen in Europa vom 17. Januar 1984, ABl. EG 1984 (C 46), 42, 43.

⁹⁶ Nachdem die Gemeinschaftsorgane zunächst im Bereich der Gleichbehandlung einen reinen Antidiskriminierungsansatz verfolgt hatten, markiert die Einführung des Begriffs der Chancengleichheit eine zweite Phase der gemeinschaftlichen Maßnahmen. Vgl. Eliane Vogel-Polsky, Positive Action Programmes for Women, *International Labour Review* 1985, 253, 256; Marie-Josée Raetsen, Positive Measures, *Social Europe, Supplement* 2/ 86, 76, 77.

⁹⁷ Kommission / Frankreich, Rs. 312/ 86, Slg. 1988, 5315, Rnr. 15.

⁹⁸ Kommission / Frankreich, Rs. 312/ 86, Slg. 1988, 5315, Rnr. 15.

⁹⁹ Douglas Harvey Barber / Guardian Royal Exchange, Rs. C-262/ 88, Slg. 1990 I-1889, Rnr. 32.

Ansicht des Gerichtshofes so eng mit den nationalen Sozialversicherungssystemen verknüpft, daß den Mitgliedstaaten in dieser Frage ein Ermessensspielraum verbleibt¹⁰⁰.

Es zeigt sich, daß weder die ältere Rechtsprechung, noch das lakonische *Kalanke*-Urteil die hier aufgeworfene Problematik geklärt haben. Die gegenwärtige Gemeinschaftsrechtslage im Hinblick auf Frauenförderung, insbesondere mittels Quoten, erschließt sich vielmehr aus zahlreichen Dokumenten unterschiedlicher rechtlicher Qualität.

Der gemeinschaftsrechtliche Schlüsselbegriff, der die Möglichkeit von Vorzugsbehandlung für Frauen eröffnet, ist der Terminus „positive Aktionen“¹⁰¹. Der Begriff wurde erstmals im Aktionsprogramm der Kommission zur Chancengleichheit von Frauen aus dem Jahre 1981 verwendet. Als Rechtsgrundlage für positive Aktionen wird Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie angesehen¹⁰². Positive Aktionen sind Förderungsmaßnahmen, die darauf abzielen, die Grundsätze der Chancengleichheit und Gleichberechtigung faktisch durchzusetzen, also nicht nur Rechtsungleichheiten, sondern auch faktische Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit zu beseitigen und die Chancen des unterrepräsentierten Geschlechts kollektiv zu fördern. Das Konzept der positiven Aktionen ergänzt somit das liberale Modell der Gewährleistung gleicher Rechte für Individuen in zweierlei Hinsicht. Zum einen zielt es auf faktische, substantielle Gleichheit im Gegensatz zu formaler, rechtlicher Gleichheit¹⁰³. Zum zweiten beinhaltet es eine kollektive, nicht individualrechtliche Betrachtungsweise der Gleichheit¹⁰⁴. Das Konzept impli-

¹⁰⁰ Hofmann / Barmer Ersatzkasse, Rs. 84/ 83, Slg. 1984, 3047, Rnr. 27.

¹⁰¹ Allgemein hierzu Raetsen a.a.O, (s.o. Fn. 96), 76-87.

¹⁰² Erstes Aktionsprogramm der Kommission vom 14. Dezember 1981 für den Zeitraum 1982-85, Mitteilung an den Rat, Bull. Suppl. 2/ 86, 9, Ziff. 19; Empfehlung des Rates zur Förderung positiver Aktionen für Frauen v. 13. Dezember 1984 (84/ 6357 EWG), ABl. EG 1984 (L 331), 34, zweite Erwägung der Präambel.

¹⁰³ Vgl. Vogel-Polsky a.a.O, (s.o. Fn. 96), 257, Raetsen a.a.O, (s.o. Fn. 96), 77; Sonia Mazey, European Community Action on Behalf of Women: The Limits of Legislation, Journal of Common Market Studies 1988, 63 und 77.

¹⁰⁴ Schlußanträge des GA Tesauo im Fall Kalanke, Rs. C-4507 93, Rnr. 8, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht. Siehe auch Kyriazis a.a.O, (s.o. Fn. 75), 196.

ziert also eine verstärkte staatliche Einflußnahme auf gesellschaftliche Prozesse im Interesse der Gruppe der Frauen.

Manche Autoren verstehen unter positiven Aktionen offenbar vor allem die umgekehrte Diskriminierung, auch in Form von Quoten¹⁰⁵. Selbst wenn diese Gleichsetzung aus den Gemeinschaftstexten nicht hervorgeht, so gehören Frauenquoten möglicherweise zu den positiven Aktionen. Die im folgenden zusammengefaßten Stellungnahmen der Gemeinschaftsorgane Kommission, Rat und Parlament zu positiven Aktionen könnten Quoten Platz geben.

Die Kommission hat bisher drei Aktionsprogramme zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen verabschiedet¹⁰⁶. Die Aktionsprogramme setzen zwar kein die Mitgliedstaaten bindendes Recht, sind andererseits aber nicht nur rein politisches Programm. Sie besitzen als soft law eine auch normativ wirkende Signalfunktion. Bereits im ersten Programm unterschied die Kommission zwischen zwei Arten von Maßnahmen. Eine erste Gruppe von Maßnahmen zielt auf die Stärkung der Individualrechte ab¹⁰⁷. Die zweite Gruppe bezieht sich auf Chancengleichheit in praxi. Insbesondere positive Aktionen sollen die nichtrechtlichen Hindernisse für die Chancengleichheit zu überwinden¹⁰⁸. Auch das zweite Aktionsprogramm für die Jahre 1986-90 empfiehlt den Mitgliedstaaten, die Beschäftigung von Frauen durch positive Aktionen zu fördern¹⁰⁹, und die Kommission selber verpflichtet sich zu positiven Aktionen¹¹⁰. Das dritte

¹⁰⁵ So etwa Vogel-Polsky a.a.O. (s.o. Fn. 96), 253 und 264, Fn. 2; Christopher McCrudden, *The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1993, 320, 333.

¹⁰⁶ Erstes Aktionsprogramm vom 14. Dezember 1981 für den Zeitraum 1982-85, Mitteilung an den Rat, Bull. Suppl. 2/ 82; zweites mittelfristiges Aktionsprogramm vom 19. Dezember 1985 für 1986-90, COM (85) 801 final = Bull. Suppl. 3/ 1986; drittes Aktionsprogramm vom 6. November 1990 für 1991-95, COM (90) 449 final.

¹⁰⁷ Bull. Suppl. 2/ 82, 8, Ziff. 14.

¹⁰⁸ Bull. Suppl. 2/ 82, 9, Ziff. 19.

¹⁰⁹ COM (85) 801 final = Bull. Suppl. 3/ 1986, Titel C. (Beschäftigung), Ziff. 1b).

¹¹⁰ COM (85) 801 final = Bull. Suppl. 3/ 1986, Titel C. (Beschäftigung), Ziff. 23e).

mittelfristige Aktionsprogramm über Chancengleichheit für Frauen und Männer stellt einleitend fest, daß Rechtsregeln allein die faktische Chancengleichheit nicht sicherstellen können, und das deshalb „spezifische Aktionen“ angestrebt werden sollen, die darauf abzielen, die Situation von Frauen in Praxi zu verbessern¹¹¹. Zum Thema Integration von Frauen im Arbeitsmarkt werden spezifische Maßnahmen gefordert, die den Zugang von Frauen zu Berufen, in denen sie unterrepräsentiert sind, fördern sollen¹¹². Vorzugsbehandlung wird allerdings nicht erwähnt¹¹³.

Der Rat befürwortet positive Aktionen zugunsten von Frauen, hat jedoch umgekehrte Diskriminierung bisher nicht angesprochen. So gestattet die Richtlinie zur sozialen Sicherheit aus dem Jahre 1978 den Mitgliedstaaten, spezifische Maßnahmen für Frauen zu ergreifen, um bestehende Ungleichbehandlungen zu beseitigen¹¹⁴. Dies scheint sich jedoch nur auf den Mutterschutz zu beziehen. Die Ratsresolution vom 12. Juli 1982 über die Förderung der Chancen von Frauen¹¹⁵ billigt das erste Aktionsprogramm der Kommission, welches die Gleichbehandlung und Chancengleichheit insbesondere mittels positiver Aktionen erreichen will.

Besonders relevant für die Quotenfrage sind einige Ratsempfehlungen. Empfehlungen sind zwar nicht verbindlich, entbehren jedoch nicht jeglicher Rechtswirkung. Die nationalen Gerichte müssen sie insbesondere bei der Interpretation von nationalen Vorschriften, welche die Empfehlungen umsetzen, beachten, und auch dann, wenn die Empfehlungen verbindliche Gemeinschaftsvorschriften ergänzen¹¹⁶. Die Ratsempfehlung vom 13. Dezember 1984 über die

¹¹¹ Drittes Aktionsprogramm vom 6. November 1990 für 1991-95, COM (90) 449 final, 1.

¹¹² COM (90) 449 final, 10.

¹¹³ Gegenwärtig wird das vierte Aktionsprogramm für den Zeitraum 1996-2000 erarbeitet, die Vorschläge zu positiven Aktionen stehen noch nicht endgültig fest.

¹¹⁴ Richtlinie des Rates v. 19. Dezember 1978 zur fortschreitenden Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich der sozialen Sicherheit (79/ 7/ EWG), ABl. EG 1979 (L 6), 24, letzte Erwägung in der Präambel.

¹¹⁵ Resolution des Rates v. 12. Juli 1982, ABl. EG 1982 (C 186), 3.

¹¹⁶ Grimaldi/ fonds des maladies professionnelles, Rs. 322/ 88, Slg. 1989, 4407, Rnr. 16 und 18.

Förderung positiver Aktionen für Frauen¹¹⁷ empfiehlt den Mitgliedstaaten, eine Politik positiver Aktionen zu ergreifen. Ausweislich der Empfehlung dient eine solche Politik unter anderem dazu, eine ausgeglichene Verteilung der Geschlechter im Arbeitsleben zu erreichen¹¹⁸. Die Empfehlung stellt außerdem fest, daß die existierenden Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung, die Individualrechte verleihen, nicht ausreichen, um alle bestehenden Ungleichheiten zu beseitigen¹¹⁹. Die Empfehlung scheint also erstens auf faktische Gleichheit in der sozialen Wirklichkeit abzielen und zweitens, indem sie ein ausgeglichenes Geschlechterverhältnis anspricht, auch eine gruppenbezogene Perspektive einzunehmen. Beide Positionen lassen Raum für eine positive Bewertung von Frauenquoten. Die Politik positiver Aktionen könnte demnach durchaus eine solche Maßnahme umfassen. Dies wird durch die vierte Einzelempfehlung unterstrichen, nach welcher die positiven Aktionen die Einstellung und Beförderung von Frauen in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, ermutigen sollen¹²⁰.

Am dezidiertesten für Frauenquoten spricht sich das Europäische Parlament aus. Die Parlamentsresolution zur Gleichbehandlung und Chancengleichheit für Frauen und Männer vom 16. März 1995¹²¹ schlägt Zielvorgaben und Quoten vor. Das Parlament bedauert, daß Frauen im öffentlichen und beruflichen Leben immer noch unterrepräsentiert sind und ruft die europäischen Institutionen und die Mitgliedstaaten dazu auf, in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber quantitative Zielvorgaben („target figures“) für die Einstellung von Frauen in verantwortungsvolle Positionen zu machen und ruft die Mitgliedstaaten außerdem dazu auf, darauf hinzuwirken, daß beide Seiten der Industrie sowie die politischen Parteien diese Zielvorgaben einhalten. Außerdem ruft sie die Kommission auf, sicherzustellen, daß in ihren Gremien und Vertretungen mindestens 30% Frauen angestellt sind. Bereits in einer Resolution aus dem Jahre 1984¹²² hatte das Parlament die Mitgliedstaaten ausdrücklich gefordert, bei der Vergabe von Führungs-

¹¹⁷ Empfehlung v. 13. Dezember 1984 (84/ 6357 EWG), ABl. EG 1984 (L 331), 34.

¹¹⁸ ABl. EG 1984 (L 331), 34, erste Empfehlung.

¹¹⁹ ABl. EG 1984 (L 331), 34, dritte Empfehlung.

¹²⁰ ABl. EG 1984 (L 331), 34, vierte Empfehlung

¹²¹ ABl. EG 1995 (C 89), 143.

¹²² Resolution zur Situation von Frauen in Europa v. 17. Januar 1984, ABl. EG 1984 (C 46), 42.

positionen qualifizierte Frauen für eine Übergangszeit zu bevorzugen¹²³. In der Vorläuferresolution von 1981¹²⁴ hatte das Parlament festgestellt, daß *strukturelle* Hindernisse beseitigt werden müssen, welche die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Gemeinschaft vereitelten¹²⁵. Strukturelle Hemmnisse sind etwas anderes als bewußte, diskriminierende Einzelakte. Die Attacke solcher Hemmnisse erkennt an, daß rechtliche Gleichheit in Form eines Diskriminierungsverbots allein nicht ausreicht, um tatsächlich gleichwertige Lebenssituationen für beide Geschlechter herbeizuführen. Überdies impliziert die Anerkennung struktureller Hindernisse eine gruppenbezogene Betrachtungsweise.

Schließlich wird den Mitgliedstaaten durch das Übereinkommen über die Sozialpolitik, das als Protokoll dem Vertrag von Maastricht beigelegt wurde¹²⁶, gestattet, spezifische Vorteile zu gewähren, die es Frauen erleichtern sollen, berufstätig zu sein oder die beruflichen Nachteilen vorbeugen oder sie ausgleichen sollen¹²⁷.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die einschlägigen Gemeinschaftstexte - mit Ausnahme der jüngsten Parlamentserklärung - keine expliziten Aussagen zu Quoten enthalten. Allerdings stellt das von der Kommission eingeführte und von allen Gemeinschaftsorganen befürwortete Konzept der positiven Aktionen auf die Herstellung gleicher Lebensverhältnisse, also auf faktische Gleichstellung ab. Die Politik positiver Aktionen ergänzt den individualrechtlichen Ansatz und betrachtet Frauen als Gruppe. Die Quote als Mittel, um das ausdrücklich geforderte Ziel der Erhöhung der Repräsentanz von Frauen zu erreichen, würde sich in dieses Paradigma einfügen.

¹²³ ABl. EG 1984 (C 46), 53, Ziff. 57.

¹²⁴ Resolution zur Stellung der Frauen in Europa v. 11. Februar 1981, ABl. EG 1981 (C 50), 35.

¹²⁵ ABl. EG 1981 (C 50), 39, Erwägung Nr. 13.

¹²⁶ ABl. EG 1992 (C 191), 91.

¹²⁷ Art. 6(3). Zwar behandelt Artikel 6 den Grundsatz der Lohngleichheit, aber die Ausnahmebestimmung des Abs. 3 ist allgemein formuliert.

IV. Vergleichende Schlußbetrachtung

In der Kontroverse um die Frauenquote treffen politische Grundanschauungen aufeinander. Befürworter der Frauenquote bejahen die Notwendigkeit der staatlichen Intervention zugunsten des sozial Schwachen, anerkennen, daß formale Rechtsgleichheit in ungleichen Verhältnissen die Ungleichheit perpetuiert, und sind sich der Sozialgebundenheit des Individuums bewußt. Gegner der Quote befürchten staatlichen Dirigismus, lehnen Ergebnisgleichheit als chancenverittelnde Gleichmacherei ab und warnen vor der Mißachtung des Individuums zugunsten eines künstlichen Kollektivs.

Es ist nicht verwunderlich, daß in allen drei hier betrachteten Rechtsordnungen, die im politischen Liberalismus wurzeln, Skepsis gegenüber Quoten dominiert. Dieser Befund sollte aber Reformdiskussionen in der Bundesrepublik nicht ersticken. Sicherlich können Reformüberlegungen vom Blick über den engen nationalen Horizont hinaus profitieren. Dabei muß jedoch der Versuchung widerstanden werden, oberflächliche Parallelen zu ziehen. In unserem Zusammenhang spielt eine Rolle, daß die Bundesrepublik nicht nur ein rechtstaatliches Erbe hat, sondern auch eine sozialstaatliche Tradition, die ausgeprägter ist, als in den meisten anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die in den Vereinigten Staaten praktisch fehlt. Tatsächlich herrscht in den USA ein teilweise krasser Individualismus, der ein andersartiges Staatsverständnis zur Folge hat. Freiheit wird vor allem negativ als Freisein von staatlicher Einflußnahme angesehen und dementsprechend die möglicherweise freiheitsverwirklichende staatliche Förderung der sozial Schwachen abgelehnt¹²⁸. Demgegenüber bietet die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik mit ihrem Sozialstaatsprinzip und mit Grundrechtskonzepten wie die sozialen Rechte, Rechte auf Schutz und Förderung oder auf Teilhabe weitaus mehr Ansatzpunkte für sozialpolitische Maßnahmen, zu denen auch Frauenquoten gehören könnten.

¹²⁸ Siehe in vergleichender Perspektive hierzu Peter E. Quint, *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*, *Maryland Law Review* 1989, 247, 345 f; Mary Ann Glendon, *Rights in Twentieth-Century Constitutions*, *The University of Chicago Law Review* 1992, 519, 524; W. Cole Durham, *General Assessment of the Basic Law - An American View*, in: *Germany and its Basic Law: Past, Present and Future - A German-American Symposium*, 37, 46 f (Paul Kirchhof/ Donald P. Kommers, Hrsg., Baden-Baden 1993).

Im Gemeinschaftsrecht existieren im Bereich Frauenförderung die kontrastierten Grundpositionen nebeneinander. Eine liberale Position¹²⁹ streitet gegen die Befürwortung sozialer Intervention. In mancher Hinsicht wird Chancengleichheit, in anderer eine materielle Gleichheit der Ergebnisse gefordert. Dem Schutz von Individualrechten steht eine gruppenbezogene Betrachtung gegenüber¹³⁰. Jede dieser Betrachtungsweisen steht in europäischer Tradition. Folglich verlangen weder das positive Recht der Gemeinschaft noch allgemeine Rechtsgrundsätze die strikte Ablehnung oder die unbedingte Befürwortung der Quote. Die Entscheidung der Mitgliedstaaten für oder gegen Quoten ist deshalb letztlich eine politische, die unter Berücksichtigung der sozialen und psychologischen Folgen und der gesellschaftlichen Akzeptanz getroffen werden muß. Eine Vielfalt der Ansätze in den verschiedenen Mitgliedstaaten sollte nicht ausschließlich als Wettbewerbsverzerrung oder Sozialdumping negativ bewertet werden. Man kann auch die europäische Möglichkeit des Experimentierens zur Lösung eines drängenden sozialen Problems wertschätzen und hierin eine Chance erblicken, innerhalb Europas aus verschiedenartigen Erfahrungen voneinander zu lernen.

¹²⁹ Kritisch zum liberalen Gleichheitsverständnis des EuGH aus feministischer Perspektive etwa Josée Bouchard, *Le Concept d'Egalité des Sexes en Droit Européen Communautaire: une Perspective Feministe*, *Osgoode Hall Law Journal* 1993, 625, 641f, 646.

¹³⁰ Vgl. McCrudden a.a.O. (s.o. Fn. 105), 328f. Insbesondere das in allen Richtlinien zur Gleichbehandlung enthaltene und vom Gerichtshof näher entfaltete Verbot der mittelbaren Diskriminierung basiert auf einem Gruppenmodell von Gleichheit. Mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung nicht nach dem Geschlecht, sondern nach einem anderen Kriterium differenziert, jedoch im Ergebnis zu einer tatsächlichen wesentlichen Schlechterstellung der Frauen als Gruppe führt und nicht objektiv durch geschlechtsneutrale Erwägungen gerechtfertigt werden kann. Vgl. die Definition in Art. 5(1) des Kommissionsvorschlages für eine Ratsrichtlinie über die Beweislastverteilung im Bereich der Lohngleichheit und Gleichbehandlung, COM (88) 269 final, ABl. EG 1988 (C 176) 5. Siehe zur Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung allgemein Gerlind Wisskirchen, *Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, des Europäischen Gerichtshofes und des U.S. Supreme Court*, Berlin 1994; Stefan Rating, *Mittelbare Diskriminierung der Frau im Erwerbsleben nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 1994, 53-109; Christine Fuchsloch, *Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung*, Baden-Baden 1995.