SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO SAGGIO
vom 10. Juni 1999 *

1. Mit dem Vorabentscheidungsersuchen des Staatsgerichtshofs des Landes Hessen wird der Gerichtshof zum dritten Mal gebeten, Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (im folgenden: Richtlinie) [1] auszulegen, damit festgestellt werden kann, ob mit dieser Vorschrift eine Regelung über ein Einstellungs- und Beförderungsprogramm für Frauen in der öffentlichen Verwaltung vereinbar ist. Mit der vorliegenden Vorabentscheidungsfrage sollen nämlich im Licht des geltenden Gemeinschaftsrechts Begriff und Grenzen positiver nationaler Maßnahmen zur Erleichterung der vollständigen Integration der Frauen in die Arbeitswelt bestimmt werden.

Die Gemeinschaftsregelung

2. Ich erinnere daran, daß die Richtlinie zum Ziel hat, daß in den Mitgliedstaaten „der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und in bezug auf die soziale Sicherheit ... verwirklicht wird" (Artikel 1).

Nach Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie bedeutet dieser Grundsatz, „daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf".

Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie erlaubt den Mitgliedstaaten den Erlaß oder die Beibehaltung von „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".

3. Nach Vorlage der Vorabentscheidungsfrage ist der Vertrag von Amsterdam in Kraft getreten, der den EG-Vertrag — soweit für die vorliegende Prüfung von Bedeutung — bezüglich der Verwirklichung

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. L 39, S. 40.

des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen geändert hat. Insbesondere sehen die Artikel 2 und 3 EG-Vertrag in der neuen Fassung vor, daß es „Aufgabe der Gemeinschaft ist ..., die Gleichstellung von Männern und Frauen ... zu fördern", und daß die Gemeinschaft „[b]ei allen... Tätigkeiten... darauf hin [wirkt], Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern". Nach dem ebenfalls durch den neuen Vertrag eingefügten Artikel 6a kann „der Rat... auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts... zu bekämpfen".

4. Artikel 141 EG (früher Artikel 119) bestimmt in der geänderten Fassung in Absatz 1: „Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher". Absatz 3 lautet: „Der Rat beschließt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 [früher Artikel 189b] und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit." Schließlich bestimmt Absatz 4: „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." [2] Die *Erklärung zu Artikel 119 [jetzt Artikel 141] Absatz 4 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* lautet: „Maßnahmen der Mitgliedstaaten nach Artikel 119 Absatz 4 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sollen in erster Linie der Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben dienen."

5. Bereits vor Änderung des Vertrages hatten die Gemeinschaftsorgane verschiedene Rechtsakte bezüglich der Gleichbehandlung von Männern und Frauen erlassen. Von besonderer Bedeutung ist die Empfehlung 84/635/EWG des Rates vom 13. Dezember 1984 zur Förderung des Erlasses positiver Maßnahmen für Frauen durch die Mitgliedstaaten [3], in der es heißt: „Die geltenden Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung, die zur Stärkung der Rechte des einzelnen erlassen wurden, reichen nicht aus, um alle faktischen Ungleichheiten zu beseitigen, wenn nicht die Regierungen, die Sozialpartner und sonstige beteiligte Stellen gleichzeitig tätig werden, um gegen die Benachteiligung der Frauen in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird". Die Mitgliedstaaten werden unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie aufgefordert, eine

2 — Artikel 119 in der Fassung vor der Änderung durch den Vertrag von Amsterdam nahm nicht auf positive Maßnahmen Bezug und untersagte lediglich Ungleichbehandlungen beim Entgelt. Absatz 1 lautete: „Jeder Mitgliedstaat wird während der ersten Stufe den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten."

3 — ABl. L 331, S. 34.

Politik positiver Maßnahmen anzunehmen, die u. a. „in Bereichen, Berufen und auf Ebenen, wo Frauen unterrepräsentiert sind, [auf die] Förderung der Bewerbung, der Einstellung und des Aufstiegs von Frauen, insbesondere in verantwortlichen Stellungen", gerichtet ist.

Die nationale Regelung

6. Das am 21. Dezember 1993 beschlossene und am 30. Dezember 1993 verkündete Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (Hessisches Gleichberechtigungsgesetz; im folgenden: HGlG) dient der Verwirklichung des gleichen Zugangs von Frauen und Männern zu öffentlichen Ämtern durch die Aufstellung von verbindlichen Zielvorgaben enthaltenden Frauenförderplänen für die Zugangs-, Arbeits- und Aufstiegsbedingungen für Frauen (§ 1).

7. § 3 Absatz 1 HGlG bestimmt: „Die Dienststellen sind verpflichtet, durch Frauenförderpläne ... und sonstige Maßnahmen der Förderung ... auf die Gleichstellung von Männern und Frauen im öffentlichen Dienst sowie die Beseitigung von Unterrepräsentanz von Frauen hinzuwirken und Diskriminierungen wegen des Geschlechts und des Familienstandes zu beseitigen"; Absatz 2 sieht vor: „Frauen sind unterrepäsentiert, wenn innerhalb des Geltungsbereichs eines Frauenförderplanes ... in einer Lohngruppe, Vergütungsgruppe oder Besoldungsgruppe einer Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind. In den Eingangsämtern der Laufbahnen gelten Frauen als unterrepräsentiert, wenn in der gesamten Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind. Satz 2 gilt entsprechend für das Eingangsamt des richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Dienstes. Innerhalb des Geltungsbereichs eines Frauenförderplanes bilden jede Besoldungsgruppe einer Laufbahn, jede Lohngruppe und jede Vergütungsgruppe einen Bereich. Die Stelle, die den Frauenförderplan aufstellt, kann weitere Unterteilungen vornehmen."

8. § 5 Absatz 3 bestimmt: „Der Frauenförderplan enthält für jeweils zwei Jahre verbindliche Zielvorgaben bezogen auf den Anteil der Frauen bei Einstellungen und Beförderungen zur Erhöhung des Frauenanteils in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind." § 5 Absatz 4 lautet: „In jedem Frauenförderplan sind jeweils mehr als die Hälfte der zu besetzenden Personalstellen eines Bereichs, in dem Frauen unterrepräsentiert sind, zur Besetzung durch Frauen vorzusehen. Dies gilt nicht, wenn ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für eine Tätigkeit ist. Ist glaubhaft dargelegt, daß nicht genügend Frauen mit der notwendigen Qualifikation zu gewinnen sind, können entsprechend weniger Personalstellen zur Besetzung durch Frauen vorgesehen werden. Bei Beförderungen ohne Stellenbesetzungen in Bereichen, in denen Frauen un-

terrepräsentiert sind, ist ein Frauenanteil vorzusehen, der mindestens dem Anteil der Frauen an der nächstniedrigen Besoldungsgruppe in dem Bereich entspricht. Satz 3 gilt entsprechend. Wenn personalwirtschaftliche Maßnahmen vorgesehen sind, die Stellen sperren oder zum Wegfall bringen, ist durch den Frauenförderplan zu gewährleisten, daß der Frauenanteil in den betroffenen Bereichen mindestens gleich bleibt."

9. In § 5 Absatz 7 geht es um die „Stellen des wissenschaftlichen Dienstes", die gemäß dem Hochschulrahmengesetz befristet besetzt werden. Diese Stellen sind mindestens mit dem Anteil an Frauen zu besetzen, den diese an den Absolventinnen und Absolventen oder (je nachdem) an den Promovierten des jeweiligen Fachbereichs stellen. Das gleiche gilt für die Beschäftigung wissenschaftlicher Hilfskräfte ohne Abschluß: Frauen sind mindestens mit dem Anteil zu berücksichtigen, den sie an den Studierenden des jeweiligen Fachbereichs stellen.

10. Nach § 7 sind, ebenfalls im Fall der Unterrepräsentanz, Frauen bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen mindestens zur Hälfte zu berücksichtigen. Die Frauen sind zudem auf freie Ausbildungsplätze aufmerksam zu machen und zur Bewerbung zu veranlassen. Liegen trotz derartiger Ermutigungen nicht genügend Bewerbungen von Frauen vor, kann mehr als die Hälfte der freien Plätze mit Männern besetzt werden.

11. Zu Vorstellungsgesprächen sind gemäß § 9 Absatz 1 mindestens ebenso viele Frauen wie Männer oder alle Frauen einzuladen, wenn sie die gesetzlich oder sonst vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen und in dem betreffenden Bereich unterrepräsentiert sind.

12. Nach § 10 sind „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung (Qualifikation) entsprechend den Anforderungen der zu besetzenden Stelle oder des zu vergebenden Amtes zu beurteilen. Bei der Qualifikationsbeurteilung sind Fähigkeiten und Erfahrungen, die durch die Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen im häuslichen Bereich (Familienarbeit) erworben wurden, zu berücksichtigen, soweit ihnen für die Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerberinnen oder Bewerber Bedeutung zukommt. Dies gilt auch, wenn Familienarbeit neben der Erwerbsarbeit geleistet wurde. Dienstalter, Lebensalter und der Zeitpunkt der letzten Beförderung dürfen nur insoweit Berücksichtigung finden, als ihnen für die Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerberinnen und Bewerber Bedeutung zukommt. Familienstand oder Einkommen des Partners oder

der Partnerin dürfen nicht berücksichtigt werden. Teilzeitbeschäftigungen, Beurlaubungen und Verzögerungen beim Abschluß der Ausbildung auf Grund der Betreuung von Kindern oder von nach ärztlichem Zeugnis pflegebedürftigen Angehörigen dürfen sich nicht nachteilig auf die dienstliche Beurteilung auswirken und das berufliche Fortkommen nicht beeinträchtigen."

13. § 14 lautet schließlich: „Bei der Besetzung von Kommissionen, Beiräten, Verwaltungs- und Aufsichtsräten sowie sonstigen Gremien sollen mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen sein."

14. Was die Geltungsdauer des Frauenförderplans angeht, so werden nach § 5 Absatz 3 die verbindlichen Zielvorgaben des jeweiligen Planes für zwei Jahre unter Berücksichtigung der Besonderheiten in den jeweiligen Bereichen und Dienststellen festgelegt. In § 10 Absätze 4 und 5 heißt es jedoch: „Werden die Zielvorgaben des Frauenförderplanes für jeweils zwei Jahre nicht erfüllt, bedarf bis zu ihrer Erfüllung jede weitere Einstellung oder Beförderung eines Mannes in einem Bereich, in dem Frauen unterrepräsentiert sind, der Zustimmung der Stelle, die dem Frauenförderplan zugestimmt hat ... Solange kein Frauenförderplan aufgestellt ist, dürfen in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, keine Einstellungen und Beförderungen vorgenommen werden."

Das nationale und das Gemeinschaftsverfahren

15. Das Vorabentscheidungsersuchen ist vom Staatsgerichtshof des Landes Hessen im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens eingereicht worden, das vierzig Abgeordnete des Hessischen Landtags angestrengt haben, um die Unvereinbarkeit des HGlG, insbesondere seiner §§ 3, 5, 7 bis 11, 14, 16 und 18, mit der Verfassung des Landes Hessen feststellen zu lassen.

16. Das HGlG verstößt nach Auffassung der Antragsteller zum einen gegen den Verfassungsgrundsatz der „Bestenauslese", da es eine Bevorzugung von Bewerbern aufgrund ihres Geschlechts und nicht aufgrund ihrer Verdienste vorsehe, und zum anderen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, der es nicht nur verbiete, einer bestimmten Gruppe Vorteile zu gewähren, sondern jedem ein Grundrecht verleihe, das den Bürgern Chancengleichheit bei den Startbedingungen und nicht die Erlangung bestimmter vorteilhafter Positionen für eine

bestimmte Personengruppe gewährleiste. Insoweit verstoße die betreffende Regelung auch gegen die Richtlinie in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof im Urteil Kalanke [4].

17. Der Staatsgerichtshof des Landes Hessen hat vor der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des streitigen deutschen Gesetzes das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof gemäß Artikel 234 EG (früher Artikel 177) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 4 der Richtlinie 76/207 nationalen Regelungen entgegen, nach denen

1. in Fällen der Unterrepräsentanz gemäß § 3 Absätze 1 und 2 HGlG Auswahlentscheidungen nach § 10 HGlG im Einzelfall bei gleicher Qualifikation einer Bewerberin und eines Bewerbers wegen der Verbindlichkeit der Zielvorgaben des Frauenförderplans nach § 5 Absätze 3 und 4 HGlG jedenfalls dann zugunsten der Bewerberin ausfallen müssen, wenn dies zur Erfüllung der Zielvorgaben erforderlich ist und keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen;

2. die verbindlichen Zielvorgaben des Frauenförderplans für befristet zu besetzende Stellen des wissenschaftlichen Dienstes und für wissenschaftliche Hilfskräfte gemäß § 5 Absatz 7 HGlG mindestens den Anteil an Frauen vorzusehen haben, den diese an den Absolventinnen und Absolventen (Absatz 7 Satz 1), Promovierten (Absatz 7 Satz 2) und Studierenden (Absatz 7 Satz 3) des jeweiligen Fachbereichs stellen;

4 — Urteil vom 17. Oktober in der Rechtssache C-450/93 (Slg. 1995, I-3051). Nach Auffassung der Antragsteller verstoßen die zitierten Vorschriften vor allem gegen die Artikel 1 und 134 der Verfassung des Landes Hessen, da sie Formen der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts darstellten. Die §§ 9 Absatz 1 und 10 Absatz 3 Satz 1 HGlG verstießen zudem gegen das in Artikel 33 des Grundgesetzes festgelegte und in Artikel 134 der Landesverfassung übernommene allgemeine Gebot der „Bestenauslese". Außerdem sei das HGlG mit dem in den Artikeln 135 und 29 der Landesverfassung enthaltenen Gebot unvereinbar, die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer in der öffentlichen Verwaltung nach den Verwaltungserfordernissen zu gestalten, und überschreite die Grenzen der Gesetzgebungskompetenz der Länder nach den Artikeln 70, 72, 74 Nr. 12 und 75 Nr. 1 des Grundgesetzes, die auch in Artikel 153 der Landesverfassung enthalten seien.

3. Frauen in Ausbildungsberufen, in denen sie unterrepräsentiert sind, nach § 7 Absatz 1 HGlG bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen mindestens zur Hälfte zu berücksichtigen sind, es sei denn, es handele sich um Ausbildungsgänge, in denen der Staat ausschließlich ausbildet;

4. in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, gemäß § 9 Absatz 1 HGlG zu einem Vorstellungsgespräch mindestens ebenso viele Frauen wie Männer oder alle Bewerberinnen einzuladen sind, wenn sie die gesetzlich oder sonst vorgesehenen Voraussetzungen für die Besetzung der Personalstelle oder des zu vergebenden Amtes erfüllen;

5. bei der Besetzung von Kommissionen, Beiräten, Verwaltungs- und Aufsichtsräten sowie sonstigen Gremien gemäß § 14 HGlG mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen sein sollen?

18. Schriftliche Erklärungen haben eingereicht der Hessische Ministerpräsident, der Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, das Königreich der Niederlande, die Republik Finnland und die Kommission. Alle Verfahrensbeteiligten haben an der mündlichen Verhandlung teilgenommen.

Begründetheit

I — *Zu den positiven Maßnahmen zur Verwirklichung der Chancengleichheit der Frauen in der Arbeitswelt*

19. In der vorliegenden Rechtssache geht es um die Frage, welche Regeln für positive Maßnahmen zur Verwirklichung der Gleichheit von Männern und Frauen im Rahmen der Gemeinschaftsrechtsordnung gelten.

20. Als positive Maßnahmen [5] werden alle auf Gesetzes- oder Verwaltungsebene vorgesehenen Akte angesehen, die Instrumente

5 — Wie Generalanwalt Tesauro in seinen Schlußanträgen vom 6. April 1995 in der Rechtssache Kalanke ausgeführt hat, wurde der Begriff „positive Maßnahmen" im US-Recht geprägt, wo die *affirmatives actions* zunächst Maßnahmen zugunsten der farbigen Bevölkerung und später Maßnahmen zugunsten ethnischer Minderheiten oder schwächerer Bevölkerungsgruppen wie der Frauen darstellten. Der Generalanwalt hat sodann erläutert: „Die positive Maßnahme kann verschiedene Formen annehmen. Ein erstes Modell ist dasjenige, das bezweckt, nicht Diskriminierungen im rechtlichen Sinne, sondern eine Situation der Benachteiligung zu beseitigen, wie sie für Frauen, die auf dem Arbeitsmarkt auftreten, kennzeichnend ist", wobei speziell Einfluß auf die Berufswahl und die Berufsbildung genommen wird. Weiter heißt es: „Als ein zweites Modell... lassen sich jene Maßnahmen ansehen, die bezwecken, das Gleichgewicht zwischen familiären und beruflichen Aufgaben und eine bessere Verteilung dieser Aufgaben auf die beiden Geschlechter zu fördern"; zu diesen Maßnahmen gehören solche, „die die Arbeitszeitordnung, den Ausbau von Einrichtungen für Kinder, die berufliche Wiedereingliederung der Frauen, die sich mit der Kindererziehung beschäftigt haben, Maßnahmen der sozialen Sicherheit und Steuervorteile, die die familiären Belastungen berücksichtigen, betreffen", und schließlich ist „[e]in drittes Modell positiver Maßnahmen ... das von Maßnahmen, durch die die fortdauernden nachteiligen Auswirkungen historischer rechtlich relevanter Diskriminierungen beseitigt werden"; dieses Modell umfaßt „Vorzugsbehandlungen zugunsten benachteiligter Kategorien ..., insbesondere über Quotensysteme und *Goals*". Beim Quotensystem wird eine bestimmte Anzahl von Stellen der am meisten benachteiligten Gruppe vorbehalten, beim System der Goals hingegen wird „den Mitgliedern der betreffenden Gruppe eine höhere Zahl von Punkten eingeräumt, wobei jedoch das Recht jedes Bewerbers, sich für alle verfügbaren Stellen zu bewerben, nicht beeinträchtigt wird" (Nrn. 8 und 9). Der Begriff der positiven Maßnahme ist gegenwärtig sowohl in den nationalen Rechtsordnungen als auch im Gemeinschaftsrecht, u. a. in der Empfehlung des Rates von 1984, die die „Förderung positiver Maßnahmen für Frauen" betrifft, enthalten.

zugunsten einer bestimmten Gruppe, die (aus natürlichen oder geschichtlichen Gründen) benachteiligt ist, festlegen, um ihr soziale Chancengleichheit zu gewährleisten. In dem uns beschäftigenden Bereich, der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Arbeitswelt, bestehen positive Maßnahmen generell in Programmen zur Begünstigung der Einstellung und Beförderung von Frauen. Derartige eindeutig positive Maßnahmen sind bereits aufgrund ihres Inhalts, wonach eine bestimmte Personengruppe bevorzugt wird, diskriminierend und stehen daher offenkundig im Widerspruch zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz. Der Grundsatz des Verbotes von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der die Gleichbehandlung von Männern und Frauen bezweckt, verleiht bekanntlich jedem ein Grundrecht und bildet eine Grundregel nicht nur des Gemeinschaftsrechts, sondern auch der nationalen Rechtsordnungen. Die Rechtmäßigkeit positiver Maßnahmen bemißt sich daher in der Regel danach, ob diese Maßnahmen mit dem erwähnten allgemeinen Grundsatz in Einklang gebracht werden können.

Während nach Artikel 141 Absatz 1 des Vertrages und Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie, um die es in der Vorabentscheidungsfrage geht, Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts verboten sind, verleihen Artikel 141 Absatz 4 und Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Befugnis, positive Maßnahmen zur Verwirklichung der Chancengleichheit der Frauen in der Arbeitswelt vorzusehen. Die Mitgliedstaaten können daher zur Erreichung dieses Zieles auch Maßnahmen erlassen, die im Widerspruch zum allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung stehen, und somit auch solche, die sich nachteilig auf männliche Arbeitnehmer auswirken. Bei unserer Prüfung geht es deshalb im Kern darum, zu bestimmen, in welchen Grenzen und unter welchen Voraussetzungen positive nationale Maßnahmen wie die, um die es vorliegend geht, als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen werden können.

21. Der Gerichtshof hatte Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie bereits im Zusammenhang mit dem allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung auszulegen [6] und in zwei Fällen seine Bedeutung im Hinblick auf positive nationale Maßnahmen zu überprüfen. Die dem Gerichtshof damals vorgelegten Fragen betrafen, wie es auch bei der Frage, die ich im folgenden erörtern werde, der Fall ist, den Inhalt der den Mitgliedstaaten eingeräumten Befugnis, solche Maßnahmen zugunsten von Frauen zu erlassen. Ich weise bereits jetzt darauf hin, daß der Gerichtshof entschieden hat, daß die Richtlinienbestimmung als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung eng auszulegen ist. Insbesondere hat er die Möglichkeit ausgeschlossen, Frauen bei Einstellungen und Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einzuräumen.

6 — Bei der ersten Entscheidung zu Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie handelt es sich um das Urteil vom 25. Oktober 1988 in der Rechtssache 312/86 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 6315), in dem der Gerichtshof festgestellt hat, daß diese Vorschrift eine Ausnahme enthält, die „einem bestimmten und begrenzten Zweck [dient], nämlich der Zulassung von Maßnahmen, die zwar nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen" (Randnr. 15). In dieser Rechtssache war zu prüfen, ob Frankreich wegen der fehlenden Umsetzung der Richtlinie 76/207 eine Vertragsverletzung begangen hatte. Der beklagte Staat verteidigte sich damit, daß der französische Gesetzgeber mit der Änderung des Arbeitsgesetzbuches ausdrücklich die Möglichkeit der Einräumung „besonderer Rechte für Frauen" im Rahmen von Individual- und Tarifverträgen vorgesehen habe. Der Gerichtshof hat dieses Vorbringen nicht als stichhaltig angesehen; er hat u. a. festgestellt, daß die allgemeine Anerkennung besonderer Rechte keine positive Maßnahme nach Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie darstelle, und diese Vorschrift daher als mögliche Rechtsgrundlage ausgeschlossen.

22. Mit zwei wesentlichen Aspekten der Rechtsprechung möchte ich mich näher befassen, und zwar a) mit der Möglichkeit, daß positive Maßnahmen zugunsten von Frauen, insbesondere wenn sie einen Frauenanteil — eine Quote — für die einzelnen Laufbahnstufen festsetzen, eine Verpflichtung zur Einstellung und Beförderung von Bewerberinnen enthalten, d. h. zur Erreichung des Ergebnisses, für das dieses Instrument eingeführt wurde, und b) mit den Voraussetzungen, unter denen ein System, das einen Frauenanteil gewährleistet, nach Gemeinschaftsrecht als zulässig angesehen werden kann.

23. a) Im Urteil Kalanke von 1995 [7] — das die Antragsteller im Ausgangsverfahren für ihre Anträge herangezogen haben und auf das sich das vorlegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen bezogen hat — war die positive Maßnahme in einem Gesetz des Landes Bremen vorgesehen, wonach „[b]ei der Einstellung, einschließlich der Begründung eines Beamten- und Richterverhältnisses, die nicht zum Zwecke der Ausbildung erfolgt, ... Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber in den Bereichen vorrangig zu berücksichtigen [sind], in denen sie unterrepräsentiert sind", und wonach „[d]ie Qualifikation ... ausschließlich an den Anforderungen des Berufes, der zu besetzenden Stelle oder der Laufbahn zu messen [ist]". Der Gerichtshof hat entschieden, daß eine solche Regelung, wonach Frauen in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, *bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts automatisch der Vorrang eingeräumt wird*, nicht nur gegen Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie verstößt, da sie „eine Diskriminierung der Männer aufgrund des Geschlechts [bewirkt]" (Randnr. 16), sondern auch nicht als positive Maßnahme im Sinne von Artikel 2 Absatz 4 eingestuft werden kann, denn „[e]ine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, geht ... über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreitet damit die Grenzen der in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme" (Randnr. 22). Der Gerichtshof hat hinzugefügt, daß „eine solche Regelung insofern, als sie darauf abzielt, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviel Frauen wie Männer vertreten sind, an die Stelle der in Artikel 2 Absatz 4 vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis [setzt], zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte" (Randnr. 23).

Der Gerichtshof hat sich somit den Schlußfolgerungen angeschlossen, zu denen der Generalanwalt gelangt war, der folgendes ausgeführt hat: „Chancengleichheit herbeizuführen kann ... nur bedeuten, in die Lage zu versetzen, gleiche Ergebnisse zu erreichen, also für die Angehörigen der beiden Geschlechter gleiche Voraussetzungen hinsichtlich der Ausgangssituation zu schaffen... Daß die hier in Rede stehende nationale Regelung nun wirklich nicht die Sicherstellung der Gleichheit der Ausgangssituation bezweckt, halte ich für nur zu offensichtlich. Der Umstand, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts die gleiche Qualifikation haben, bringt nämlich definitionsgemäß mit sich, daß die beiden Bewerber die gleichen Chancen hatten und haben: Sie befinden sich also im Ausgangspunkt in der gleichen Situation. Durch diese nationale Regelung wird also, indem den Frauen der Vorrang

7 — Zitiertes Urteil vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-450/93.

eingeräumt wird, eine Gleichheit hinsichtlich des Ergebnisses oder vielmehr eine gerechte Verteilung der Arbeitsplätze auf Männer und Frauen in rein numerischer Hinsicht angestrebt. Dies ist weder Sinn noch Zweck des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie" (Nr. 13) [8].

24. 1997 scheint der Gerichtshof mit dem Urteil Marschall [9] — das nach Einreichung des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens verkündet wurde — das Gemeinschaftsrecht in gewissem Maße für positive Maßnahmen zugunsten von Frauen geöffnet zu haben. Der Gerichtshof ist zwar in diesem Urteil auf der Grundlage seiner früheren Rechtsprechung von der Prämisse ausgegangen, daß, wenn das Mittel zur Förderung der Gleichbehandlung nicht zu radikal ist — mit anderen Worten, wenn der Frauenanteil flexibel ist —, die Möglichkeit besteht, daß die positive Maßnahme dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung entspricht und die formal diskriminierende Maßnahme damit rechtmäßig ist; er hat aber festgestellt, daß eine solche Maßnahme tatsächlich „dazu beitragen [kann], 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" (Randnr. 31).

Schildern wir kurz den Fall. Bei dem deutschen Gesetz, dessen Vereinbarkeit mit Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie bestritten wurde, handelte es sich um das Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, wonach Bewerberinnen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern sind, soweit im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind. Das Gesetz enthält außerdem einen Vorbehalt hinsichtlich der Anwendung der Fördermaßnahmen, dem zufolge der Arbeitgeber die Vorschrift nicht zu beachten braucht, wenn „in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen". Aufgrund dieser „Öffnungsklausel" hat der Gerichtshof festgestellt, daß das System hinreichend flexibel ist, da es nicht den Automatismus des in der Rechtssache Kalanke geprüften Bremer Gesetzes aufweist, und daher entschieden, daß die Richtlinie 76/207 über die Chancengleichheit den von Nordrhein-Westfalen erlassenen Maßnahmen nicht entgegensteht. Im Tenor heißt es: „Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie ... steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts in bezug auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung weibliche Bewerber in behördlichen Geschäftsbereichen, in denen im jeweiligen Beförderungsamt einer Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, be-

8 — Zur Untermauerung dieser Überlegung erinnert der Generalanwalt daran, daß der Gerichtshof im Urteil Kommission/Frankreich, a. a. O., festgestellt habe, daß zu den positiven Maßnahmen des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie nur diejenigen gehörten, die nur *nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend* seien, woraus folge, daß das Ziel der Vorschrift die inhaltliche Gleichheit sei, das jedoch „nur durch Maßnahmen verfolgt werden darf, die auf die Herbeiführung einer Situation tatsächlicher Chancengleichheit ausgerichtet sind, so daß allein die Ungleichheiten erlaubt sind, die erforderlich sind, um die Hindernisse oder Unterschiede zu beseitigen, die die Frauen daran hindern, unter gleichen Voraussetzungen zu den gleichen Ergebnissen zu gelangen wie die Männer. Nur unter diesem Gesichtspunkt nämlich sind die besonderen Maßnahmen für Frauen nur ihrer äußeren Erscheinung nach diskriminierend; und nur auf diese Art gelangt man zu einer echten tatsächlichen inhaltlichen Gleichheit" (Nr. 15). Deshalb erlaube „Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie nur..., die faktischen Ungleichheiten zu beseitigen, mit denen die Frauen konfrontiert sind, jedoch gewiß nicht einfach mittels umgekehrter Diskriminierungen, also durch Maßnahmen, die absolut nicht auf die Beseitigung der Hindernisse ausgerichtet sind, die es den Frauen unmöglich machen, unter gleichen Voraussetzungen dieselben Ergebnisse anzustreben, sondern darauf, diesen unmittelbar die Ergebnisse selbst zu verschaffen oder ihnen zumindest bei der Erreichung dieser Ergebnisse die Priorität einzuräumen, *allein weil sie Frauen sind*" (Nr. 22).

9 — Urteil vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-409/95 (Marschall, Slg. 1997, I-6363).

vorzugt zu befördern sind, sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, vorausgesetzt,

— diese Regelung garantiert den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall, daß die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen, und

— solche Kriterien haben gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung." [10]

25. Der Gerichtshof geht also, wie die Antragsteller im Ausgangsverfahren ausgeführt haben, von den im ersten Urteil enthaltenen Ausführungen aus und er stellt fest, daß Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten positive Maßnahmen zugunsten von Frauen ergreifen dürfen, nationale Regelungen einschließt, die bei Einstellungen und Beförderungen einen derartigen Vorrang einräumen, sofern dieser nicht „absolut und unbedingt" ist, da er in diesem Fall automatisch die Erreichung des Zieles der Maßnahme — nämlich die Einstellung oder Beförderung — sicherstellen würde, so daß dieses Ziel sein eigenständiges Wesen verlieren und letztlich den Gegenstand der positiven Maßnahme ersetzen würde.

26. Diese Rechtsprechung veranlaßt uns, allgemein darüber nachzudenken, welchen Inhalt der Begriff der Chancengleichheit und insbesondere der der positiven Maßnahme heute im Gemeinschaftsrecht hat, ein Begriff, der bekanntlich von einer Rechtsordnung zur anderen variieren kann und sich für eine ständige Anpassung an die Bedürfnisse der Gesellschaft anbietet, so daß er im Laufe der Zeit auch in derselben Rechtsordnung verschiedene Bedeutungen annimmt.

Betrachtet man die neueren Änderungen des Textes des EG-Vertrags in dem Teil, der die Chancengleichheit und insbesondere die positiven Maßnahmen betrifft (Artikel 141 Absatz 4 erwähnt nunmehr ausdrücklich positive Maßnahmen auf nationaler Ebene, die „zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen" vorsehen), und berücksichtigt man den im Zusammenhang mit der Erreichung dieses

10 — Das Urteil folgt daher nicht der Richtlinienauslegung, die der Generalanwalt vorgeschlagen hatte, wonach „[a]us dem Wortlaut von Artikel 2 Absatz 4 und seiner Auslegung durch den Gerichtshof [im Urteil Kalanke] ... klar hervor[geht], daß er die Förderung der Chancengleichheit betrifft und keine zahlenmäßige Gleichheit durchsetzen soll und daß die Mitgliedstaaten die Befugnis behalten, dem Anschein nach diskriminierende Maßnahmen zu erlassen, die dazu dienen, spezielle Hindernisse oder Nachteile zu beseitigen, denen Frauen auf dem Arbeitsmarkt ausgesetzt sind, um die Chancengleichheit für Männer und Frauen zu fördern und damit zu erreichen, daß Frauen im Arbeitsleben besser repräsentiert sind. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt jedoch, daß jede derartige Maßnahme zur Erreichung ihres Zieles sowohl angemessen als auch erforderlich ist." Nach Auffassung des Generalanwalts steht „[e]ine geschlechtsspezifische Maßnahme... nicht in angemessenem Verhältnis zu den Zielen der Beseitigung spezieller Ungleichheiten, denen Frauen in der Praxis ausgesetzt sind, und der Förderung der Chancengleichheit, wenn dasselbe Ergebnis durch eine geschlechtsneutrale Bestimmung erreicht werden könnte" (Nrn. 42 und 43).

Zieles wiederholt geäußerten Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers [11], so muß man zu dem Schluß gelangen, daß eine enge Auslegung des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie, die unter den in dieser Vorschrift vorgesehenen Maßnahmen die Einführung von Frauenquotensystemen übermäßig einschränkt, nicht im Einklang mit der Entwicklung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts steht. Aufgrund des Wortlauts der genannten Bestimmungen über nationale Maßnahmen zur Gewährleistung der Chancengleichheit für Personen, die aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt werden, und angesichts des Zweckes und des Gegenstands, den die positiven Maßnahmen zugunsten der Frauen heute in verschiedenen Rechtsordnungen haben, können meines Erachtens Maßnahmen, die die tatsächliche Einstellung oder Beförderung von Bewerberinnen vorsehen, nicht grundsätzlich als gemeinschaftsrechtswidrig angesehen werden.

Zudem hängt zwar, wie bereits festgestellt, die Rechtmäßigkeit solcher positiver Maßnahmen von der Möglichkeit ab, diese Maßnahmen mit dem allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Einklang zu bringen; doch dieser Grundsatz, der — soweit für den vorliegenden Fall von Bedeutung — der Gewährleistung der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer dient, und der Grundsatz der Chancengleichheit, auf dem die positive Maßnahme beruht und der der Gewährleistung der gleichen tatsächlichen Bedingungen der Arbeitnehmer dient, oder besser: die Grundsätze der formellen und der materiellen Gleichheit widersprechen einander nicht so vollständig, wie ein Teil der Lehre wiederholt geäußert hat. Die materielle Gleichheit kann nämlich durch Maßnahmen verwirklicht werden, die aufgrund ihres Gegenstands diskriminierend sind; sie hat aber faktisch das gleiche Ziel wie die formelle Gleichheit und noch eine weitergehende Bedeutung, da der Gesetzgeber hier dafür Sorge trägt, tatsächliche Schwierigkeiten bestimmter Bevölkerungsgruppen zu beheben, die nicht durch die Gewährleistung der Beachtung des allgemeinen Grundsatzes der Nichtdiskriminierung bewältigt werden können. Folgt man dieser Argumentation, so läßt sich somit bezweifeln, daß die materielle Gleichheit die Ausnahme von der formellen darstellt, mit anderen Worten, daß die Vorschriften, auf denen die positive Maßnahme beruht — vorliegend Artikel 141 Absatz 4 EG und Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie —, Ausnahmecharakter haben und daher eng auszulegen sind.

11 — Abgesehen von der im ersten Teil dieser Schlußanträge bereits genannten Empfehlung des Rates von 1984 hat die Kommission auf die Entscheidung in der Rechtssache Kalanke hin eine Mitteilung herausgegeben, in der es heißt: „La Commission considère que la Cour n'a fait que condamner la caractéristique particulière de la législation de Brême qui consiste en une automaticité de la mesure et accorde aux femmes un droit absolu et inconditionnel en matière de recrutement ou de promotion. La Commission est donc d'avis que le seul type de régime de quotas qui soit illégal est le régime absolument rigide qui ne laisse aucune possibilité de tenir compte de circonstances individuelles. Les États membres et les employeurs sont donc libres de recourir à toute autre forme d'actions positives, y compris des quotas flexibles" (Dokument Com [96] 88). Die Kommission hat außerdem vorgeschlagen, Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie durch folgenden Text zu ersetzen: „Diese Richtlinie steht nicht Maßnahmen entgegen, die die Chancengleichheit von Männern und Frauen fördern, indem sie insbesondere bestehende Ungleichheiten beseitigen, die die Chancen des unterrepräsentierten Geschlechts in den unter Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen. Derartige Maßnahmen können auch Vorzugsregelungen bezüglich des Zugangs zur Beschäftigung oder zum beruflichen Aufstieg zugunsten eines Mitglieds des unterrepräsentierten Geschlechts beinhalten, soweit sie die Bewertung der besonderen Umstände eines Einzelfalls nicht ausschließen" (ABl. 1996, C 179, S. 8). Das Europäische Parlament schließlich hat in seiner Entschließung zum ersten Dreijahresbericht der Kommission über den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt erklärt, daß „die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter ... ein wesentliches Element des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts dar[stellt]," und die Kommission deshalb aufgefordert, „die Zweckmäßigkeit der Ausarbeitung eines gemeinschaftlichen Initiativprogramms zur Festlegung, Förderung und Erprobung von Durchführungsmodalitäten bei der Planung und Verwaltung der Fonds zu prüfen, um diese Kluft zu überbrücken" (Protokoll der Sitzung vom 19. November 1997, ABl. C 371, 41, 95).

27. Ich meine daher, daß der nationale Gesetzgeber durch keinen gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkt daran gehindert ist, dann, wenn für die von der Maßnahme begünstigte Gruppe, also für Frauen, besondere Schwierigkeiten bestehen und die bloße Gewährleistung der Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung durch die staatlichen Stellen und somit (negativ formuliert) die Beachtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Position der Gruppe nicht angemessen schützt, positive Maßnahmen zu ergreifen, die eine faktische Neupositionierung der Gruppe in sozialer Hinsicht bedeuten. Derartige Maßnahmen können deshalb nicht nur dazu bestimmt sein, Frauen gleiche Chancen in der Ausgangssituation zu gewährleisten, indem sie Bedingungen schaffen, die es ihnen ermöglichen, sich angemessen um jede einzelne Stelle zu bewerben, sondern sie können konkret auf die soziale Eingliederung der Frauen hinwirken, indem sie ihnen einen tatsächlichen Vorrang bei Einstellungen und Beförderungen einräumen.

28. Wenn schließlich die Notwendigkeit, den allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung mit den positiven Maßnahmen zugunsten der Frauen in Einklang zu bringen, bedeuten würde, daß alle positiven Maßnahmen, die die Erreichung eines konkreten Ergebnisses, wie der Einstellung, vorsehen, von vornherein rechtswidrig wären, würde die Bedeutung der Maßnahmen ganz erheblich eingeschränkt; sie würden inhaltlich ausgehöhlt und mit Hilfsmaßnahmen gleichgesetzt, die nicht immer ein wirksames Korrektiv für soziale Ungleichheiten darstellen.

29. b) Kommen wir zum zweiten Punkt unserer Überlegungen und damit zu den Voraussetzungen, unter denen eine Maßnahme, die eine Verpflichtung zur Bevorzugung von Bewerberinnen vorsieht und daher für die einzelnen Bereiche oder Laufbahnstufen einen Frauenanteil — eine Quote — festlegt, nach Gemeinschaftsrecht als zulässig angesehen werden kann. Zunächst sei festgestellt, daß, obgleich die beiden Grundsätze der formellen und der materiellen Gleichheit, wie soeben gesagt, nicht im Widerspruch zueinander stehen, sondern einander ergänzen, es Spannungssituationen gibt, deren Prüfung Sache der Gerichte ist und die in der Regel zur Rechtswidrigkeit der (zugunsten einer bestimmten Gruppe getroffenen) positiven Maßnahme führen, die im Widerspruch zum allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung steht. Meines Erachtens kommen reale Konfliktsituationen im wesentlichen in zwei Fällen vor: wenn die Korrekturmaßnahme, vorliegend die positive Maßnahme zugunsten der Frauen, inhaltlich willkürlich ist, indem sie das Recht der nicht zur Zielgruppe gehörenden Personen übermäßig beschneidet, oder wenn die Maßnahme nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den tatsächlichen Bedürfnissen der benachteiligten Gruppe steht, d. h., wenn die soziale Wirklichkeit nicht den Erlaß des Korrekturaktes rechtfertigt. Folglich ist bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit nicht nur das konkrete Ergebnis der Maßnahme, also die subjektiven Positionen, die die Zielgruppe der Maßnahme erlangt, zu berücksichtigen, sondern auch der spezielle Inhalt der Maßnahme im Hinblick auf ihre tatsächliche Notwendigkeit, und bei dieser Beurteilung ist, wie die niederländische Regierung zutreffend bemerkt, zu prüfen, ob zwischen der tatsächlichen Situation der Zielgruppe der Maßnahme und den Wirkungen dieser Maßnahme ein angemessenes Verhältnis besteht.

30. Es sei daher insoweit an die Entscheidungskriterien erinnert, auf die sich der

Gerichtshof in der zitierten Rechtsprechung zu den positiven Maßnahmen gestützt hat. Im Urteil Kalanke hat der Gerichtshof die positive Maßnahme des Landes Bremen als rechtswidrig angesehen, da er das dadurch eingeführte Quotensystem für „automatisch" hielt. Das Gesetz sah vor, daß „bei gleicher Qualifikation" die Bewerberin zu befördern war, schrieb also die Beförderung der Frauen *bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts* vor. Meines Erachtens spielte in diesem System das Geschlecht des Bewerbers nur in der letzten Phase der Auswahl eine Rolle, da die Rangfolge der beförderungsfähigen Personen unabhängig von ihrem Geschlecht festgelegt wurde. Dieses System konnte vielleicht nicht als völlig automatisch bezeichnet werden, da, wie gesagt, die Rangfolge ohne Berücksichtigung des Geschlechts ermittelt wurde [12]. Trotzdem läßt sich nicht ausschließen, daß diese Maßnahme die Bewerberinnen übermäßig hätte begünstigen können, da die Verpflichtung zur Bevorzugung der Frauen, derart streng formuliert, dem Arbeitgeber die Auswahl eines männlichen Bewerbers hätte außerordentlich erschweren können.

31. Im Urteil Marschall dagegen hat der Gerichtshof das durch das Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen eingeführte System nicht für automatisch und somit für rechtmäßig gehalten, da es vorsah, daß der Arbeitgeber der Verpflichtung, Frauen den Vorrang einzuräumen, nicht nachzukommen brauchte, wenn „in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen". Der Gerichtshof hat deshalb entschieden, daß das Gemeinschaftsrecht nicht „einer nationalen Regelung ... entgegen[steht], nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts in bezug auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung weibliche Bewerber ... bevorzugt zu befördern sind", und daß diese Verpflichtung nicht gilt, „sofern ... in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen". Diese Ausschlußklausel unterliegt zwei Voraussetzungen, nämlich a) daß „diese Regelung ... den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall [garantiert], daß die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen", und b) daß „solche Kriterien ... gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung [haben]". Der Gerichtshof hat demnach festgestellt, daß diese Klausel den Arbeitgeber zu einer *objektiven Beurteilung der Bewerbungen* und damit zu einer Beurteilung verpflichtet, bei der alle Elemente des persönlichen und beruflichen Profils der Bewerber berücksichtigt werden. Die Klausel erlaubt es dem Arbeitgeber folglich, nach Maßgabe der konkreten Situation eigenständig unter den Bewerbern auszuwählen; besser gesagt, die Klausel erlaubt es ungeachtet der ausdrücklichen Verpflichtung, Frauen den Vorrang ein-

12 — Ich stimme daher den Ausführungen des Generalanwalts in der Rechtssache Marschall zu, wonach „die nationale Regelung, um die es im Urteil Kalanke ging, der Sache nach nicht absolut und unbedingt [war]; der Gerichtshof wies darauf hin, daß die Regelung nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ‚dahin auszulegen [sei], daß Frauen bei der Beförderung grundsätzlich zu bevorzugen seien, daß aber in bestimmten Härtefällen eine Ausnahme von dieser Bevorzugung zu machen sei'. Diese Auslegung wurde durch die Besorgnis ausgelöst, daß die Regelung sonst mit Artikel 3 Absätze 2 und 3 des deutschen Grundgesetzes unvereinbar wäre, die zur maßgeblichen Zeit vorsahen, daß Männer und Frauen gleichberechtigt sind und daß eine Diskriminierung wegen des Geschlechts verboten ist. Da der Gerichtshof im Urteil Kalanke anerkannt hat, daß es von der dort in Rede stehenden Regelung Ausnahmen gab, sollte die Bezugnahme auf einen ‚automatischen' Vorrang in diesem Licht gesehen werden" (Nr. 28 der Schlußanträge).

zuräumen, sowohl bei den Bewerberinnen als auch bei den Bewerbern besondere Interessen oder Situationen zu berücksichtigen, die deshalb trotz des den Frauen eingeräumten Vorrangs weiterhin von Bedeutung sind. Der Gerichtshof hat außerdem ausgeführt, daß diese Klausel nicht in diskriminierender Weise zum Nachteil von Bewerberinnen angewandt werden darf.

Die nordrhein-westfälische Landesregierung, die im Verfahren erläutern sollte, worin konkret die „in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegenden Gründe" bestünden, aus denen ein Bewerber bevorzugt werden könne, hat erklärt, daß diese Gründe Auswahlhilfskriterien wie das Dienstalter und soziale Gründe umfaßten, z. B. den Umstand, daß der Bewerber eine Familie zu versorgen habe [13]. Dieser Antwort läßt sich entnehmen, daß die Elemente, auf die das Gesetz Bezug nimmt, sowohl die „Qualifikation", also das berufliche Profil der Bewerber betreffen können — Elemente, die wie das Dienstalter bereits in der Eingangsphase der Festlegung der Rangfolge der Bewerber eine Rolle spielen —, als auch Situationen, die nicht mit der Eignung der Bewerber, ihre Aufgaben im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erfüllen, zusammenhängen, also nachteilige Situationen, die wie die, die der Korrekturmaßnahme zugunsten von Frauen zugrunde liegen, einen besonderen Schutz erforderlich machen.

Ich meine im wesentlichen, daß dem, was der Gerichtshof als „Öffnungsklausel" bezeichnet hat, im Kontext des Urteils entscheidende Bedeutung zukommt: Dank dieser Klausel wird verhindert, daß die Verpflichtung zur Bevorzugung von Bewerberinnen die Beurteilung der übrigen Bewerber beeinträchtigt, und somit die diskriminierende Wirkung dieser Verpflichtung gegenüber diesen Bewerbern abgeschwächt. Nach Ansicht des Gerichtshofes ist ein Quotensystem hinreichend flexibel und kann sich daher in den im Urteil Kalanke definierten Grenzen des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie bewegen, wenn die positive Maßnahme nicht ausschließt, daß der Arbeitgeber beim Vorliegen subjektiver und/oder objektiver Umstände, die das Profil insbesondere der männlichen Bewerber betreffen, von der Erfüllung der Verflichtung, bei gleicher Qualifikation die Frau einzustellen, absehen kann. Die Berufung auf derartige Umstände darf sich jedoch nicht diskriminierend auf die Auswahl der Frauen auswirken [14]. So darf z. B. das Kriterium des Dienstalters, das in der Regel bei der Beurteilung der Eignung der Bewerber eine Rolle spielt, nicht so angewandt werden, daß die Bewerberinnen diskriminiert werden.

32. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung kann man meines Erachtens zu dem Schluß gelangen, daß eine Maßnahme zur Förderung von Frauen in der Arbeitswelt, nach der Bewerberinnen der Vorrang einzuräumen ist und durch die somit in der

13 — Vgl. insoweit die Schlußanträge des Generalanwalts vom 15. Mai 1997 in der Rechtssache Marschall (a. a. O., insbesondere Nr. 8).

14 — Auch in diesem Punkt gelangt der Generalanwalt zu einem anderen Ergebnis als der Gerichtshof, nicht aufgrund einer anderen Auslegung der einschlägigen Gemeinschaftsregelung, sondern vielmehr aufgrund einer anderen Auslegung des Inhalts der Öffnungsklausel. Der Generalanwalt unterstreicht nämlich, daß, wie sich aus den Erklärungen des Landes ergebe, die Öffnungsklausel es ermögliche, bei der Auswahl der Bewerber „traditionelle Hilfskriterien" anzuwenden, d. h. Kriterien, die nach Ansicht der Landesregierung männliche Bewerber begünstigten. Die Anwendung der Öffnungsklausel laufe daher darauf hinaus, daß „die Stelle im Ergebnis dem männlichen Bewerber auf der Grundlage von Kriterien angeboten wird, die als diskriminierend anerkannt sind". Der Generalanwalt zieht daraus folgenden Schluß: „Wenn eine unbedingte Regelung, die Frauen aufgrund ihres Geschlechts bevorzugt, rechtswidrig ist, dann muß eine bedingte Regelung, die entweder Frauen aufgrund ihres Geschlechts oder Männer aufgrund anerkanntermaßen diskriminierender Kriterien bevorzugt, erst recht rechtswidrig sein" (Nr. 36).

öffentlichen Verwaltung wie im Privatsektor Frauenquoten eingeführt werden, als gemeinschaftsrechtlich zulässig angesehen wird, wenn sie es dem Arbeitgeber erlaubt, den Bewerber mit dem geeignetsten beruflichen Profil auszuwählen. Sie darf auch keinesfalls die Beurteilung der Verdienste und Qualifikationen der männlichen Bewerber ändern. Deshalb muß zum einen bei der Ermittlung des Profils der Bewerber das Geschlecht ein zusätzliches Kriterium sein, das die Kriterien ergänzt, auf denen im allgemeinen die komplexe Beurteilung der Bewerber beruht; zum anderen darf die Verpflichtung zur Bevorzugung der Frauen nicht dazu führen, daß bei der Beurteilung der Bewerber, denen die positive Maßnahme nicht zugute kommt, besondere persönliche Verhältnisse nicht berücksichtigt werden, die, obwohl sie nicht die Beurteilung des beruflichen Profils der Bewerber betreffen, auf soziale Verhältnisse hindeuten, denen die gleiche Bedeutung zukommt wie denjenigen, mit denen es normalerweise Frauen zu tun haben.

Im übrigen ist, wie bereits gesagt, bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme unbedingt auch die komplexe Situation zu berücksichtigen, die die Ausgleichsmaßnahme erforderlich gemacht hat. Ein etwaiges Mißverhältnis zwischen der Ausgleichsmaßnahme und dem sozialen Kontext, auf den sie einwirkt (ich denke z. B. an den Fall, daß sich die Frauen- und Männeranteile in einem Betrieb oder im öffentlichen Bereich nur unerheblich unterscheiden), kann dazu führen, daß die Bedingungen, die die positive Maßnahme rechtfertigen und die zwangsläufig mit tatsächlichen Umständen verbunden sind, entfallen. Es obliegt dem nationalen Gericht, im Rahmen eines Verfahrens, in dem die konkrete Einstellung oder Beförderung beanstandet und damit die Bevorzugungspflicht bestritten wird, das Vorliegen solcher Bedingungen festzustellen. Geht es bei der Beanstandung um die Rechtmäßigkeit der Ausgleichsmaßnahme insgesamt unabhängig von ihrer Anwendung auf diesen oder jenen Fall — denken wir z. B. an das vorliegende Ausgangsverfahren —, so hat das Verfassungsgericht abstrakt und generell festzustellen, welche Bedingungen vorliegen müssen, um die Ausgleichsmaßnahmen zu rechtfertigen.

II — *Zur Regelung des Landes Hessen*

Nach diesen allgemeinen Überlegungen zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit positiver Maßnahmen, die die Gleichheit von Männern und Frauen in der Arbeitswelt gewährleisten sollen, lassen Sie mich nun die Regelung des Landes Hessen prüfen, deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit Artikel 2 Absätze 1 und 2 der Richtlinie, bestritten wird.

Zum ersten Punkt der Vorabentscheidungsfrage: Verpflichtung zur Bevorzugung der Frauen und Kriterien für die Beurteilung der Bewerber

33. Der erste Punkt der Vorabentscheidungsfrage, dem in der vorliegenden Rechtssache zentrale Bedeutung zukommt, betrifft zwei sich ergänzende Aspekte, und zwar einmal die Voraussetzungen, unter denen die Verwaltung zur Anwendung eines Frauenförderplans verpflichtet ist (§ 3 Absätze 1 und 2 HGlG), sowie die Zielvorgaben und den Inhalt dieses Planes (§ 5 Absätze 3 und 4 HGlG) und zum anderen die Modalitäten, nach denen die Bewerber zu beurteilen sind (§ 10 HGlG).

34. Zum ersten Aspekt und insbesondere zu den Voraussetzungen, unter denen positive Maßnahmen zu erlassen und anzuwenden sind, ist zunächst festzustellen, daß das Gesetz grundsätzlich den anderen deutschen Regelungen entspricht, um die es in den soeben erwähnten Vorabentscheidungen ging. Nach § 3 Absätze 1 und 2 muß nämlich die Verwaltung einen Frauenförderplan aufstellen, wenn „in einer Lohngruppe, Vergütungsgruppe oder Besoldungsgruppe einer Laufbahn" weniger Frauen als Männer beschäftigt sind.

Dieser Plan gilt für höchstens zwei Jahre (§ 5 Absatz 3). Ist nach Ablauf dieses Zeitraums das Ziel des Planes nicht erreicht, so hängt jede weitere Einstellung oder Beförderung eines männlichen Bewerbers von der Zustimmung der Stelle ab, die den Frauenförderplan aufgestellt hat, bis im jeweiligen Bereich Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts gleich stark vertreten sind (§ 10 Absatz 4). Obwohl der Frauenförderplan befristet ist, erlischt die Bevorzugungspflicht daher offenkundig nicht bereits nach Ablauf der beiden Jahre, sondern erst dann, wenn ein Frauenanteil von 50 % in den einzelnen Bereichen und Laufbahnstufen erreicht ist.

35. Besteht eine Situation der Ungleichheit, so hat die Verwaltung nach § 3 Absatz 1 einen Frauenförderplan und sonstige Maßnahmen zur Gewährleistung der Gleichheit von Männern und Frauen im öffentlichen Dienst zu erlassen und die Unterrepräsentanz der Frauen sowie Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts und des Familienstands zu beseitigen. Nach § 5 Absatz 4 des Gesetzes sind zudem in jedem Frauenförderplan in der Regel mehr als die Hälfte der Stellen für Bewerberinnen vorzusehen. Diese Verpflichtung der Verwaltung entfällt unter bestimmten, im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Umständen, und zwar a) wenn ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für eine Tätigkeit ist, b) wenn glaubhaft dargelegt ist, daß nicht genügend Frauen zu gewinnen sind, und c) bei Beförderungen ohne Stellenbesetzungen in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, wobei in diesem Fall ein Frauenanteil vorzusehen ist, der mindestens dem Anteil der Frauen an der nächstniedrigen Besoldungsgruppe entspricht. Außerdem heißt es in § 3: „Wenn personalwirtschaftliche Maßnahmen vorgesehen sind, die Stellen sperren oder zum Wegfall bringen, ist durch den Frauenförderplan zu gewährleisten, daß der Frauenanteil in den betroffenen Bereichen mindestens gleich bleibt."

Was den zweiten Aspekt, die Kriterien für die Beurteilung der Bewerber, betrifft, so bestimmt § 10 Absätze 1 bis 3 des Gesetzes, daß „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung (Qualifikation) entsprechend den Anforderungen der zu besetzenden Stelle oder des zu vergebenden Amtes zu beurteilen [sind]", und daß sich die Verwaltung bei der Bewertung an bestimmte Beurteilungskriterien zu halten

hat. Erstens sind nämlich „Fähigkeiten und Erfahrungen, die durch die Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen im häuslichen Bereich ... erworben wurden, zu berücksichtigen ... Dies gilt auch, wenn Familienarbeit neben der Erwerbsarbeit geleistet wurde"; zweitens dürfen „Dienstalter, Lebensalter und der Zeitpunkt der letzten Beförderung ... nur insoweit Berücksichtigung finden, als ihnen für die Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerberinnen und Bewerber Bedeutung zukommt"; drittens dürfen bei der Beurteilung nicht „Familienstand oder Einkommen des Partners oder der Partnerin" berücksichtigt werden, und schließlich dürfen sich „Teilzeitbeschäftigungen, Beurlaubungen und Verzögerungen beim Abschluß der Ausbildung auf Grund der Betreuung von Kindern oder von nach ärztlichem Zeugnis pflegebedürftigen Angehörigen" nicht nachteilig auf die Beurteilung der Bewerber auswirken.

36. Alle Verfahrensbeteiligten mit Ausnahme der Antragsteller im Ausgangsverfahren und des Landesanwalts beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen haben das deutsche Gesetz dahin ausgelegt, daß es anders als das Gesetz des Landes Bremen, um das es in der Rechtssache Kalanke ging, nicht ein striktes Frauenquotensystem einführt, und vertreten daher die Auffassung, daß die streitige nationale Regelung mit der Richtlinie vereinbar sei und unter die Maßnahmen im Sinne des Artikels 2 Absatz 4 falle.

Im Vorlagebeschluß, vor allem in der Formulierung des ersten Punktes der Vorabentscheidungsfrage, hat das nationale Gericht die deutsche Regelung dahin ausgelegt, daß die Bevorzugungspflicht insbesondere dem im Grundgesetz verankerten Prinzip der „Bestenauslese" unterliege und nur bestehe, wenn „keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen", wenn also keine Verfassungsgrundsätze verletzt würden. Außerdem hat die Landesregierung auf eine Frage des Gerichtshofes zum Begriff der „Gründe von größerem rechtlichen Gewicht" unterstrichen, daß die Bevorzugung von Bewerberinnen ein Auswahlhilfskriterium in dem Sinne sei, daß es einem in der Landesverfassung vorgesehenen anderen, vorrangigen Kriterium untergeordnet sei, wonach auf jeden Fall der geeignetste Bewerber ausgewählt werden müsse. Mit anderen Worten, das Kriterium des Geschlechts komme nur zum Zuge, wenn mehrere Bewerber aufgrund ihrer beruflichen Befähigung als gleich geeignet beurteilt würden. Das Förderungsprogramm enthalte somit nur eine allgemeine Programmanleitung und nicht eine Verpflichtung der Verwaltung, Frauen allein aufgrund des Geschlechts den Vorrang einzuräumen. Der einzige Fall, in dem Bewerberinnen der Vorrang einzuräumen sei, sei der „Grenzfall", in dem der Frauenförderplan nicht erfüllt würde, wenn die Verwaltung ihrer Pflicht, das Ziel eines Frauenanteils von 50 % zu erreichen, nicht nachkommen würde. Es bestehe daher — außer in vermutlich selten vorkommenden Sonderfällen — keine Verpflichtung, die positive Maßnahme zu verwirklichen. Der Frauenförderplan begründe keine Rechte einzelner, sondern enthalte lediglich eine allgemeine Vorgabe für die Verwaltungsbehörden.

37. Diese Auslegung des deutschen Gesetzes scheint mir der Bedeutung der Regelung in ihrer Gesamtheit nicht gerecht zu werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat die Verwaltung nämlich — entsprechend der Auslegung im Vorlagebeschluß — im Fall der Unterrepräsentanz nicht nur einen Frauenförderplan aufzustellen (§ 3 Absatz 1 des Gesetzes) und kann bis zur Aufstellung keine Einstellung vornehmen (§ 10 Absatz 5), sondern muß auch mehr als die Hälfte der zu besetzenden Stellen an Frauen vergeben (§ 5 Absatz 4), bis Frauen- und Männeranteil gleich sind. Außerdem enthält das vorliegende Gesetz anders als das im Urteil Marschall geprüfte keine Öffnungsklausel, sieht also nicht die Möglichkeit vor, von der Erfüllung der Bevorzugungspflicht aus „wichtigen Gründen" abzusehen. Das Gesetz sieht nur einige Abweichungen mit einem beschränkten Anwendungsbereich vor, nämlich wenn ein bestimmtes Geschlecht Voraussetzung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ist, wenn nicht genügend Frauen gewonnen werden können oder bei Beförderungen ohne Stellenbesetzungen.

Gleichwohl besteht, wie das vorlegende Gericht unterstreicht und wie auch die deutsche Regierung feststellt, keine spezifische Verpflichtung, Bewerberinnen den Vorrang einzuräumen, da die Verwaltung nach dem Gesetz nicht verpflichtet ist, in jedem Fall oder bei gleicher Qualifikation Bewerberinnen einzustellen oder zu befördern. § 10 sieht nämlich vor, daß dem besser qualifizierten und geeigneten Bewerber der Vorzug gegeben wird. Das Gesetz untersagt nicht, den männlichen Bewerber vorzuziehen, wenn sich herausstellt, daß er für die zu besetzende Stelle geeigneter ist, es fingiert auch nicht die Voraussetzung der gleichen Qualifikation, damit die Bevorzugungspflicht zum Tragen kommt. Das System sieht lediglich einen Mechanismus zur Erleichterung der Integration und des beruflichen Aufstiegs von Frauen vor, damit sie insbesondere nicht deswegen benachteiligt werden, weil sie im Haushalt gearbeitet haben. Dieser Mechanismus ist in § 10 HGlG enthalten, der bestimmte Kriterien für eine günstigere Beurteilung von Bewerberinnen festlegt, indem er zum einen vorsieht, daß bei der Beurteilung der Bewerber Erfahrungen, die durch die Erledigung häuslicher Aufgaben erworben wurden, berücksichtigt werden müssen, wenn sie einen Bezug zu den mit der freien Stelle verbundenen Aufgaben aufweisen, und daß eine Nichtberufstätigkeit aus familiären Gründen unbeachtlich zu bleiben hat, und indem er zum anderen die Bedeutung des Dienstalters einschränkt, dessen Erhöhung männlichen Arbeitnehmern üblicherweise leichter fällt.

38. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen zur gemeinschaftsrechtlichen

Zulässigkeit positiver nationaler Maßnahmen meine ich, daß eine positive nationale Maßnahme wie die vorliegende als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen werden kann, die durch eine Verpflichtung der Verwaltung gekennzeichnet ist, einen Frauenförderplan aufzustellen, der eine Unterrepräsentanz in den einzelnen Bereichen und Laufbahnstufen beseitigen soll und der dazu zwingt, Einstellung und Aufstieg der Arbeitnehmerinnen zu erleichtern, soweit diese Maßnahme männliche Bewerber nicht von der Bewerbung für die einzelnen Stellen ausschließt und nicht unabhängig von der Eignung der Bewerberinnen einen festen Frauenanteil für die konkret zu besetzende Stelle vorschreibt.

Zum zweiten Punkt der Vorabentscheidungsfrage: Der wissenschaftliche Bereich

39. Der zweite Aspekt des deutschen Gesetzes, zu dem das vorlegende Gericht den Gerichtshof um eine Entscheidung ersucht, betrifft die Vereinbarkeit von § 5 Absatz 7 HGlG mit Artikel 2 Absätze 2 und 4 der Richtlinie. Nach § 5 Absatz 7 müssen die Zielvorgaben des Frauenförderplans für befristete Stellen des wissenschaftlichen Dienstes und für wissenschaftliche Hilfskräfte mindestens den Anteil an Frauen vorsehen, den diese an den Absolventen und Absolventinnen, den Promovierten und den Studierenden des jeweiligen Bereichs stellen. Konkret heißt es in § 5 Absatz 7: „Stellen des wissenschaftlichen Dienstes, die gemäß § 57a in Verbindung mit § 57b Abs. 2 Nr. 1 oder 3 des Hochschulrahmengesetzes befristet besetzt werden, sind mindestens mit dem Anteil an Frauen zu besetzen, den sie an den Absolventinnen und Absolventen des jeweiligen Fachbereichs stellen. Stellen des wissenschaftlichen Dienstes, die nach § 48 des Hochschulrahmengesetzes befristet besetzt werden, sind mindestens mit dem Anteil an Frauen zu besetzen, den sie an den an dem jeweiligen Fachbereich Promovierten stellen. Die zur Beschäftigung von wissenschaftlichen Hilfskräften ohne Abschluß angesetzten Mittel müssen mindestens mit dem Anteil für Frauen verwendet werden, den sie an den Studierenden des jeweiligen Fachbereiches stellen."

Die Landesregierung hat ausgeführt, daß in diesem Bereich Frauen besonders unterrepräsentiert seien, da die Stellen in der Regel befristet seien und der berufliche Aufstieg vom Erwerb zusätzlicher Titel abhänge. Ziel des Frauenförderplans sei es, Frauen, die bereits in diesem Bereich tätig seien, den Zugang zu den unbefristeten Hochschullehrerstellen zu erleichtern.

Aus dem Wortlaut des § 5 Absatz 7 geht eindeutig hervor, daß im wissenschaftlichen Bereich der angestrebte Frauenanteil auch unter 50 % liegen kann, also unter dem für alle anderen Bereiche festgelegten Prozentsatz, da der Prozentsatz im wissenschaftlichen Bereich anders als der allgemeine Prozentsatz berechnet wird, näm-

lich unter Bezugnahme auf die Zahl der Personen, die eine entsprechende Berufsausbildung absolviert haben. Nach dieser Vorschrift muß nämlich der Frauenanteil dem Anteil derjenigen Frauen entsprechen, die ein Hochschulzeugnis oder einen Doktortitel erworben haben oder auch nur an der Hochschule studieren. Wenn die allgemeine Regelung, die im jeweiligen Bereich einen Frauenanteil von 50 % der Arbeitnehmer sicherstellen soll, als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen wird, ist die vorliegende Sonderregelung natürlich erst recht als rechtmäßig zu betrachten.

Eine andere Auslegung, die auch im wissenschaftlichen Bereich von der Anwendbarkeit des Höchstsatzes von 50 % ausginge, würde der Sonderregelung jede praktische Bedeutung nehmen. Jedoch ist zu beachten, daß zwischen der allgemeinen Regelung und derjenigen des wissenschaftlichen Bereichs nur scheinbar ein Widerspruch besteht, da es sich bei den Absolventen, die sich für Stellen im wissenschaftlichen Bereich interessieren, um solche handelt, die eine entsprechende Ausbildung erhalten haben, so daß, wenn die Berücksichtigung einer bestimmten Zahl von Frauen vorgesehen ist, die der Zahl der Absolventen der erforderlichen Ausbildung entspricht, als zahlenmäßiger Parameter eine tatsächliche Größe verwendet wird, in deren Rahmen Frauen der Vorrang eingeräumt wird.

Es ist darauf hinzuweisen, daß die Bevorzugungspflicht im wissenschaftlichen Bereich (§ 5 Absatz 7) anders formuliert ist als die in der allgemeinen Bestimmung (§ 5 Absatz 4) enthaltene. Denn Stellen des wissenschaftlichen Dienstes „sind mit ... Frauen zu besetzen", während die Stellen in den anderen Verwaltungsbereichen zur Besetzung durch Frauen „vorzusehen sind". Das vorlegende Gericht hat insoweit ausgeführt, daß dieser Vorschrift keine „selbständige Bedeutung" zukomme, da sie nicht unmittelbar die Stellenbesetzungsentscheidungen betreffe. Der Unterschied zwischen der allgemeinen und der speziellen Vorschrift ist somit ein rein terminologischer. Es wäre nämlich völlig ungerechtfertigt und daher unlogisch, § 5 Absatz 7 dahin auszulegen, daß er den wissenschaftlichen Bereich von der in § 10 festgelegten allgemeinen Regelung über die Auswahl der Bewerber ausnimmt. Würde man jedenfalls davon ausgehen, daß nach § 5 Absatz 7 ein fester Anteil der Arbeitsverträge unabhängig von der Beurteilung aller interessierten Arbeitnehmer an Frauen zu vergeben wäre, so würde diese Vorschrift eine positive Maßnahme begründen, die — wie bereits gesagt — in keinem Zusammenhang mit der Logik des Artikels 141 Absatz 4 EG und des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie stünde.

Zum dritten Punkt der Vorabentscheidungsfrage: Ausbildungsprogramme

40. Der dritte Punkt des Gesetzes, um den es geht, betrifft § 7 HGlG, wonach Frauen in Ausbildungsprogrammen, in denen sie unterrepräsentiert sind, bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen mindestens zur Hälfte zu berücksichtigen sind. Die Frauen sind außerdem auf freie Ausbildungsplätze aufmerksam zu machen und zur Beteiligung

zu veranlassen. Liegen trotz derartiger Ermutigungen nicht genügend Bewerbungen von Frauen vor, kann mehr als die Hälfte der freien Plätze mit Männern besetzt werden.

Das Ziel dieser Vorschrift unterscheidet sich ebenso wie der Charakter der Ausgleichsmaßnahme von der allgemeinen Regelung: Die Vorschrift soll offenkundig ein zahlenmäßiges Ergebnis herbeiführen, das sich jedoch erheblich von dem mit der allgemeinen Regelung angestrebten Ergebnis unterscheidet, da die Frauen nicht bei der Vergabe von Arbeitsplätzen, sondern bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen für den späteren Zugang zu qualifizierten Berufen berücksichtigt werden. Was die Mittel zur Erreichung dieses Zieles betrifft, so müssen die Verwaltungsstellen aktiv werden, um Frauen auf freie Ausbildungsplätze aufmerksam zu machen und sie zur Bewerbung zu veranlassen. Liegen nicht genügend Bewerbungen vor, so sind nach dieser Vorschrift die ursprünglich für Frauen vorgesehenen Stellen mit Männern zu besetzen.

Wie sich unschwer erkennen läßt, fällt die Vorschrift unter einen engeren Begriff der Chancengleichheit. Die vorgesehenen Maßnahmen gehören daher zu denjenigen, die darauf abzielen, die Ursachen für die geringeren Arbeits- und Aufstiegschancen von Frauen auszuräumen, und bei denen darüber hinaus Einfluß auf die Berufswahl und die Berufsbildung genommen wird. Eine derartige Maßnahme gehört zweifellos zu den gemeinschaftsrechtlich zulässigen Maßnahmen.

Zum vierten Punkt der Vorabentscheidungsfrage: Vorstellungsgespräche

41. Der vierte Aspekt des deutschen Gesetzes, dessen Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht vom deutschen Gericht bezweifelt wird, betrifft die Vorstellungsgespräche. Es geht um § 9, wonach „mindestens ebenso viele Frauen wie Männer oder alle Bewerberinnen zum Vorstellungsgespräch eingeladen [werden] ... wenn sie die gesetzlich oder sonst vorgesehenen Voraussetzungen für die Besetzung der Personalstelle oder des zu vergebenden Amtes erfüllen".

Auch diese Vorschrift strebt ebenso wie die über die Ausbildungsprogramme kein bestimmtes Resultat — Einstellung oder Beförderung — an, sondern bietet Frauen zusätzliche Möglichkeiten, um ihnen den Eintritt in die Arbeitswelt und den Aufstieg zu erleichtern. Hinzu kommt, daß § 9, wie aus dem Vorlagebeschluß hervorgeht, zwar einen festen Anteil an Vorstellungsgesprächen für Frauen vorsieht, jedoch auch bestimmt, daß eine Vorprüfung der Bewerbungen vorzunehmen ist und daß nur diejenigen Bewerber einzuladen sind, die die gesetzlich oder sonst vorgesehenen Voraussetzungen für die Besetzung der Personalstelle oder die Wahrnehmung bestimmter Funktionen erfüllen. Die Vorschrift betrifft also die Vorstellungsge-

spräche, die im Anschluß an eine erste Auswahl stattfinden, an der alle interessierten Personen teilnehmen. Folglich kann sich jeder Arbeitnehmer im Rahmen dieser Auswahl bewerben und somit aufgrund von Beurteilungskriterien vorausgewählt werden, bei denen es sich, so ist anzunehmen, um die in der allgemeinen Regelung festgelegten handelt, d. h. um die des § 10 Absätze 1 bis 3 des Gesetzes.

Daher verstößt auch die Vorschrift über die Bewerbungsgespräche meines Erachtens nicht gegen das Gemeinschaftsrecht.

Zum fünften Punkt der Vorabentscheidungsfrage: Besetzung von Gremien

42. Der letzte Aspekt betrifft die Besetzung der Vertretungsorgane der Arbeitnehmer sowie der Verwaltungs- und Aufsichtsräte. § 14 des deutschen Gesetzes lautet: „Bei der Besetzung von Kommissionen, Beiräten, Verwaltungs- und Aufsichtsräten sowie sonstigen Gremien sollen mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen sein."

Die Vorschrift legt klar fest, daß die Hälfte der Mitglieder der internen Verwaltungsorgane Arbeitnehmerinnen sein sollen. § 14 sieht somit einen festen Frauenanteil vor, der darüber hinaus nicht von der Eignung der Frauen abhängt. Zwar soll das deutsche Gesetz, wie bereits gesagt, anscheinend ein allgemeines Programm zur Erleichterung der Einstellung und Beförderung von Frauen in der öffentlichen Verwaltung aufzeigen, doch scheint die Vorschrift über die Besetzung der internen Organe nach ihrem Wortlaut insoweit keine Abweichungen zuzulassen.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen zu den Voraussetzungen, unter denen eine positive Maßnahme als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen werden kann, und aufgrund des Umstands, daß es anerkanntermaßen allen abhängig Beschäftigten möglich sein muß, sich um sämtliche im Zusammenhang mit ihrem Dienstverhältnis stehenden Positionen zu bewerben, verstößt daher meines Erachtens eine Vorschrift wie die vorliegende deutsche Regelung allgemein gegen das Recht der Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung, da sie offenkundig die Grenzen überschreitet, die dem Erlaß von Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Frauen gesetzt sind. Deshalb bin ich der Auffassung, daß die in § 14 HGlG vorgesehene Maßnahme gegen Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie verstößt und nicht unter die positiven Maßnahmen im Sinne des Artikels 2 Absatz 4 der Richtlinie fallen kann.

Ergebnis

43. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Staatsgerichtshofs folgendermaßen zu beantworten:

1. Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen steht einer nationalen Regelung wie der des Hessischen Gesetzes über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung vom 30. Dezember 1993 nicht entgegen, wonach die Verwaltung bei Unterrepräsentanz der Frauen in den einzelnen Bereichen und Laufbahnstufen der öffentlichen Verwaltung verpflichtet ist,

a) zur schrittweisen Beseitigung dieser Ungleichheit einen Frauenförderplan aufzustellen und weitere Maßnahmen zu ergreifen, um die Chancengleichheit von Männern und Frauen in der öffentlichen Verwaltung zu gewährleisten, sowie tendenziell bei der Erfüllung dieses Planes mehr als die Hälfte der freien Stellen für Frauen vorzusehen, wobei eine solche nationale Regelung jedoch

nicht den Bewerberinnen automatisch den Vorrang einräumen darf, sondern gewährleisten muß, daß das berufliche und persönliche Profil sämtlicher Bewerber und Bewerberinnen objektiv geprüft wird, und zwar auch dann, wenn sich diese Prüfung auf Beurteilungskriterien wie die in dem deutschen Gesetz genannten stützt, die eine Begünstigung der Bewerberinnen bezwecken;

b) für Frauen einen Anteil an den Stellen im wissenschaftlichen Bereich vorzusehen, der vom Anteil der Frauen unter den Promovierten, Absolventen und Absolventinnen und Studierenden abhängt, wenn dieser Anteil nicht mehr als die Hälfte der freien Stellen beträgt und wenn den Bewerberinnen im Sinne von Punkt a nicht automatisch der Vorrang eingeräumt wird;

c) Frauen bei der Hälfte der Plätze in Ausbildungsgängen zu berücksichtigen;

d) zu Einstellungsgesprächen genauso viele Bewerberinnen wie Bewerber oder alle Bewerberinnen einzuladen, wenn diese für die Besetzung der Stelle geeignet sind und die Beurteilung der Bewerber im Sinne von Punkt a unter Berücksichtigung des Profils aller Personen, die sich um die Stelle bewerben, vorgenommen wird.

2. Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207 steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der die Hälfte der Mitglieder der internen Organe der öffentlichen Verwaltung Frauen sein sollen.