

Pflichtverletzung bestehen. Bei der Durchsetzung einer Mindestbeteiligungsquote stehen jedoch Pflichten inmitten, die ohnehin nur organschaftlich verfasste juristische Personen treffen können und nur das interne Zusammenwirken dieser Organe zum Gegenstand haben, während ihnen ein Bezug zu außenstehenden Dritten allenfalls reflexhaft (evtl. gegenüber übergangenen Bewerberinnen), ansonsten nur gegenüber der Allgemeinheit zukommt. Hier besitzt eine juristische Person gegenüber einer natürlichen Person keine „Vorteile“, die eines Ausgleichs über § 30 OWiG bedürften, sondern unterliegt originären Pflichten.

3. Verfassungsrechtliche Bewertung

Die Einführung eines Ordnungswidrigkeitentatbestands ist am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Gegenüber der verbindlichen Vorgabe einer Quotierung bedeutet die Sanktionierung einer Zuwiderhandlung eine weitere, wenn auch nicht notwendig den gleichen Adressaten treffende Belastung, die jedenfalls zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sein muss.

Der Einsatz des Strafrechts wird allgemein nur als ultima ratio für zulässig erachtet, wofür seine potentielle Sanktionsintensität genauso spricht wie der Umstand, dass der Schuldspruch in einem Strafverfahren Ausdruck sozialetischer Missbilligung ist. Demgegenüber bedeutet die Einstufung eines Verhaltens als Ordnungswidrigkeit nach überwiegender Ansicht zwar eine nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Abstufung,⁵⁶ in einer Schwereskala möglicher Sanktionen dürfte das Ordnungswidrigkeitenrecht jedoch trotzdem in der Regel unmittelbar nach dem Strafrecht anzusiedeln sein. Ob dies generell gilt oder die Belastung durch eine Geldbuße im Einzelfall mit der Wirkung einer alternativen Sanktion, z. B. einer zivilrechtlichen Maßnahme, zu vergleichen ist, wurde in Rechtsprechung und Literatur - soweit ersichtlich - bisher nicht erörtert. Der Gesetzgeber darf aber wohl nur „stärker missbilligtes“ Verhalten als Ordnungswidrigkeit unter Ahndung stellen⁵⁷.

Es stellt sich im Rahmen der Erforderlichkeit daher die Frage, ob die Sanktionierungsmöglichkeiten im Zivilrecht ausreichend sind und als milderes Mittel eine Verfolgung als Ordnungswidrigkeit ausschließen würden. Das käme insbesondere in Betracht, wenn einer die Mindestbeteiligungsquote missachtenden Besetzung von Führungspositionen die rechtliche Anerkennung versagt würde, z. B. durch Regelung der Nichtigkeit der

⁵⁶ Geldbuße als „nachdrückliche Pflichtenmahnung“, vgl. BVerfGE 27, 18/33.

⁵⁷ Bohnert, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, Einl. Rn. 117.

Wahl des Aufsichtsrats in § 250 AktG (dazu oben unter II.). Konsequenz im Falle eines Verstoßes gegen die Quotenregelung wäre dann, dass de iure ein quotenwidrig besetztes Organ gar nicht vorliegt und eine etwa gleichwohl erfolgende faktische Tätigkeit eines quotenwidrig besetzten Organs - abgesehen davon, dass sie vermutlich nicht lange unentdeckt geschehen könnte - für die Teilnahme der betroffenen Gesellschaft am Rechtsverkehr erhebliche Beschränkungen und Risiken zur Folge hätte. Es erscheint fraglich, inwieweit bei einer solchen Regelung mit Zuwiderhandlungen überhaupt praktisch zu rechnen wäre.

Die mögliche Schwere einer Geldbußensanktion hängt vom zugelassenen Höchstmaß der Geldbuße ab. Bei ihr ist zu beachten, dass sie als zusätzliche Belastung neben die Quotenregelung tritt, soweit deren Beachtung letztlich erzwungen wird (während deren Missachtung der Gesellschaft in der Regel keine durch die Geldbuße abschöpfbaren wirtschaftlichen Gewinne einbringen dürfte⁵⁸). Faktisch kann mit einer Verfolgung als Ordnungswidrigkeit zudem eine gewisse „Prangerwirkung“ eintreten oder verstärkt werden. Allerdings wird zu berücksichtigen sein, dass die Adressaten einer Lösung über das Zivilrecht und einer solchen über das Ordnungswidrigkeitenrecht auseinander fallen, weil eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit - wie unter 2. dargelegt - nicht die Gesellschaft und damit deren Anteilseigner, sondern deren Funktionsträger trafe.

4. Umsetzung

Der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit könnte in einem neu einzufügenden Absatz in § 405 AktG, der kein einheitliches Rechtsgut schützt⁵⁹, oder in einer eigenständigen Regelung niedergelegt werden. In Erwägung gezogen werden könnte auch, dass ein Verstoß gegen die beabsichtigte Quotenregelung als Ordnungswidrigkeit in einem gesonderten Absatz in § 334 HGB normiert wird, wobei insbesondere bei dieser Regelung rechtssystematische Bedenken erhoben werden könnten, da geschütztes Rechtsgut dieser Norm das Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit bestimmter Informationen über die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft oder des Konzerns bzw. in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prüfung durch ein unabhängiges Kontrollorgan ist⁶⁰.

⁵⁸ Vgl. zu dieser Funktion der Geldbuße § 17 Abs. 4 OWiG.

⁵⁹ Hefendehl in: Spindler/Stilz, AktG, § 405 Rn. 6

⁶⁰ Quedenfeld, in Münchener Kommentar HGB, 2. Auflage 2008, § 334 Rn. 10

Die Zuständigkeit zur Verfolgung von Verwaltungsunrecht, das gem. § 405 Abs. 4 AktG grundsätzlich mit einer Geldbuße bis zu 25.000 € geahndet werden kann, folgt aus der allgemeinen Regelung in § 36 OWiG.

5. **Bewertung**

Die Schaffung eines neuen Ordnungswidrigkeitstatbestands würde zwar die Bedeutung einer Genderquote unterstreichen und wäre eine deutliche Pflichtenmahnung. Allerdings wäre die Umsetzung in hohem Maße problematisch: Die Aufsichtsräte könnten sich durch eine geheime Abstimmung einer Sanktionierung entziehen. Die Belegung des Unternehmens mit einer Geldbuße dürfte aus rechtlichen Gesichtspunkten kaum möglich sein. Zudem müsste die Höhe der Geldbuße für das Unternehmen individuell angepasst werden. Insgesamt würde die Ermittlung und die Durchsetzung einen erheblichen Verwaltungsaufwand begründen.

VIII. **Steuerung durch Vergabe öffentlicher Aufträge**

Eine weitere Möglichkeit der Sanktionierung von Unternehmen, welche eine gesetzliche Mindestbeteiligungsquote nicht einhalten, könnte sein, diese von der Vergabe öffentlicher Aufträge auszuschließen.

Das rechtliche Regime für Vergabeverfahren unterscheidet sich danach, ob der zu vergebende Auftrag bestimmte EU-rechtlich bestimmte Schwellenwerte erreicht (sog. „Oberschwellenbereich“) oder nicht (sog. „Unterschwellenbereich“). Derzeit betragen die Schwellenwerte (jeweils ohne Umsatzsteuer) für die meisten Liefer- und Dienstleistungsaufträge 193.000 € und für Bauaufträge 4.845.000 €⁶¹.

1. **Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich**

Für Vergaben im Oberschwellenbereich gelten derzeit für sämtliche Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (§ 98 Nr. 1 GWB) die Bestimmungen des Vierten Teils des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen (§ 100 Abs. 1 GWB). Es kommen also die in § 97 GWB geregelten allgemeinen Grundsätze zum Tragen, wobei die näheren Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren Ge-

⁶¹ Die aktuellen Schwellenwerte sind in der Verordnung (EG) Nr. 1177/ 2009 der Kommission vom 30. November 2009 zur Änderung vergaberechtlicher Richtlinien enthalten und in § 2 Nrn. 2 bis 4 der insoweit auf der Grundlage des § 127 Nr. 1 GWB erlassenen Vergabeverordnung umgesetzt.

gegenstand der insoweit auf § 97 Abs. 6 GWB gegründeten Vergabeverordnung sind. Diese verweist ihrerseits in den §§ 4 bis 6 auf die Vergabeordnungen⁶², die dadurch Rechtsatzqualität erlangen. Bei Anwendung dieser nationalen Vorschriften sind die Vorgaben der Vergabekoordinierungs-Richtlinie⁶³ (im Folgenden: VKR) zu beachten.

Die Eignung des Bieters ist Gegenstand des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB. Danach werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige Unternehmen vergeben. In Betracht käme zunächst anzunehmen, dass nicht zuverlässig bzw. gesetzestreu ist, wer gesetzlich vorgeschriebene Mindestbeteiligungsquoten nicht einhält. Zu beachten ist jedoch, dass diese Eignungskriterien bieter- und auftragsbezogen zu verstehen sind, unzuverlässig also etwa nur Bewerber oder Bieter sind, deren Fehlverhalten einen Bezug zu dem konkret zu vergebenden Auftrag oder zur Vergabe öffentlicher Aufträge generell aufweist⁶⁴. Dies folgt bereits aus Vorgaben der VKR. Die dem Merkmal der Zuverlässigkeit entsprechenden Kriterien sind Gegenstand des Art. 45 VKR. Nach Absatz 1 sind Bieter, die wegen bestimmter Straftaten rechtskräftig verurteilt worden sind, vom Vergabeverfahren auszuschließen, während nach Absatz 2 Bieter in weiteren Fällen ausgeschlossen werden können. Diese Voraussetzungen dürften mit Blick auf die Nichteinhaltung einer Mindestbeteiligungsquote jedoch nicht vorliegen. Allenfalls käme Absatz 2 Buchstabe d in Betracht (schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde). Weitere persönliche Ausschließungskriterien sieht die VKR nicht vor.

Das Eignungsmerkmal der Gesetzestreue wurde erst aufgrund einer Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie in das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz eingefügt⁶⁵. Ausweislich der Begründung soll nur ein Unternehmen, „das die deutschen Gesetze einhält“, zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge zugelassen werden. Es gehe „um alle Regeln, an die sich alle Unternehmen, die eine entsprechende Tätigkeit ausüben, halten müssen“. Als Beispiele werden die Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation und für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge angeführt. Allerdings gilt auch insofern der (auch europarechtlich fundierte) Grundsatz einer spezifisch kartellvergaberechtlichen Auslegung der Eignungskriterien, so dass es

⁶² Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A) Ausgabe 2009; Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) Ausgabe 2009; Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A (VOB/A) Ausgabe 2009

⁶³ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge

⁶⁴ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 4. Auflage 2007, § 97 Rn. 137

⁶⁵ BT-Drs. 16/11428, S. 6

nicht möglich sein dürfte, auf der Grundlage des novellierten § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB einen jedweden dem Unternehmen zuzurechnenden Gesetzesverstoß als Begründung für dessen Ausschluss vom Vergabeverfahren ins Feld zu führen (s. o.).

Dass die Berücksichtigung der Einhaltung einer Mindestbeteiligungsquote mit den derzeit geltenden Grundsätzen des Vergaberechts in Konflikt stünde, bestätigt sich auch mit Blick auf das von der Vergabebehörde zu absolvierende Prüfungsprogramm. Dieses ist Gegenstand der jeweils einschlägigen Vergabeordnung. Dabei ist bezüglich der VOB/A und der VOL/A zu beachten, dass die im Oberschwellenbereich geltenden Bestimmungen vollständig im jeweils 2. Abschnitt enthalten sind, während sich die (zum großen Teil wortgleichen) Regelungen im jeweils 1. Abschnitt befinden. Die VOF gilt bereits nach ihrem eigenen Anspruch nur im Oberschwellenbereich. § 6 Abs. 3 Nr. 1 des 2. Abschnitts der VOB/A bestimmt, dass zum Nachweis ihrer Eignung die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber oder Bieter zu prüfen ist; das neue Merkmal der Gesetzestreue ist hier noch nicht berücksichtigt. Nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 des 2. Abschnitts der VOB/A umfasst der Nachweis der Eignung bestimmte, im Einzelnen aufgezählte Angaben, die sich an den Vorgaben des Art. 45 Abs. 2 VKR orientieren. Ferner können gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 3 des 2. Abschnitts der VOB/A andere, auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Angaben verlangt werden. Immer ist jedoch Voraussetzung, dass der Umfang der geforderten Eignungsnachweise mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sind (§ 6a Abs. 7 Nr. 1 des 2. Abschnitts der VOB/A). Danach ist es nicht möglich, vom Bieter eine Angabe zur Einhaltung der Genderquote zu verlangen, um dessen Zuverlässigkeit zu beurteilen. Ähnliche Regelungen enthalten § 6 Abs. 6 und § 7 Abs. 1 Satz 1 des 2. Abschnitts der VOL/A sowie § 4 Abs. 9 und § 5 Abs. 1 Satz 1 VOF.

Anders als § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB erlaubt Satz 3 die Stellung weitergehender (vergabefremder) Anforderungen an den Auftragnehmer, sofern dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Zusätzlich zur gesetzlichen Regelung ist dann erforderlich, dass diese weitere vergabefremde Eignungsanforderung bei der jeweiligen Ausschreibung thematisiert wird, indem entsprechende Eignungsnachweise verlangt werden. Es bleibt jedoch die vielfach kritisch beurteilte Frage, inwieweit § 97 Abs. 4 Satz 3 bzw. Bundes- oder Landesgesetze im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB mit dem europäischen Recht vereinbar sind. Da die VKR, wie dargelegt, die an den Bieter zu stellenden Eignungsanforderungen abschließend regelt, erscheint es problematisch, wie die gesetzliche Postulierung weiterer, mit dem konkreten Auftrag nicht in Zusammen-

hang stehender Eignungsanforderungen mit den Vorgaben der Vergabekoordinierungsrichtlinie zu vereinbaren wäre. Dementsprechend werden auch in der Kommentarliteratur auf § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB gestützte Gesetze als mit dem Unionsrecht unvereinbar angesehen⁶⁶.

§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB erlaubt es, für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen zu stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Dies setzt Art. 26 VKR um. Gemäß Erwägungsgrund 33 können solche zusätzlichen Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags „insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen“. Abgesehen davon, dass sich eine Mindestbeteiligungsquote in Führungs- und Kontrollgremien bestimmter Unternehmen nicht unter eine solche sozial- oder umweltpolitische Zwecksetzung subsumieren lässt, handelt es sich bei Vorgaben zur geschlechterspezifischen Gremienbesetzung jedenfalls nicht um Bestimmungen, die in einem sachlichen Zusammenhang zum konkreten Auftragsgegenstand stehen.

Im Oberschwellenbereich dürfte damit die Sanktionierung von Unternehmen, welche eine gesetzliche Mindestbeteiligungsquote nicht einhalten, durch ihren Ausschluss von Vergabeverfahren weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* möglich sein.

2. Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich

Werden die Schwellenwerte nicht erreicht, gilt die VKR nicht (auch der der Vierte Teil des GWB ist nicht einschlägig). Soweit im Unterschwellenbereich, etwa aufgrund haushaltsrechtlicher Vorschriften, die Abschnitte 1 der VOB/A bzw. der VOL/A zum Tragen kommen, enthalten diese hinsichtlich der Teilnahme am Wettbewerb gleichlautende bzw. gleichartige Bestimmungen wie sie auch im Abschnitt 2 der jeweiligen Vergabeordnung vorgesehen sind (§ 6 Abs. 3 Nrn. 1 bis 3 des Abschnitts 1 der VOB/A bzw. § 6 Abs. 3 und 5 des Abschnitts 1 der VOL/A). Daraus ergibt sich nach dem oben Ausgeführten, dass die Sanktionierung der Nichteinhaltung einer gesetzlichen Mindestbeteiligungsquote durch Ausschluss des jeweiligen Unternehmens vom Vergabe-

⁶⁶ Vgl. Wagner, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 11. Auflage 2011, § 97 Rn. 84; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 Rn. 193

verfahren mit den derzeit geltenden Grundsätzen des Vergaberechts auch im Unterschwellenbereich nicht in Einklang stünde.

Da der sachliche Anwendungsbereich der VKR nicht eröffnet ist, ist diese kein tauglicher Maßstab für die Frage, ob die Zulassung zum Vergabeverfahren de lege ferenda davon abhängig gemacht werden könnte, dass der Bieter eine gesetzliche Mindestbeteiligungsquote einhält. Fraglich ist allerdings, inwieweit ein solches Vorgehen mit dem EU-Primärrecht in Einklang steht.

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 AEUV wäre wohl dann ausgeschlossen, wenn sich eine Quotenregelung - etwa durch Anknüpfung an einen Errichtungsakt nach deutschem Gesellschaftsrecht - nicht auf Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten erstrecken würde; denn die Inländerdiskriminierung wird durch Art. 18 AEUV nach vorherrschender Ansicht nicht untersagt⁶⁷. Andernfalls müsste eine differenzierende Behandlung durch „objektive Gründe“ gerechtfertigt sein⁶⁸. Dies erfordert eine Güter- und Interessenabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁶⁹. Dabei wäre sicherlich die Wertung des Art. 23 Abs. 2 GRCh und des Art. 157 Abs. 4 AEUV zu berücksichtigen, die Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht zulassen. Ob dieser Aspekt ausreicht, wenn faktisch Unternehmen aus den meisten EU-Mitgliedstaaten keine Aussicht haben, öffentliche Aufträge zu erhalten, darf im Hinblick auf den Binnenmarktgedanken und dessen Bedeutung im europäischen Recht allerdings bezweifelt werden.

Problematisch erscheint auch die Vereinbarkeit mit der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 34, 56 AEUV). Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit dürfte in Betracht kommen, soweit ein zu vergebender öffentlicher Auftrag die Beschaffung von Waren zum Gegenstand hat. Die Dienstleistungsfreiheit umfasst den praktisch bedeutsamen Bereich der Bauaufträge, soweit nicht Maßnahmen über zu verwendende Materialien betroffen sind⁷⁰. Bleiben Unternehmen, die bestimmte Mindestbeteiligungsquoten der Geschlechter in Aufsichtsgremien nicht erfüllen, bei Warenbeschaffungen der öffentlichen Hand oder Vergabe von Dienstleistungsaufträge generell ausgeschlossen, kann dies einer nach der Rechtsprechung des EuGH im Grundsatz verbotenen Ab-

⁶⁷ Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 12 EGV Rn. 58; a. A. aber Epiney, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 12 EGV Rn. 34.

⁶⁸ Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage 2008, Art. 12 EGV Rn. 57.

⁶⁹ Streinz, Art. 12 Rn. 57.

⁷⁰ Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 169.

satzbehinderung zumindest nahekommen⁷¹. Ein Hersteller, der die deutschen Anforderungen an die Zusammensetzung seiner Gremien nicht erfüllt (und nach seinem Heimatrecht nicht erfüllen muss), hätte keine Möglichkeit, seine Produkte in Deutschland an die öffentliche Hand zu vertreiben. Solche Importhemmnisse könnten - abgesehen von der nicht einschlägigen Regelung des Art. 36 AEUV - nur durch zwingende Gemeinwohlerfordernisse gerechtfertigt sein. Trotz des in Art. 23 GRCh und Art. 157 Abs. 4 AEUV zum Ausdruck kommenden Gewichts erscheint es aber zweifelhaft, ob die volle Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben in der konkreten Ausgestaltung einer gleichmäßigen Beteiligung beider Geschlechter in den Gremien von Unternehmen ein *zwingendes* Erfordernis im allgemeinen Interesse darstellt. Dies gilt gerade im Vergleich zu den vom EuGH gebilligten Kriterien wie wirksamer steuerlicher Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit, Lauterkeit des Handelsverkehrs oder Verbraucherschutz, denen eine breite Wirkung zukommt. Die Erhöhung des Frauenanteils in den Leitungsgremien von Unternehmen ist demgegenüber ein vergleichsweise spezielles Ziel, von dem ein eher überschaubarer Personenkreis betroffen sein dürfte. Der Begriff des „zwingenden Erfordernisses“ lässt jedoch gewisse Interpretationsspielräume.

Zudem kommt ein Verstoß gegen das europarechtliche Beihilfeverbot in Betracht. Art. 107 Abs. 1 AEUV normiert ein grundsätzliches Verbot mitgliedstaatlicher Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der Begriff der Beihilfe ist weit auszulegen. Er umfasst alle freiwilligen Begünstigungen von Unternehmen oder Produktionszweigen, soweit sie nicht durch eine entsprechende marktgerechte Gegenleistung des Begünstigten kompensiert werden⁷². Bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung kommt es darauf an, ob auch ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise wie die öffentliche Hand gehandelt hätte⁷³. Vergabefremde Ziele wie die Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen sind nach Art. 107 Abs.1 AEUV nicht berücksichtigungsfähig, wenn es um das Verhalten des Staates als marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer geht. Führt das Beschaffungsverhalten der mit vergabefremden Kriterien operierenden öffentlichen Hand zu der Vereinbarung von Konditionen, die nicht mehr als marktangemessen angesehen werden können, liegt ein

⁷¹ Vgl. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 28 EGV Rn. 237; Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2010, Art. 34 AEUV Rn. 79.

⁷² Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AUEV, 2010, Art. 107 AEUV Rn. 8.

⁷³ Mederer/van Ysendyck, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 10.

Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV vor⁷⁴. Es muss deshalb auch von einem beihilferechtlichen Risiko ausgegangen werden, wenn im Rahmen von Auftragsvergaben auf die Erfüllung von Mindestbeteiligungsquoten abgestellt wird⁷⁵. Dabei wird man jeden Einzelfall anhand der einzelnen beihilferechtlichen Kriterien zu beurteilen haben. Insbesondere müsste das Beihilfeelement die beihilferechtliche De-minimis-Grenze überschreiten⁷⁶.

Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen sowie im Hinblick auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit⁷⁷ könnten sich Bedenken ergeben, die hier jedoch nicht weiter vertieft werden sollen.

3. **Bewertung**

Der Ausschluss von Unternehmen im Vergabeverfahren, die die Voraussetzungen der Mindestquote nicht erfüllen, ist im Oberschwellenbereich auch de lege ferenda unzulässig. Er begegnet aber auch im Unterschwellenbereich erheblichen europarechtlichen Bedenken. Die Einführung einer derartigen Sanktion ist daher aus rechtlichen Gründen eher nicht zu empfehlen.

IX. **Fazit**

Grundsätzlich kommen eine Reihe verschiedener Sanktionen zur Durchsetzung einer geschlechterspezifischen Quotenbestimmung in Betracht. Als durchaus schlagkräftig würde sich die Anfechtbarkeit bzw. Unwirksamkeit der Bestellung von Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern erweisen. Ein Verstoß wäre dadurch unmittelbar mit der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Bestellung verknüpft. Ein nicht ordnungsgemäß besetzter Aufsichtsrat bzw. Vorstand liefe Gefahr, dass von ihm durchgeführte Handlungen gegebenenfalls wirkungslos wären. Allerdings würde eine solche Lösung auch Rechtsunsicherheit für die Unternehmen bedeuten und deren Handlungsfähigkeit belasten. Die Ausgestaltung mit einer Wirkung ex nunc wäre zu erwägen. Gut geeignet erschiene die Belegung der Verletzung einer Quotenregelung mit steuerlichen Sanktionen. In Betracht käme eine Versagung der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Vergütung der Gremienmitglieder. Die Nichtabziehbarkeit der Vergütungen ließe sich in § 10 KStG leicht umsetzen und würde keinen erheblichen

⁷⁴ Bartosch, EuZW 2001, 229/231.

⁷⁵ So auch von Wallenberg, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 87 EGV Rn. 65, ausdrücklich in Bezug auf eine „Förderung der Frauenquote“.

⁷⁶ Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 195; vgl. Verordnung (EG) Nr. 1998/2006, ABI. L 379, S. 5; i. d. R. 200.000 € in drei Steuerjahren.

⁷⁷ Dazu Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 Rn. 199 ff.

administrativen Aufwand begründen. Flankierend erschiene die Einführung einer Offenlegungspflicht sinnvoll. Unternehmen wären danach verpflichtet, die Geschlechterverteilung in Aufsichtsrat bzw. Vorstand zu veröffentlichen. Diese Maßnahme wäre ohne größeren Aufwand für die Unternehmen durchzuführen. Mit dieser Sanktion könnte eine Möglichkeit für die Öffentlichkeit geschaffen werden, sich über die Besetzung von Gremien und die Einhaltung entsprechender Quoten zu informieren.

gend empfehlenswert⁵. Gefragt sind sodann insbesondere spezielle Frauenförderprogramme und -angebote in verschiedenen Bereichen (Trainingsprogramme, z. B. zum Thema Führung, Kommunikation und Selbstdarstellung, Mentoring innerhalb des Unternehmens, Cross-Mentoring in Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen, Aufbau und Förderung von Netzwerken etc). Speziell bei der Besetzung von Beförderungsstellen und Führungspositionen müssen auch neue Wege gegangen werden. Karrieresprünge kommen bei Männern durchaus häufig vor, sind bei Frauen dagegen bislang nahezu ausgeschlossen⁶. Zur raschen Verbesserung der Diversität muss verstärkt an die Möglichkeit der „Sprungbeförderungen“ von Frauen gedacht werden. Insbesondere bei der Besetzung von Aufsichtsratspositionen kann dies eine adäquate Maßnahme darstellen⁷.

Zu einer verbesserten Vereinbarung von Beruf und Familie sind, gerade auch in den Technik-geprägten Branchen, neue intelligente und individuell abgestimmte flexible Arbeitssysteme gefragt (z. B. Homeoffice, Jobsharing, flexiblerer Wechsel zwischen Teil- und Vollzeit, vermehrte Teilzeit in Führungsfunktionen, „Sabbaticals“, Arbeitszeitkonten, Lebensarbeitszeitzyklen, „Durchstarten mit 40“ etc.), eine kreative und mobile Gestaltung der Arbeitsbedingungen einhergehend mit innovativen und unterstützenden Zusatzleistungen, für Frauen und Männer sowie auch für die betroffenen Familien insgesamt⁸. Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie darf kein reines Frauenthema bleiben, Veränderungen müssen im Interesse von Frauen wie Männern erfolgen. Gezielte Wiedereingliederungshilfen nach der Betreuungszeiten einschließlich der Verbesserung der Kinderbetreuung (u. a. durch die verstärkte Einrichtung von Betriebskindergärten) müssen zur Selbstverständlichkeit werden.

All diese Ansätze und Maßnahmen sollten jedoch nicht nur unter dem Aspekt der Kindererziehung, sondern - mit Blick auf die zu erwartende demografische Entwicklung - auch unter Berücksichtigung der zunehmenden Anforderungen im Bereich der innerfamiliären Pflege älterer Menschen verfolgt werden.

Flankierend zu dem von den Unternehmen zu fordernden Engagement ist auch weiterhin die öffentliche Hand in vielen Bereichen gefordert, insbesondere zur Erleichterung der Vereinbarung von beruflichen und familiären Verpflichtungen, beispielsweise indem bereits vorhande-

⁵ Busch/Holst, Gender-Specific Occupational Segregation, Glass Ceiling Effects, an Earnings in Managerial Positions: Results of a Fixed Effects Model, 2011, in: DIW Discussion Papers, abrufbar unter http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.368341.de/diw_sp0357.pdf

⁶ So die Information der von der Arbeitsgruppe angehörten Sachverständigen Dr. Holst vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung.

⁷ Vgl. hierzu auch die Äußerung des Personalberater v. Schmettow, <http://www.faz.net/s/RubEC1ACFE1EE274C81BCD3621EF555C83C/Doc~EB2D8F4F2822A4960949514CB78DDAE33~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

⁸ Vgl. die Vorschläge der Deutschen Gesellschaft für Personalführung, abrufbar unter <http://www.dgfp.de/de/content/articles/10-juni-2010-vielfalt-und-hoehere-wertschoepfung>.

Mecklenburg-Vorpommern:

Von Mecklenburg-Vorpommern ist die Situation für insgesamt 50 Beteiligungen des Landes mitgeteilt worden, von denen 22 landeseigene Betriebe, 8 Unternehmen mit Landesbeteiligung sowie 22 weitere Unternehmen die kommunale Ebene darstellen. Soweit die **Geschäftsführung** oder der **Vorstand** betroffen ist, liegt auf Landesebene der weibliche Anteil in zwei Fällen bei 100 %, in einem bei 50 %, in einem weiteren bei 40 %, in zweien bei 33,3 %, in einem bei 22,2 % sowie in einem weiteren Fall bei 16,7 %. Bei den restlichen der auf Landesebene mitgeteilten insgesamt 28 Gesellschaften befinden sich entweder keine Frauen in der Geschäftsführung oder dem Vorstand bzw. sind keine Angaben gemacht worden. Ein belastbarer **Durchschnittswert** kann daher **nicht ermittelt** werden. Für die **Geschäftsführung** auf **kommunaler Ebene** ergibt sich ein leicht schwankendes Bild; im Durchschnitt sind hier in den 22 genannten Gesellschaften Frauen mit einem Anteil von **30,54 %** vertreten. In den Aufsichtsorganen der Landesebene sind in 11 der Gesellschaften keine weiblichen Mitglieder zu finden. Im Übrigen schwankt der Frauenanteil in der **Aufsichtsebene** von 6,6 % bis zu maximal 36,4 %, was bei 28 Landesbeteiligungen einen durchschnittlichen Frauenanteil von **11,05 %** ergibt. Im **kommunalen Bereich** liegt die Frauenquote bei den 19 Betrieben mit **Aufsichts- oder Verwaltungsrat** bei durchschnittlich **22,14 %**.

Niedersachsen:

Seitens des Niedersächsischen Justizministeriums konnte lediglich hinsichtlich der Landesbeteiligungen eine Übersicht übermittelt werden. Hiernach ergibt sich für den Bereich der **Geschäftsleitung** ein durchschnittlicher Frauenanteil in Höhe von **4,4 %**. Im Bereich der **Aufsichtsorgane** beträgt der Anteil an weiblich besetzten Mandaten demgegenüber im Durchschnitt **20,67 %**.

Nordrhein-Westfalen:

Von Nordrhein-Westfalen sind Angaben insgesamt zu 22 landeseigenen bzw. landesbeherrschten Unternehmen gemacht worden, wobei jedoch nur bei 10 Betrieben eine Mitteilung zur Geschäftsführung erfolgt ist. Insoweit ist der dortigen Mitteilung zu entnehmen, dass in **80 %** dieser 10 Betriebe **keine einzige Frau in der Geschäftsleitung** vertreten ist; in weiteren zwei Unternehmen konnte ein durchschnittlicher Frauenanteil in Höhe von 44 % festgestellt werden. Ein belastbarer **Durchschnittswert** konnte vor diesem Hintergrund **nicht ermittelt** werden. Bei den 9 für die kommunale Ebene mitgeteilten Betrieben sind für drei Unternehmen Angaben zur Geschäftsleitung gemacht worden, wobei in einem Betrieb der Frauenanteil bei 0 % liegt, in einem bei 1,8 % sowie in dem dritten bei 3,2 %. Für die **Aufsichtsgremien** gilt, dass in den 19 landeseigenen/landesbeherrschten Betrieben, die ein Aufsichtsorgan haben, ein durchschnittlicher Anteil weiblicher Personen mit Aufsichtsfunktionen in Höhe von **20,42 %** festzustellen ist. Im **kommunalen Bereich** beträgt dieser Anteil durchschnittlich **27,25 %**.

Rheinland-Pfalz:

Seitens des Ministeriums der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz ist unter Hinweis auf die entsprechenden Angaben des Beteiligungsberichts des dortigen Ministeriums der Finanzen (Stand: 30.09.2009) ein durchschnittlicher prozentualer Anteil an Frauen in den Gremien der Landesbeteiligungen einschließlich der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie der Stiftungen in Höhe von **24,73 %** mitgeteilt worden. Dieser Anteil bezieht sich im Wesentlichen auf **Aufsichts-, Verwaltungs-, Stiftungsräte und Beiräte**. Soweit bei den Stiftungen auf der Leitungsebene zusätzlich **Vorstandspositionen** vergeben worden sind, ergibt sich auf Seiten des Landes ein durchschnittlicher Anteil an weiblichem Führungspersonal in Höhe von **24,44 %**.

Saarland:

Die wirtschaftlichen Beteiligungen des Landes Saarland ergeben sich aus dem von dort übermittelten Beteiligungsbericht, der allerdings den Stand des Jahres 2008 aufweist. Ihm ist zu entnehmen, dass bei 47 Beteiligungsunternehmen, hinsichtlich deren für die Geschäftsleitung aussagekräftige Angaben vorliegen, ein durchschnittlicher Anteil an Frauen in **Unternehmens leitenden** Positionen in Höhe von **10,78 %** zu verzeichnen ist. Soweit Aufsichtsgremien in Rede stehen, liegen für 45 Gesellschaften aussagekräftige Angaben vor. Ihnen ist zu entnehmen, dass auf der **Aufsichtsebene** für das Jahr 2008 ein durchschnittlicher Frauenanteil in Höhe von **18,53 %** festzustellen war. Hinsichtlich der gleichfalls mitgeteilten **Gremien** innerhalb der Landesregierung beträgt nach der Liste der dortigen Gremiendatenbank der Frauenanteil durchschnittlich **28,8 %**.

Freistaat Sachsen:

Seitens des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa ist die Situation des Frauenanteils in Leitungs- und Aufsichtspositionen sowohl hinsichtlich der dort relevanten Staatsbetriebe als auch wirtschaftlicher Beteiligungen dargestellt worden. Hier ergeben sich hinsichtlich der Mehrheitsbeteiligungen des Landes an **kommunalen Einrichtungen** auf der **Leitungsebene** durchschnittliche Frauenanteile von **16,67 %** (Chemnitz), **11,77 %** (Dresden, wobei 30 von 34 Geschäftsleitungsstellen männlich besetzt sind) sowie **41,50 %** (Leipzig, wobei 3 der 5 mitgeteilten Gesellschaften keinen Frauenanteil auf der Leitungsebene verzeichnen). Im Bereich der **Aufsichtsorgane** sind im Durchschnitt weibliche Anteile in Höhe von **27,56 %** (Chemnitz), **13,57 %** (Dresden, bei 31 % der Gesellschaften ohne weiblichen Anteil) sowie **26,8 %** bei der Stadt Leipzig zu verzeichnen. Bei den mitgeteilten Beteiligungen auf **Landesebene** ergeben sich durchschnittliche Frauenanteile in Höhe von **11,54 %** in **Leitungsfunktionen** sowie von **11,48 %** bei den **Aufsichtsgremien**. Speziell auf dem Gesundheitssektor sind die Daten von 9 Einrichtungen mitgeteilt worden, bei denen 47,8 % Frauen Leitungsfunktionen inne haben. Für 6 Staatsbetriebe nach § 26 SächsHO ergeben sich Frauenanteile in Höhe von **14,3 %** in der **Geschäftsführung** sowie **31,0 %** in den **Verwaltungsräten**. Bei insgesamt 5 Hochschulen ist in den **Führungspositionen** ein weiblicher Anteil von durchschnittlich **22,58 %** zu verzeichnen.

Sachsen-Anhalt:

Seitens des Ministeriums der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt ist im Wesentlichen auf den Bericht über die Beteiligung des Landes Sachsen-Anhalt an Unternehmen des öffentlichen und privaten Rechts (Stand: 08.10.2010) Bezug genommen worden. Eine Auswertung der dortigen Einzelberichterstattung zu den Landesbeteiligungen hat ergeben, dass bei den 37 Gesellschaften, zu denen Angaben gemacht wurden, die **Leitungsebene** durchschnittlich im Umfang von **3,57 %** mit Frauen besetzt ist. Soweit die Besetzung der **Aufsichtsorgane** in Rede steht, wurden bei 24 Gesellschaften Angaben gemacht, die einen Anteil an weiblichem Führungspersonal in Höhe von **22,41 %** ergeben haben.

Schleswig-Holstein:

Von Seiten Schleswig-Holsteins sind insgesamt 34 landeseigene Betriebe bzw. Betriebe mit Landesbeteiligung mitgeteilt worden, die in den Rechtsformen der GmbH, Aktiengesellschaft sowie Anstalt des öffentlichen Rechts verfasst sind. Hiervon haben 31 Unternehmen einen **Aufsichtsrat**, der im Durchschnitt mit einem Frauenanteil von **18,6 %** besetzt ist. Soweit bei 28 Gesellschaften wurden Angaben zur **Geschäftsführung** gemacht worden sind, sind bei 44 zu vergebenden Positionen lediglich **3 weibliche** Besetzungen zu verzeichnen (**= 6,82 %**).

Freistaat Thüringen:

Für das Land Thüringen sind auf der Leitungsebene 31 Unternehmen mit zahlenmäßiger Aussagekraft mitgeteilt worden. Den dortigen Angaben ist zu entnehmen, dass im Freistaat Thüringen bei Beteiligungsunternehmen durchschnittlich **16,13 %** weibliches Personal mit **Vorstands- bzw. Geschäftsführungstätigkeiten** betraut ist. Für die Aufsichtsebene liegen Angaben mit zahlenmäßiger Aussagekraft für insgesamt 23 Unternehmen vor. Hieraus ergibt sich ein durchschnittlicher Frauenanteil in Höhe von **21,32 %** im **Bereich der Aufsicht** über die dortigen Landesgesellschaften (ohne Stiftungskuratorien).

gez. Störmer

Abweichende Wertung Hessens zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen

Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen werden teilweise anders als im Bericht dargestellt gesehen. Übereinstimmung besteht insoweit, als die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Quotenregelungen für Vorstände im Ergebnis höher als die für Aufsichtsräte sein dürften, wobei hier die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit insgesamt jeweils deutlich skeptischer bewertet wird. Zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint daher die Einführung einer bestimmten geschlechtsbezogenen Ergebnisquote als verfassungsrechtlich ausgesprochen riskant. Bedenken bestehen auch bezüglich der gleich zu Beginn des Berichts formulierten Einschätzung, die verfassungsrechtliche Hauptproblematik liege – jedenfalls für eine Geschlechterquote in Aufsichtsräten – in dem Eingriff in die Freiheitsrechte der Unternehmer und nicht (auch) in der Beschneidung der Gleichheitsrechte der Bewerber.

1. Gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wird stets verstoßen, wenn jemand wegen seiner Geschlechtszugehörigkeit gegenüber Personen anderen Geschlechts bevorzugt oder benachteiligt wird. Eine gesetzliche Regelung, die in Aufsichtsräten (oder gar in Vorständen) eine bestimmte Mindestquote für Angehörige bestimmter Geschlechter vorschreibe, würde eindeutig an das Merkmal des Geschlechts anknüpfen und im Einzelfall möglicherweise zur Benachteiligung eines besser qualifizierten Mitbewerbers allein aufgrund des Geschlechts führen, wenn keine zur (jeweiligen) Quotenerfüllung ausreichende Zahl gleich oder vergleichbar qualifizierter Kandidaten des jeweils anderen Geschlechts zur Wahl steht. Nicht geteilt wird die – auch unter Hinweis auf Wieland (NJW 2010, 2408) – geäußerte Einschätzung, eine Ergebnisquote führe nicht zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung, sondern nur zu einer Reduzierung von Chancen (Seiten 99 und 104), da es bei festen Ergebnisquoten durchaus möglich ist, dass auch im Fall einer Aufsichtsratswahl ein einzelner Mitbewerber unter Umständen allein aufgrund seines Geschlechts nicht zum Zuge kommt. Zwar trifft es zu, dass es im Privatrecht grundsätzlich keinen Anspruch eines Einzelnen gibt, aufgrund seiner Befähigung bestimmte Positionen zu erhalten (vgl. Seite 99), hier dürfte es aber um die Frage gehen, ob ihm eine bestimmte Position allein aufgrund seines Geschlechts verschlossen bleibt.
2. Da das Grundrecht der Gleichbehandlung von Mann und Frau keinen Gesetzesvorbehalt aufweist, käme hier allenfalls eine Rechtfertigung der möglichen Diskriminierung durch kollidierendes Verfassungsrecht, namentlich durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, in Betracht. Die Konstatierung kollidierender Verfassungspositionen, die im Wege der praktischen

Konkordanz zum Ausgleich gebracht werden müssten, ist – wie im Bericht dargestellt – in der verfassungsrechtlichen Literatur bereits nicht unumstritten (vgl. Seiten 97 f.). Die Einführung einer bestimmten Ergebnisquote müsste – angesichts der vorbehaltlosen Grundrechtsgewährung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG – zumindest einer Abwägung mit den kollidierenden Grundrechten der konkurrierenden und ggf. aufgrund ihres Geschlechts benachteiligten Mitbewerber standhalten. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es angesichts des genannten Verfassungsauftrages ausschließlich um die Herstellung von *Chancengleichheit*, nicht jedoch um Repräsentanz von Frauen und Männern gehen kann (vgl. Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., Rz. 282 f. m.w.N.). Angesichts des möglichen Eingriffs in – grundsätzlich vorbehaltlos gewährleistete – Grundrechtspositionen von Mitbewerbern dürften Quotenregelungen auch im Ergebnis nur als letztes Mittel zur Verfügung stehen (vgl. Osterloh aaO. 286 m.w.N., wonach Quotenregelungen im Öffentlichen Dienst nur als „ultima ratio“ in Betracht kommen). Aufgrund der beschriebenen Zielrichtung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG können Erwägungen, wonach es keine Gleichstellung von Frauen geben dürfte, „die nicht in gewissem Umfang auf Kosten der Männer“ gehe und „ohne Einschränkung des Diskriminierungsverbots ... eine Umsetzung des Verfassungsauftrages des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in der sozialen Wirklichkeit kaum möglich“ sei (vgl. Seite 98), auch unter Berücksichtigung gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume ausschließlich im Kontext der Verwirklichung von Chancengleichheit (und nicht von Ergebnisgleichheit) angestellt werden.

3. Bei der Wahl von Aufsichtsräten (und erst recht bei der Bestellung von Vorständen) geht es um Führungspositionen mit höchster Verantwortung, bei denen naturgemäß das Qualitätselement dominieren dürfte. Hinzu kommt, dass die Anforderungen an die Aufsichtsräte hinsichtlich ihrer Professionalisierung in den letzten Jahren deutlich gestiegen sind. So wurde beispielsweise die Unternehmensplanung zur gemeinsamen Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat erhoben, dem Aufsichtsrat die Überwachung des Risikoüberwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG überantwortet, in gleicher Weise der gesamte Komplex Abschlussprüfung; eine weitere Steigerung der Anforderungen ist durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19. Juli 2002 oder das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 3. August 2009 erfolgt. Insgesamt steht daher das Qualifikationselement auch bei der Besetzung des Aufsichtsrates sehr weit im Vordergrund (wenngleich nicht alleine), und zwar unabhängig davon, dass die als geeignet betrachteten Bewerber durch Wahl bestimmt werden. Insofern unterscheidet sich die Situation im Fall von Aufsichtsräten und Vorständen signifikant von Gremien wie etwa dem Personalrat oder dem Betriebsrat, bei denen es um die Vertretung von – auch geschlechtsspezifischen – Gruppeninteressen sowie um die Repräsentierung von Gruppen

geht. Daher kann auch die zu diesen Gremien ergangene Rechtsprechung nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Fragestellung übertragen werden (vgl. Bericht Seite 104 f. zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. März 2005, NZA 2005, 1252). Ungeklärt erscheint nach wie vor die Frage einer möglichen Qualifikationssicherung bei festen Ergebnisquoten in jedem Einzelfall; gegebenenfalls erforderliche Öffnungsklauseln dürfen sich jedenfalls nicht auf einzelne „Härtefälle“ beschränken (vgl. insoweit Seite 100). Hinterfragt werden muss auch die Annahme der strukturellen Ähnlichkeit der Vergabe eines Pools von Ausbildungsplätzen einerseits und der Wahl eines Aufsichtsrates andererseits mit der Folge der Übertragung der Argumente der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (E 100, 357, vgl. Bericht Seiten 104 f.) betreffend die Quotierung von Ausbildungsplätzen in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind. Anders als bei Aufsichtsratsmandaten geht es bei Ausbildungsplätzen gerade um die Grundlage von Chancengleichheit im weiteren Berufsleben und eben nicht um den Zugang zu Spitzenpositionen.

4. Erhebliche Bedenken bestehen auch insoweit, als den privaten Unternehmen durch gesetzliche Regelungen Quotierungen auferlegt würden, die im öffentlichen Dienst von der herrschenden Auffassung als verfassungswidrig eingestuft werden. Aus dem Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat vom 5. November 1993 ergibt sich explizit eine bestehende „Übereinstimmung darüber, dass diese Bestimmung eine Frauenförderung in Gestalt sog. starrer Quoten nicht gestattet“ (BT-Drs. 12/6000, Seite 50); an dem Willen der Gemeinsamen Verfassungskommission, wonach die mit einer starren Quotenregelung verbundene (mögliche) Diskriminierung männlicher Bewerber als unzulässig angesehen wird, hält die herrschende Auffassung (jedenfalls in der bisherigen auf den öffentlichen Dienst gerichteten Diskussion) nach wie vor fest. Eine abweichende Behandlung dürfte auch nicht dadurch zu rechtfertigen sein, dass im öffentlichen Dienst bei Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes mit Art. 33 Abs. 2 GG ein konkretes Recht gegenüberstehe (vgl. indes Bericht Seite 102), weil „nicht erst wegen der Spezialität des Art. 33 Abs. 2 GG ... berufliche Chancengleichheit stets Gleichheit nach dem Maßstab gleicher beruflicher Qualifikation bedeuten muss“ (vgl. Osterloh, a.a.O., Rz. 287). Auch der Verweis auf eine in der Privatwirtschaft „typischerweise vorhandene Vielzahl von potentiellen Beschäftigungsmöglichkeiten“ (Bericht Seite 102) dürfte keine andere Bewertung ergeben, da gerade der hier angesprochene Bereich der Aufsichtsräte und Vorstände – auch gegenüber parallelen Bewerbungsmöglichkeiten auf Stellen im öffentlichen Dienst, wo starre Quoten nicht nur bei Spitzenpositionen unzulässig sind – zahlenmäßig eher begrenzt sein dürfte.

5. Wie im Bericht dargestellt, berühren Quotenregelungen für Aufsichtsräte und Vorstände auch Grundrechtspositionen aus Art. 9, 12 Abs. 1 sowie 14 Abs. 1 und 2 GG und bedürfen daher auch insoweit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Namentlich bei der Prüfung des Art. 14 GG ist zu berücksichtigen, worauf Redenius-Hövermann (ZIP 2010, 660, 665) explizit hinweist, dass Ziel und Zweck der Aufsichtsratswahl die Vertretung der Aktionäre und deren Interessen in der Aktiengesellschaft ist, während die Frauenförderung gerade kein Primärziel der Aufsichtsratswahl ist. Indes bestehen besonders hohe Anforderungen angesichts der benannten Eingriffe in die grundsätzlich vorbehaltlos durch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Grundrechtspositionen von Mitbewerbern. Eine wie auch immer geartete Quotenregelung müsste sich zum einen als *ultima ratio* zur Verwirklichung von *Chancengleichheit* (nicht von *Ergebnisgleichheit*) darstellen; zum anderen müsste sie einer Abwägung mit den verschiedenen einzelnen kollidierenden Grundrechtspositionen standhalten.

6. Im Bericht wurde bereits bei der Prüfung zu Art. 14 GG darauf eingegangen, dass die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Quotenregelungen für den Aufsichtsrat bei kleinen Gesellschaften (mittelständischen Unternehmen – der Auftrag der 81. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister an die Arbeitsgruppe beschränkte sich indes auf börsennotierte Unternehmen, vgl. Bericht Seite 150) ausgesprochen problematisch erscheint und dies auch bei eventuellen Regelungen zu berücksichtigen wäre; in gleicher Weise wurde auf das Problem von Entsenderechten bestimmter Eigentümer, wenn diese auf einem personellen Bezug des Aktionärs zum Unternehmen beruhen (zum Beispiel bei Familienunternehmen), hingewiesen (vgl. Seiten 76, 89 f.). Problematisch ist indes auch eine Quantifizierung einer Unterrepräsentanz von Frauen. Ungeachtet der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers muss im jeweiligen Bereich eine Unterrepräsentanz im Vergleich zur relevanten Ausgangsgruppe zumindest realistisch begründbar sein und darf nicht schlicht unterstellt werden; Bezugspunkt bei der Ermittlung der Unterrepräsentanz ist nicht der Frauenanteil in der Bevölkerung oder schlicht 50 Prozent, sondern – unter dem Blickwinkel der angestrebten vollständigen Chancengleichheit – der Anteil von Bewerberinnen oder Bewerbern, die als hinreichend qualifiziert gelten können. An dieser Stelle ist die Größe des *jeweiligen* Pools der geeigneten Kandidatinnen zu berücksichtigen, wobei regelmäßig eine branchenspezifische Betrachtung angezeigt erscheint.

7. Vor allem aber stellt sich die Frage, ob entsprechende gesetzliche Quotenregelungen zur Verwirklichung von Chancengleichheit erforderlich erscheinen. In jedem Fall muss eine ernsthafte Auseinandersetzung mit diskriminierungsfreien Alternativen stattfinden. Diesbezüglich sind insbesondere auch aktuelle Selbstverpflichtungen bzw. entsprechende Ankündigungen aus dem Bereich der Wirtschaft in die Betrachtung mit einzubeziehen. So hat etwa die Telekom bereits vor über einem Jahr als erstes Dax-30-Unternehmen eine unternehmensinterne Frauenquote eingeführt, wonach bis Ende 2015 30 Prozent der oberen und mittleren Führungspositionen im Unternehmen mit Frauen besetzt sein sollen. Unlängst haben nun auch die übrigen Dax-30-Unternehmen zugesagt, noch in diesem Jahr konkrete Ziele für einen höheren Frauenanteil in Führungspositionen festzulegen und zu veröffentlichen. Diese konkreten Zielvorgaben der größten Unternehmen dürften eine andere Qualität haben als die freiwillige Selbstverpflichtung zu mehr Frauen in Spitzenpositionen, die 2001 von der Wirtschaft abgegeben worden war.

8. Auch hat die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) erst jüngst im Sommer 2010 ihren Kodex um Empfehlungen dahingehend ergänzt, dass der Vorstand bei der Besetzung von Führungsfunktionen im Unternehmen auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben soll (Ziff. 4.1.5). Darüber hinaus sieht Ziff. 5.1.2 vor, dass der Aufsichtsrat bei der Zusammensetzung des Vorstands auch auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben soll. Flankiert werden diese Empfehlungen von Ziff. 3.10, wonach jährlich im Geschäftsbericht über die Corporate Governance des Unternehmens zu berichten ist, wozu auch die Erläuterung eventueller Abweichungen von den jeweiligen Empfehlungen des DCGK gehört. Weiterhin hierzu ist auf die sog. Entsprechenserklärung in § 161 AktG hinzuweisen. Hiernach haben der Vorstand und Aufsichtsrat vornehmlich einer börsennotierten Gesellschaft jährlich zu erklären, dass den Empfehlungen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht (§ 161 Abs. 1 Satz 1 AktG). Diese Erklärung ist gem. § 161 Abs. 2 AktG auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich zu machen. Zudem sind sowohl der Jahresabschluss als auch der Lagebericht sowie die Entsprechenserklärung gem. § 325 HGB beim elektronischen Bundesanzeiger zum Zwecke der Offenlegung einzureichen. Hierdurch sowie auch dadurch, dass gem. Ziff. 3.10. Satz 4 DCGK eine börsennotierte Gesellschaft nicht mehr aktuelle Entsprechenserklärungen zum Kodex fünf Jahre lang auf ihrer Internetseite zugänglich halten soll, wird ein hoher Grad an Transparenz erreicht, der wiederum den

Druck auf die betreffenden Unternehmen, in möglichst großem Umfang den Empfehlungen des DCGK Rechnung zu tragen, erhöhen dürfte. Auch aus diesem Grunde sollte daher die erst jüngst erfolgte Vorgabe für die Unternehmen, eine angemessene Berücksichtigung von Frauen bei der Besetzung von Führungspositionen bzw. der Zusammensetzung des Vorstands anzustreben, auf ihre Umsetzung hin zunächst beobachtet werden, bevor gesetzliche Zwangsmaßnahmen eingeleitet werden. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist auch die in die gleiche Richtung weisende Möglichkeit einer sog. „Flexi-Quote“, wie sie die Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Dr. Schröder vorschlägt, als milderer mögliches Mittel in Betracht zu ziehen. Unter „Flexiquote“ wird eine gesetzliche Verpflichtung von Unternehmen verstanden, individuell eine Quote für den Frauenanteil in ihrem Aufsichtsrat und Vorstand festzulegen und diese sowie ihre Umsetzung öffentlich bekannt zu machen („gesetzliche Pflicht zur Selbstverpflichtung“). Angesichts ihrer unternehmensbezogenen Individualität und der damit verbundenen besseren Möglichkeit der Berücksichtigung individueller Chancengleichheit würde sich eine solche „Flexiquote“ auch im Hinblick auf den Gleichheitssatz gegenüber einer durch Gesetz bestimmten Ergebnisquote als milderer Mittel darstellen.

9. Hinzu kommt, dass diese Instrumentarien inzwischen auf eine veränderte personelle Situation im mittleren und gehobenen Management der Unternehmen treffen: Die Anzahl der jungen Frauen, die gut bis exzellent ausgebildet sind, hat sich in den letzten Jahren deutlich erhöht. Diese Tendenz ist zudem weiter steigend und macht sich dementsprechend mit einem signifikant erhöhten Anteil von Frauen in den mittleren Managementebenen deutlich. *Je nach Branche* lassen sich heute bereits 20 – 30 %, teilweise sogar noch mehr, Frauen in den unteren und mittleren Führungsetagen von Unternehmen wiederfinden. Im Hinblick auf diese – sich fortsetzende – Entwicklung kann davon ausgegangen werden, dass sich auch das Rekrutierungspotential („Pool“) an für Führungsaufgaben geeigneten weiblichen Mitarbeitern stetig weiter vergrößert mit der Folge, dass das Kriterium der Eignung von Frauen für die Besetzung von Leitungspositionen allein durch Zeitablauf zunehmend unproblematischer erfüllt werden kann und wohl auch zunehmend erfüllt wird.